EDUARDO WALMSLEY SOARES CARNEIRO

O caráter político da interpretação constitucional: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Dissertação de Mestrado
Orientador: Professor Titular Dr. Elival da Silva Ramos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2016

EDUARDO WALMSLEY SOARES CARNEIRO

O caráter político da interpretação constitucional: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Elival da Silva Ramos.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Carneiro, Eduardo Walmsley Soares

O caráter político da interpretação constitucional: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Eduardo Walmsley Soares Carneiro; orientador Elival da Silva Ramos -- São Paulo, 2016.

148p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

1. DIREITO. 2. DIREITO CONSTITUCIONAL. 3. HERMENÊUTICA JURÍDICA. 4. POLÍTICA. I. Ramos, Elival da Silva, orient. II. Título.

EDUARDO WALMSLEY SOARES CARNEIRO

O caráter político da interpretação constitucional:
análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Elival da Silva Ramos.

Aprovado em:

Banca examinadora:

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Às mulheres da minha vida – mãe, irmãs, avós e amigas –
por tudo o que fizeram (e ainda fazem) por mim.

AGRADECIMENTOS

Embora a dissertação seja uma produção acadêmica de autoria individual, é inegável a contribuição daqueles que nos cerca nessa tarefa. Sem eles, o trabalho seria penoso e estéril. Rendo, assim, os meus sinceros agradecimentos a essas pessoas.

Ao Professor Elival da Silva Ramos, exemplo de acadêmico e advogado, pela inestimável orientação e pela confiança em mim depositada.

À minha mãe, pelo apoio incondicional e pelo incentivo irrestrito, sem os quais nada disso teria sido possível.

Ao meu pai, às minhas irmãs e à minha avó, pelo conforto das palavras, pelo estímulo às pesquisas e pelas preces nos momentos mais delicados.

Aos Professores José Levi Mello do Amaral Júnior e Carlos Bastide Horbach, pelas precisas recomendações oferecidas na banca de qualificação, em nome dos quais aproveito para agradecer aos demais Professores e funcionários da quase bicentenária Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Aos colegas da Pós-Graduação e aos monitores do Programa de Aperfeiçoamento ao Ensino (PAE), pelas experiências compartilhadas, pelo conhecimento dividido e pelo frutífero debate.

Ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelo auxílio na aquisição das obras jurídicas, essenciais para uma pesquisa desta envergadura.

Aos amigos de São Paulo e de Recife, pela paciência no convívio diário, pelos momentos de descontração e pela companhia reconfortante.

RESUMO

CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares Carneiro. *O caráter político da interpretação constitucional*: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2016. 148p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Direito é, certamente, diferente da política, embora a linha divisória entre ambos nem sempre seja nítida. Se no plano de sua criação não há como o direito se apartar da política, na medida em que é produto dela, é, no plano da aplicação das normas jurídicas, que sua separação da política é reputada possível e desejável. Desse inevitável entrelaçamento emerge como protagonista a Constituição. As normas constitucionais encontram-se impregnadas de elementos políticos, na medida em que regem a estrutura fundamental do Estado, atribuem competência aos Poderes, dispõem sobre os direitos do homem e servem, enfim, de pauta à ação dos governos. Diante disso, não é possível afastar da interpretação constitucional o caráter político a ela inerente. Isso, todavia, não impede que se diga que o exercício de interpretar a Constituição é, por excelência, uma tarefa jurídica. A partir desse panorama, o presente estudo busca entender em que ocasiões o fator político tende a preponderar e sobre quais fundamentos isso ocorre. Considerado o seu papel de último intérprete da Constituição, o Supremo Tribunal Federal assume notável importância nessa discussão. À medida que são apresentados os temas que suscitam esse debate – discricionariedade judicial, mutação constitucional, *hard cases*, colisões de normas e argumentação jurídica –, são analisadas decisões representativas, em sede de jurisdição constitucional, a revelar o acentuado perfil político da Corte no exercício de interpretação das normas constitucionais. Com isso, ganham destaque os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Há, no entanto, limites para o acusado caráter político com que são interpretadas as normas constitucionais. De igual modo, há também fronteiras que o Judiciário não está autorizado a ultrapassar, sob pena de frustrar o desejado equilíbrio entre os Poderes.

Palavras-chave: Direito Constitucional; hermenêutica jurídica; interpretação constitucional; discricionariedade judicial; Supremo Tribunal Federal; judicialização da política.

ABSTRACT

CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares Carneiro. *Political character of the constitutional interpretation*: a study of the Brazilian Supreme Federal Court jurisprudence. 2016. 148p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

Law is certainly different from politics although the dividing line between them is not always clear. If at the level of it is creation there is not possible to separate law from politics, as far as one is the product of another, in the application of the rules of law the separation from politics is possible and desirable. From this inevitable interweaving, the Constitution arises like protagonist. The constitutional rules have plenty of political elements as long as they regulate the essential structure of the State, provide competence to the Legislative, Executive and Judiciary branches, establish human rights and serve as a guide to the government actions, reason why it is not possible to separate from the constitutional interpretation its political character. This, however, does not prevent to say that the constitutional interpretation is par excellence a legal task. From this perspective, this paper aims to understand when the political factor tends to preponderate and on what grounds this occurs. Considered its role as the last constitutional interpreter, the Brazilian Supreme Federal Court assumes central relevance in this discussion. As the subjects that raise this discussion are presented – judicial discretion, constitutional construction, hard cases, collisions of norms and legal reasoning – representative decisions are analyzed in terms of constitutional jurisdiction, revealing the Court´s strong political character in the interpretation of the constitutional rules. Therewith gain importance the judicialization of politics and the judicial activism. However for the interpretation of the constitutional rules there are limits to its alleged political character. Furthermore there are also limits that the Judiciary is not allowed to transcend, otherwise it will frustrate the desirable balance between the powers (checks and balances).

Keywords: Constitutional Law; legal hermeneutics; constitutional interpretation; judicial discretion; Brazilian Supreme Federal Court; judicialization of politics.

NOTA PRÉVIA

As citações de obras consultadas em línguas estrangeiras foram livremente traduzidas para o português. Em raras ocasiões, para melhor esclarecer o sentido do texto, optamos por manter o idioma original.

A fim de atender o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), as citações de textos com até três linhas foram incorporadas ao longo dos parágrafos normais entre aspas. Preferimos deslocar as demais citações, com mais de três linhas, para as notas de rodapé, espaço em que são indicadas outras referências e aprofundadas as discussões suscitadas no corpo do texto.

Por fim, deixamos de apresentar um glossário com o significado das abreviaturas utilizadas ao longo do texto, pois todas são definidas na primeira ocasião em que nele aparecem.

Serpens nisi serpentem comerit, non fit draco:
a serpe que não devora a serpe, não se faz dragão;
a força que não vence a força, não se faz direito;
o direito é a força, que matou a própria força.
(TOBIAS BARRETO)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12

2 ESTATUTO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA 18

2.1 Interpretação jurídica como fenômeno cultural 18

2.2 Intepretação e a busca do seu significado 19

2.3 Interpretação e subsunção 20

2.4 Interpretação como arte do compreender: a pré-compreensão, o círculo hermenêutico e o compreender como processo dialético 21

2.5 Interpretação e aplicação do direito 23

2.6 Concretização do direito: considerações sobre texto e norma 25

2.7 Interpretação como atividade criativa, evolutiva e construtiva 27

2.8 Interpretação e discricionariedade (judicial e legislativa) 31

3 ESBOÇO DE UMA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL 38

3.1 A questão da especificidade da interpretação constitucional 38

3.2 Participantes do processo de interpretação constitucional: os "intérpretes da Constituição" 42

3.3 Elementos orientadores da atividade interpretativa 43

3.3.1 Postulados constitucionais 45

3.3.1.1 Princípio da unidade da Constituição 47

3.3.1.2 Princípio da supremacia constitucional 48

3.3.1.3 Princípio da máxima efetividade 49

3.3.2 Elementos tradicionais da interpretação jurídica 50

3.3.2.1 O sentido literal da norma como ponto de partida e limite da atividade interpretativa 52

3.3.2.2 O escopo da interpretação: vontade do legislador ou sentido normativo da lei? 55

3.3.2.3 O elemento sistemático e a unidade do sistema constitucional 57

3.3.2.4 Os fins da Constituição e o elemento teleológico 58

3.3.3 Teorias da interpretação constitucional 59

3.3.3.1 Interpretativismo e não interpretativismo no Direito Constitucional norte-americano 60

3.3.3.2 *Judicial restraint* e ativismo judicial 65

3.4 Limites da interpretação constitucional 66

3.5 Mutações constitucionais 67

4 POLÍTICA, DIREITO E CONSTITUIÇÃO 80
4.1 Conceito de política: do significado clássico ao moderno do termo 80
4.2 Características do poder político 80
4.3 Do poder ao direito 81
4.4 Breve incursão jusfilosófica na relação entre direito e política 81
4.4.1 As objeções de CARL SCHMITT à Justiça Constitucional 81
4.4.2 Da moldura de HANS KELSEN aos sistemas de NIKLAS LUHMANN 82
4.5 A histórica aproximação do direito à política na criação do direito 85
4.6 A pretensa separação entre direito e política na aplicação do direito 88
4.7 Instrumentos de proteção do Judiciário e do direito em relação à política 91
4.8 Caracteres políticos da norma constitucional 93
4.9 Politicidade do objeto da interpretação constitucional 95
4.10 Ascensão do Poder Judiciário e judicialização da política 97

5 A INTERPRETAÇÃO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 102
5.1 Dilema sobre a superação (ou não) do positivismo jurídico 102
5.2 Os "casos difíceis" 107
5.3 Conceitos jurídicos indeterminados 109
5.4 Colisão de normas constitucionais 112
5.5 Argumentação jurídica 118
5.6 O protagonismo do Supremo Tribunal Federal 129

6 CONCLUSÃO 137

REFERÊNCIAS 141

1 INTRODUÇÃO

O direito preocupa-se com o homem não só como ser social, mas também como ser político. Tomada a ciência jurídica por esse ângulo de observação e análise, é de todo possível discernir os profundos vínculos que guarda com a política.

Desse entrelaçamento entre direito e política emerge como protagonista a Constituição. Ora, as relações que a norma constitucional costuma disciplinar,[1] por sua própria natureza, são de preponderante conteúdo ideológico e, por esse motivo, sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial. Esse caráter fica ainda mais evidente quando se trata de fixar o aspecto normativo dos princípios constitucionais. Estes não são outra coisa senão diretrizes políticas introduzidas na lei suprema do Estado.

Ao criticar o jurista puro, o professor PAULO BONAVIDES[2] aponta como erro metodológico a sua tentativa de querer interpretar a norma desmembrando-a do seu manancial político e ideológico. De fato, a interpretação constitucional há de ser necessariamente jurídico-política. No entanto, no mesmo passo, não se deve conceder importância extrema ao elemento político de que se acha impregnada a norma constitucional.

Todo e qualquer interessado em estudar a interpretação constitucional tem de levar em conta as dificuldades que o tema enfrenta, que vão desde as questões relativas à especificidade dessa interpretação, em face da hermenêutica jurídica geral, até as polêmicas sobre o caráter político com que é interpretada a Constituição, notadamente pelas Cortes Constitucionais.

Uma das causas dessa dificuldade refere-se ao próprio objeto que se está a interpretar. Embora normas com textura aberta não sejam exclusividade da Constituição, não há como negar que os seus dispositivos são construídos com elevado nível de generalidade e abstração. E não poderia ser diferente, à medida que as Cartas Constitucionais constituem o conjunto de complexos compromissos políticos. A Constituição não pode nem deve, assim, conter normas extensivamente detalhadas, pois de

[1] A norma constitucional é de natureza política, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos Poderes, dispõe sobre os direitos do homem e da coletividade, determina o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos.
[2] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 476.

outra maneira correria o risco de "asfixiar o processo político por saturação jurídica", como alerta GUSTAVO ZAGREBELSKY.[3]

As dificuldades enfrentadas no âmbito jurídico tornam-se quase irrelevantes quando enfrentada a dimensão política da intepretação constitucional. Nessa ordem de problemas, são discutidas questões relativas à efetivação dos direitos fundamentais, inclusive com o reconhecimento dos direitos dos grupos vulneráveis, bem como aquelas atinentes à separação dos Poderes do Estado.

Por falar na vetusta doutrina desenvolvida por MONTESQUIEU, emerge na discussão a distribuição de funções entre os juízes constitucionais e o legislador no momento de perquirir o conteúdo das ambíguas e vagas disposições constitucionais. Não se trata de um tema novo, mas da velha questão sobre a quem cabe a última palavra. Para alguns, a decisão final compete ao Parlamento, pois, em nome da regra básica de qualquer sistema democrático – o princípio da maioria –, não se poderia retirar do representante eleito pelo povo a resposta definitiva sobre os temas relevantes. Para outros, os juízes, particularmente os juízes constitucionais, gozam da prerrogativa da última palavra. A legitimidade desse grupo estaria pautada diretamente na Constituição, que não lhes exige processo eletivo e, ao seu lado, estão aqueles que defendem que, além do princípio da maioria, há outro princípio básico de todo sistema constitucional: o respeito às minorias.

O fato é que a balança não precisa se inclinar para quaisquer dos lados, à medida que o modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito pressupõe que todos os Poderes constituídos estejam subordinados à Constituição.

A Constituição, por sua vez, tem, entre as suas principais funções, a de fixar os pressupostos da convivência, ou seja, os princípios substanciais da vida comum e as regras de exercício do Poder Público, situando-os fora da batalha política. Os princípios fundamentais de uma Constituição não podem ser submetidos ao voto, não dependem do resultado de nenhuma votação. É com esse panorama que ZAGREBELSKY[4] afirma que "a Constituição é aquilo sobre o que não se vota".

Fala-se que os papéis dos Poderes constituídos diferem entre si pela função típica e pelo momento de atuação. Ao legislar sobre a extensão dos direitos trazidos pela Constituição, o Parlamento, em regra, precede os demais Poderes no detalhamento e concretização dos mandamentos constitucionais. Em seguida, será a Corte Constitucional

---

[3] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 18.

[4] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*: el Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008. p. 27.

que, se provocada, examinará a adequação da proposição legislativa e sua conformidade com o que estabelece a Carta Maior.

Não há aqui uma contradição? Se, de um lado, se afirma que a Constituição é aquilo sobre o qual não se vota, como, de outro, confiar ao Tribunal Constitucional a tarefa de defendê-la fazendo o uso do voto?

Primeiro, registre-se que o Tribunal Constitucional não decide sobre a Constituição, mas sobre suas interpretações e segundo a Constituição. Entretanto, isso não é suficiente para suplantar talvez a questão mais sensível deste estudo: no seu mister hermenêutico, o Tribunal se imiscui na atividade política para lidar com as soluções dos casos?

Não é possível afastar do processo hermenêutico o caráter político nele inerente. E mais: não é tarefa fácil delimitar o conteúdo semântico do signo política, haja vista o extenso número de significados que o vocábulo assume. Todavia, para limitação do tema ora proposto, é conveniente que se examinem os usos mais frequentes desse termo.

A política não se resume aos partidos políticos. Estes são apenas uma face de toda a sua complexidade. Quando se vislumbra um viés político na interpretação constitucional, não se busca, com isso, reduzi-lo às influências partidárias sobre os órgãos concretizadores. Certa decisão também não se torna política simplesmente porque o intérprete a alcançou baseado em critérios ideológicos e pessoais. Ora, não se confunde política com arbitrariedade.

O caráter político da interpretação constitucional possui um espectro maior, caracterizado pelo alargamento de possibilidades jurídicas contidas em um dispositivo da Constituição. O intérprete, no lugar da subsunção mecânica, encontra espaçosos horizontes na exegese constitucional, frutos de um vasto elenco de direitos fundamentais, normas principiológicas e programáticas, cujas estruturas apresentam um alto grau de generalidade e abstração.

Diante dessa considerável abertura, a natureza política da jurisdição constitucional estaria associada a um elevado grau de discricionariedade na respectiva interpretação, propiciado pela própria estrutura dilargada das Leis Fundamentais.

Por outro lado, exatamente por fixarem as bases estruturantes do Estado, as normas constitucionais requerem uma visão parcimoniosa e mais objetiva. De fato, a racionalidade total não é atingível no Direito Constitucional. Isso, todavia, não significa que se deva renunciar a ela. A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política. Sujeita-se, assim,

aos cânones da objetividade e da racionalização, lembrando que o seu texto não é apenas o ponto de partida da atividade intelectiva, mas também o limite último do intérprete.[5]

A função política do Judiciário, *a priori*, não se confunde com uma assunção de decisões políticas que caberiam aos Poderes eleitos pelo povo, nem significa o alinhamento com esses Poderes em momentos de crise. A independência do Judiciário, mormente no que diz respeito à tripartição de Poderes, é a forma de cumprimento de sua vontade política constitucional.

O que se percebe é que quase um século após as calorosas discussões entre HANS KELSEN e CARL SCHMITT acerca dos influxos políticos na interpretação constitucional, a temática parece ainda bastante atualizada nos Tribunais brasileiros.

No particular caso brasileiro, interessantes as considerações de OSCAR VILHENA VIEIRA[6] que, em seu estudo sobre o Supremo Tribunal Federal (STF), afirma que, em virtude da ampliação dos agentes legitimados a provocá-lo, no controle concentrado de normas, bem como do processo de constitucionalização da política brasileira a partir de 1988, o STF adquiriu relevância ainda maior em nosso cenário democrático e assumiu uma postura política cada vez mais clara.

O estudo foi estruturado em quatro capítulos. O primeiro deles busca compreender o papel da interpretação jurídica ao conferir sentido a um texto normativo. Todo intérprete, logo que se depara com o texto, projeta-lhe um sentido. Essa pré-compreensão, todavia, é o pontapé do processo hermenêutico, que se encerra com a aplicação da norma decisória diante do caso concreto. Após tecer considerações sobre a distinção entre texto e norma, o passo seguinte é reconhecer a interpretação como atividade criativa e construtiva. Não obstante pensar evolutivamente as normas constitucionais contribua para reduzir as arestas interpretativas e permita ao aplicador não se deixar surpreender por situações imprevistas, há que se compreender os limites dessa interpretação.

Fixado marco teórico da interpretação jurídica, o segundo capítulo se propõe a tratar da forte controvérsia na doutrina a respeito da especificidade da interpretação constitucional em face da hermenêutica jurídica geral. Adiante, dada a pluralidade de elementos que se colocam à disposição do intérprete para inferir o significado das normas constitucionais, buscar-se-á sistematizá-los, entre os diversos níveis do fenômeno

---

[5] ELIVAL DA SILVA RAMOS adverte, então, que, "em face da textura aberta das normas-parâmetro utilizadas na avaliação da regularidade dos atos controlados, não pode o juiz constitucional perder de vista a liberdade de conformação que, nos limites admitidos pela própria Constituição, deve ser assegurado ao legislador" (*Controle de constitucionalidade no Brasil*: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 440).

[6] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 22.

interpretativo, isto é, desde os postulados constitucionais até os princípios. Por fim, ao debater o fenômeno das mutações constitucionais, o capítulo se dedica a oferecer critérios a disciplinar os limites da interpretação.

Seguimos, então, para o terceiro capítulo, em que se pretende compreender as origens da relação entre o direito e a política, debruçando-se sobre os filósofos que apreciaram essa delicada questão. Em seguida, serão examinadas as causas da ascensão do Judiciário e do fenômeno da judicialização da política.

O quarto e último capítulo inicia-se com o dilema sobre a suposta superação do positivismo jurídico como modelo de compreensão do fenômeno jurídico. Dentro da complexidade da sociedade atual e da visão moderna da interpretação constitucional, serão aprofundadas as discussões sobre os *hard cases*, os conceitos jurídicos indeterminados, as discricionariedades legislativa e judicial, a colisão das normas constitucionais e a argumentação jurídica. Em arremate, o capítulo pretende fazer uma breve reconstituição da história político-constitucional do Supremo Tribunal Federal para, então, identificar, nos dias de hoje, os papéis assumidos por essa Corte no exercício do seu mister.

À medida que assuntos são analisados, decisões do Supremo Tribunal Federal são apresentadas, de forma a nelas identificar os elementos metajurídicos, inclusive político, que pautaram a respectiva interpretação da Constituição Federal. Verifica-se certa timidez dos ministros em reconhecer tal ou qual posicionamento como produto de uma interpretação, evidentemente baseada em critérios jurídicos, porém influenciada por elementos políticos. Por isso, a metódica utilizada consistiu em pesquisar decisões em que os julgadores, ainda que isoladamente em seus votos ou na discussão perante o colegiado, tenham conferido considerável importância ao elemento político na interpretação constitucional.

Uma vez identificados os julgados representativos de cada um dos temas que revela o caráter político da interpretação constitucional, eles serão analisados considerando o seguinte rito: a) identificação do caso, número do acórdão e tese(s) debatida(s); b) contextualização e identificação da questão central; c) descrição do caso, ou seja, indicação dos principais argumentos do autor da ação ou recurso, assim como o resultado do julgamento; d) jurisprudência correlata, ou seja, rol de decisões que se relacionam com o caso em exame, que discutam a mesma tese envolvida; e) repercussão, isto é, desdobramentos do precedente, evolução da tese ou ações ajuizadas em razão do precedente estudado; e g) questões para debate relacionadas direta ou indiretamente com o julgamento em exame, ainda que não tenham sido solucionadas no caso.

Que o sistema jurídico enfrenta hoje uma profunda politização, especialmente em sede de jurisdição constitucional, isso não é fato novo. A questão principal consiste em identificar esse fenômeno e conhecer como ele se manifesta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2 ESTATUTO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

2.1 Interpretação jurídica como fenômeno cultural

Como fenômeno cultural, o direito afasta-se diametralmente das ciências ditas naturais. No tocante a estas, as experiências são anotadas e descritas segundo as leis da causalidade, observando a técnica empírico-indutiva.[7] Já os objetos culturais exigem, para o seu conhecimento, um método específico e adequado, perfazendo-se por meio do ato gnosiológico da compreensão, no qual o intérprete procura conhecer o conteúdo das ações e das criações humanas. As máximas físicas, por exemplo, não costumam variar. A força que a Terra exerce sobre um corpo em Jerusalém é a mesma que se protrai em São Paulo. A subsunção dos fatos às premissas não permite qualquer margem de interpretação aos fenômenos em estudo. Essa, todavia, não é a realidade dos fenômenos culturais. Ao se deparar com pinturas rupestres, no interior de uma caverna, o sujeito traçará uma série de questionamentos a respeito da vida daquele grupo, de sua concepção de mundo, do sentido conferido às forças divinas. Logo, percebe-se que os objetos culturais poderão variar de significado a depender da interpretação que o indivíduo extrair daquela situação.

Embora se refiram a realidades distintas, ambas as ciências utilizam o termo lei para descrever as suas enunciações. As similitudes, no entanto, param por aí. Cada qual regula circunstâncias completamente diferentes e com consequências também díspares. A lei produto cultural não descreve algo que necessariamente acontece, ao contrário das leis físicas. Assim, no caso de um corpo largado no espaço que não caia, anula-se a lei gravitacional, enquanto no campo jurídico, constatada a violação de uma lei, ela nem por isso desaparece.

As leis jurídicas regulam a vida em sociedade, mas não se impõem com a mesma relação de causalidade da lei natural. Naquelas, são utilizados outros mecanismos, como a estipulação de sanção para as condutas desconformes e o estímulo premial pelos comportamentos desejados.

Salta aos olhos a distinção entre as leis culturais e as leis físicas, socorrendo a hermenêutica e a interpretação apenas às primeiras.[8]

---

[7] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

[8] Promissora é a proposta de INOCÊNCIO MÁRTIRES de promover um "armistício metodológico" entre as Ciências Sociais e Ciências Naturais, *in verbis*: "[...] acreditamos que esses dois grupos de ciência têm tudo a ganhar se deixarem de lado as suas históricas hostilidades e se dispuserem a um trabalho de mútua colaboração [...]. As ciências sociais, pelo manejo dos instrumentos com que operam as ciências naturais, tais

2.2 Intepretação e a busca do seu significado

Objeto de estudos por *zetéticos* e *dogmáticos*, o vocábulo *interpretação* recebeu, ao longo do tempo, os mais diversos significados. Alguns deles, pela pertinência com o tema a apresentar, merecem destaque.

GUSTAVO ZAGREBELSKY inicia com uma análise etimológica do termo, decompondo-o nas partículas latinas *inter* e *praestio*. Enquanto o prefixo *inter* possui um significado mais definido, indicando uma "situação ou atividade de intermediação", o radical *praestio* traz as mesmas dubiedades do termo que procura explicar, por ora expressar a ideia de garantia (*praes*), ora a noção de estar pronto ou à disposição.[9] Diante do fracasso desse método de explicação, o ex-juiz do Tribunal Constitucional italiano propõe uma tradução semântica, tratando a interpretação como processo intelectivo pelo qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos atos normativos, alcança-se a determinação do seu conteúdo. A atividade interpretativa resume-se, na visão do autor, ao caminho dos significantes (enunciados, textos) aos significados (normas).[10]

RICCARDO GUASTINI[11] define interpretação como a atribuição de significado a um texto normativo ou a qualificação jurídica de um fato concreto. O primeiro relaciona-se, a seu ver, com a interpretação em abstrato, pois se refere à identificação do conteúdo expresso ou implícito de um texto sem fazer menção a qualquer fato específico. O outro conceito, por sua vez, diz respeito à interpretação em concreto, cuja função é subsumir um evento determinado no campo da aplicação de uma norma previamente identificada em abstrato.

Para PETER HÄBERLE,[12] a interpretação, em sua concepção tradicional, representa a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação

---

como formulação/seleção/eliminação de hipóteses; observação de fenômenos; realização de ensaios ou experimentos; submissão de construções teóricas a testes de falsificação e quantos outros recursos, desse rico arsenal metodológico, se mostram adequados/adequáveis ao trato com as coisas do espírito. As ciências naturais, a seu turno, pela assimilação da ideia nuclear de *pré-compreensão*, com que trabalham a hermenêutica filosófica e as ciências humanas, em geral, ideia de extrema valia para demonstrar que mesmo os autodenominados *cientistas da exatidão*, que ingenuamente se imaginam imunes à moléstia da subjetividade, também são vítimas de preconceitos e irracionalidades [...]" (COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional* cit., p. 40).

[9] ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*: tre capitoli di giustizia costituzionale. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 170-171.

[10] Idem, p. 163.

[11] GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trad. Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 29-30.

[12] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 14.

de sentido de um texto. Conceito deveras semelhante é conferido por AHARON BARAK,[13] que a define como processo por meio do qual um significado legal do texto é extraído a partir do seu significado linguístico.

Ao oferecer o seu conceito, KARL LARENZ[14] aproxima-se, em certos momentos, das definições aqui mencionadas, para tratar a intepretação como uma "atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático". Um texto é problemático quando a extração da norma aplicável dá margem a dúvidas, as quais surgem, na maioria dos casos, pela multiplicidade de combinações possíveis das quais o intérprete pode se utilizar na busca do resultado que traduza o sentido normativo. Lembra-nos o estudioso alemão que o texto legislativo, diferentemente dos símbolos usados pelas ciências exatas (como os algarismos), se expressa por meio da linguagem corrente, cujos significados podem oscilar, a depender das "circunstâncias, relação objetiva e contexto do discurso, colocação da frase e entoação de uma palavra".

2.3 Interpretação e subsunção

A lógica da subsunção é por demais simples. Opera por meio de um silogismo, no qual a premissa maior é o texto normativo, a premissa menor os pressupostos de fato e a conclusão é a consequência jurídica. KARL ENGISCH[15] descreve que a subsunção é a comprovação de como da generalidade de um dever-ser, de suas implicações gerais, são obtidas as proposições concretas desse dever-ser.

De fato, são mínimas as chances de um juiz, seguindo a cadência silogística, produzir algum equívoco interpretativo ou, então, cometer injustiça diante de situações fáticas equivalentes. Ganha, nesse aspecto, a segurança jurídica.

Em contrapartida, transformar o sistema jurídico em algo mecânico, no qual a tarefa de aplicação do direito se reserva a juízes autômatos, simplifica em demasia o papel do direito. A ideia da supremacia da lei como expressão da supremacia popular acompanhou, durante muito tempo, o sistema jurídico europeu, sobretudo o francês, tornando célebre a frase de MONTESQUIEU de que "o juiz é a boca através da qual a lei se pronuncia".

---

[13] BARAK, Aharon. A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 116, p. 19-162, 2002-2003.
[14] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 439.
[15] ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972. p. 78-79.

No atual momento por que passa a sociedade, resta completamente superada a vertente da subsunção automática e do reducionismo interpretativo, a que se refere ELIVAL DA SILVA RAMOS,[16] à medida que não se revelam adequados à tarefa de concretização das Constituições de princípios.

2.4 Interpretação como arte do compreender: a pré-compreensão, o círculo hermenêutico e o compreender como processo dialético

Sem pretender lançar outras definições, o que se percebe, desde já, é que as exposições ditas tradicionais sobre interpretação remetem à noção de *compreensão*. É por isso que se fala que interpretar é compreender. Diante de determinado signo linguístico, busca-se atribuir-lhe um significado específico, definindo a conotação que expressa, em coerência com as regras de sentido de linguagem no bojo da qual o signo se insere.

Entretanto, a atividade interpretativa não se limita ao estudo das regras da linguagem. Praticamos a interpretação do direito não – ou não apenas por isso – porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas porque a interpretação dos textos normativos pressupõe também a compreensão da realidade e dos fatos aos quais o direito há de ser aplicado.

O intérprete, logo que se depara com o texto, projeta-lhe um sentido. Fala-se, assim, que todo intérprete é munido de uma pré-compreensão, que o guiará na condução do processo hermenêutico. Não há, assim, que falar em um modelo de conhecimento objetivista, à medida que o trabalho intelectivo imprescinde da tradição em que vive o intérprete e que modela suas atitudes. Na visão de LARENZ,[17] quanto mais conhecimento se tem sobre um determinado assunto, mais rica será a pré-compreensão, mais cedo se formará a "adequada conjectura de sentido" e mais rapidamente se concluirá o processo de compreender. É por isso que se diz que será difícil a quem nunca se ocupou de questões jurídicas compreender um texto legal. O jurista que interpreta uma lei o faz com todo o seu saber sobre as questões jurídicas, as formas de pensamento e as possibilidades condicionadas de solução do caso concreto.

Não obstante a importância que a pré-compreensão assume no processo de compreensão dos significados do texto, é possível – e mesmo indispensável – estabelecer padrões mínimos de racionalidade e controlabilidade na interpretação dos modelos

[16] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.
[17] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 288.

jurídicos. Caso contrário, o trabalho do intérprete, ainda que não deliberadamente, tem riscos de descambar para uma espécie de "vale-tudo hermenêutico",[18] comprometendo a função social do direito que é, essencialmente, uma função ordenadora-estabilizadora de condutas e expectativas de conduta.

Adverte EROS GRAU[19] que isso não significa ao intérprete abandonar todas as suas opiniões prévias sobre o conteúdo do texto, mas, antes, deixar-se aberto para compreender o que o texto estar a dizer. É próprio do processo hermenêutico, complementa, afastar as opiniões prévias quando inadequadas, prevalecendo, ao final, apenas as não arbitrárias.

Vale dizer ainda que a compreensão, ou a forma como as ciências sociais interpretam a realidade e os símbolos que a cercam, difere da explicação, método adotado pelas ciências naturais com propósitos equivalentes. Nesse ponto, relembra CARLOS COSSIO[20] que, enquanto na busca de um resultado o investigador, orientado pela explicação, prossegue na direção apontada no instante de partida (*v.g.*, dos efeitos às causas; do todo às suas partes), na marcha da compreensão, diversamente, o intérprete, ao avançar depois da primeira referência, retorna ao ponto de partida e, em seguida, mais uma vez, num círculo infinito que vai do substrato ao seu sentido e vice-versa. No conhecimento por explicação – acrescenta o autor argentino – qualquer retrocesso na direção seguida pelo espírito cognoscente é um recomeço e não aumenta o conhecimento, pois o que já foi explicado ficou totalmente conhecido. Diversamente, nas ciências compreensíveis, todo retorno em direção à etapa precedente aumenta o conhecimento, levando-o mais adiante.

Similar fenômeno fora percebido por GADAMER,[21] ao observar que o compreender é dotado de um movimento circular, a que denominou "círculo hermenêutico". Embora o sentido do texto jurídico dependa do significado das palavras que o compõem, não é possível compreendê-las isoladamente, exigindo da pré-compreensão do intérprete um sentido prévio de todo o texto a ser interpretado. Até o momento de apresentar a solução adequada ao caso concreto, é permitido ao intérprete retornar ao sentido individual de cada palavra para dela extrair a melhor interpretação.

---

[18] MACHADO, João Baptista. *Introdução do direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 223-225 apud COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional* cit., p. 24.
[19] GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 69.
[20] COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 78-79.
[21] GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1994, p. 360.

Não obstante GADAMER tenha optado pelo círculo, a espiral é talvez a forma geométrica mais adequada para demonstrar o fenômeno interpretativo, lembra-nos HASSEMER.[22] Fala-se isso porque o movimento do compreender não retorna pura e simplesmente ao seu ponto de partida, caso contrário tratar-se-ia de uma tautologia, mas eleva-se a um novo estado de compreensão do texto. Se, no decurso do processo interpretativo, o significado de uma palavra não se adéqua ao sentido do texto, terá o intérprete que retificar a sua posição inicial, notadamente fruto de sua pré-compreensão. O processo de olhar para frente e para trás pode ter que se repetir diversas vezes. Ainda que, ao final de todo o processo, a conjectura inicial de sentido confirme-se plenamente, o intérprete já não estará situado no mesmo ponto, já que sua mera suposição ou ideia se converte, de ora em diante, em certeza.

É por isso que juristas, como GUSTAV RADBRUCH,[23] afirmam que "a interpretação jurídica não é pura e simplesmente pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro". Como bem resume INOCÊNCIO COELHO,[24] não se trata de processo estéril e circular de repetição do que já foi dito, mas de levar adiante um pensamento que apenas se iniciou e que, por sua natureza, não impõe limites para novas leituras.

2.5 Interpretação e aplicação do direito

Durante a interpretação, o sujeito busca e descobre o sentido normativo de um texto, que, por sua vez, se materializa no momento da aplicação. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude do caso à sua frente. Isso está a demonstrar que interpretação e aplicação são elementos indissociáveis de uma mesma operação intelectiva.

Brinda-nos GADAMER[25] com a afirmação de que a aplicação é um momento inerente a todo o compreender. E, assim, a aplicação é elemento tão integrante do processo hermenêutico como o compreender ou o interpretar.

Seguindo a linha hermenêutica filosófica de inspiração gadameriana, LARENZ enfatiza que a aplicação ou a aplicabilidade das normas aos casos concretos constitui aspecto imanente da própria interpretação jurídica, verdadeira condição de possibilidade do

---

[22] HASSEMER, Winfried. Hermenéutica y derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez 25.* Universidad de Granada, p. 73, 1985.
[23] RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 231.
[24] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional* cit., p. 42.
[25] GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método* cit., p. 330.

trabalho hermenêutico. Fala-se, por isso, em uma atividade que não se pode desenvolver abstratamente, porque exige, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação, um *balançar de olhos*[26] entre o geral e o particular, entre a norma e o fato, enfim, entre a possível interpretação e o seu resultado.

Não obstante esse entendimento seja referendado por parcela considerável dos estudiosos da hermenêutica tradicional,[27] RAÚL CANOSA USERA,[28] sem negar a identidade entre aplicação e intepretação, propõe uma distinção metodológica. Interpretar, na visão do celebrado autor ibérico, equivale a preparar o *iter* que irá produzir, em cada caso, a norma *ad hoc*. Já a decisão entre as várias soluções possíveis situa-se no âmbito do aplicar, conclui. A decisão é produto do trabalho hermenêutico, mas materializa-se – aplica-se – na norma existente apenas quando se resolve o caso concreto. No fim, o objetivo da interpretação e da aplicação é sempre o mesmo: resolver um caso concreto extraindo da disposição geral a norma individual pertinente.

GUASTINI,[29] por sua vez, defende que aplicação e interpretação são conceitos distintos. Enquanto o verbo *interpretar* concorda com qualquer sujeito (já que qualquer um pode desempenhar a atividade interpretativa), o verbo *aplicar* combina somente com aqueles sujeitos que representam os chamados órgãos de aplicação: principalmente juízes e funcionários administrativos. Embora se possa dizer que um jurista ou um cidadão interpreta o direito, não seria apropriado afirmar que qualquer um deles aplica o direito. Além do mais, o termo *aplicação* designa usualmente um conjunto de operações que não se encerra com a interpretação, à medida que inclui na interpretação propriamente dita: a comprovação dos fatos da causa, a qualificação do suposto fato concreto de que se trata e a decisão da própria controvérsia.

A separação em duas etapas – a de interpretação e a de aplicação –, adverte EROS GRAU,[30] decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção. No silogismo subsuntivo, a premissa maior é o texto normativo; a menor, os pressupostos

---

[26] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional* cit., p. 59.

[27] "Compreender es siempre aplicar" (GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método* cit., p. 380); "Da sottolineare è il rapporto fra interpretazione e applicazione, che non é uma congiunzione occazionale ma um nesso di inscindibilitá: che nel diritto non vi sai applicazione senza interpretazione può apparire chiaro, fino alla banalitá; meno chiaro, ma altrettanto vero, è però anche l´inverso: che non c'è interpretazione senza applicazione" (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*: tre capitoli di giustizia costituzionale cit., p. 161).

[28] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 13.

[29] GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Trad. Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2014. p. 249.

[30] GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios cit., p. 48-49.

de fato e a conclusão é a consequência jurídica. Para o autor, o processo de dedução da maior parte das decisões a partir da lei por meio da subsunção lógica (das situações de fato sob a previsão de uma norma legal) ou é inadequada ou então só lhe reconhece um significado mínimo.

2.6 Concretização do direito: considerações sobre texto e norma

O problema fundamental para quem aplica a norma não é a distância temporal entre o momento em que ela fora produzida e o instante em que se torna aplicável, mas a distância entre a necessária generalidade da norma e a singularidade de cada caso concreto. Superá-la, ou melhor, mediá-la, é tarefa da concretização da norma.

Desponta, nesse quesito, a teoria estruturante do direito desenvolvida por FRIEDRICH MÜLLER, que se pauta na ideia de que o texto normativo não contém imediatamente a norma. A norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito. Nesse ponto, o autor adere à linha crítica do modelo positivista formalista, ao defender a incompletude do texto legal, sem, no entanto, abandonar os métodos tradicionais da interpretação do direito.[31]

Uma das características do positivismo e de seus métodos interpretativos, segundo MÜLLER, é haver estabelecido a identidade da norma com o texto da norma, tornando o trabalho de concretização uma simples interpretação de textos de linguagem com recursos às regras artificiais da hermenêutica clássica. Nesse pensamento, a norma "não é mais do que uma proposição idiomática, posta no papel" e sua "aplicação" para o positivismo formalista se exaure numa interpretação de texto.[32]

A intepretação, na visão de MÜLLER, assume um significado restrito e se reduz a uma "interpretação de textos da norma". Como a norma jurídica é mais do que o texto, a concretização vai além da interpretação, mas esta faz parte daquela. O trabalho

---

[31] Fala-se que o autor não abandonou por completo os métodos tradicionais, pois, tratando-se de concretização de normas constitucionais, defende que haja, ao lado dos elementos clássicos distinguidos e apontados por SAVIGNY, elementos adicionais. Esses últimos, não se relacionando diretamente com a norma, desempenham funções auxiliares, limitadas no ato de concretização. O ponto, talvez, mais complexo e delicado da teoria estruturante do direito situa-se quando MÜLLER intenta estabelecer uma hierarquia daqueles elementos. Assim é que preceitua teoricamente que, em caso de conflito, ou seja, de resultados parciais contraditórios, os elementos imediatamente relacionados com a norma prevaleçam sobre os demais. E, ainda, se no interior dos elementos imediatamente vinculados à norma se levantar um conflito, entende que a prevalência caberá aos elementos gramaticais e sistemáticos (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 522-524).

[32] Idem, p. 517.

interpretativo fornece os "dados linguísticos" (*Sprachdaten*),[33] primariamente fundamentados na linguagem, que são dados "brutos", por assim dizer, formando o contexto antes do início da concretização. A metódica estruturante procura conectar tais dados ao processo decisório, acrescentando-lhes nuances do caso concreto e da realidade que a circunda. A tese do autor é que a inter-relação constante do texto com a realidade acaba por produzir a norma jurídica.

Ao mesmo tempo em que pretende superar as concepções tradicionais do positivismo, MÜLLER defende que o texto da norma é importante em sua concretização, pois assume a função de fixar os limites a partir dos quais a norma será concretizada. Embora o autor se aproxime da noção de "moldura" proposta por KELSEN, isso não é o suficiente para reconhecê-lo normativista, pois, na sua visão, o texto não tem uma importância própria, de modo que só toma sentido quando posto numa operação ativa de concretização.

MÜLLER destaca que o dispositivo que está na lei, o texto da norma, não está pronto nem substancialmente concluído, isto é, não é a norma decisória, mas apenas o ponto de partida para a sua construção, ou a ponta do *iceberg* em uma linguagem figurativa. A decisão teria de ser apenas compatível com o texto da norma, este constituiria a baliza da concretização possível do texto.

O texto normativo é uma fração da norma – aquela absorvida pela linguagem jurídica –, mas não é, ainda, a norma, pois esta não se reduz à linguagem jurídica. Abrange todos os elementos e situação do mundo, tal como se manifestam no momento de sua aplicação.

A norma a construir, prossegue MÜLLER, é constituída por dois componentes, o *âmbito da norma* e o *programa da norma*. O programa é fruto de um processo parcial de concretização a partir da interpretação dos dados linguísticos presentes no texto normativo. O domínio, ou âmbito, da norma refere-se à segunda parte do processo, quando o intérprete atua sobre os dados da realidade (ou elementos empíricos), recortados pelo programa da norma.[34]

---

[33] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica:* para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 273.

[34] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1216.

Como ensina MÜLLER[35], uma disposição do Código de Hammurabi não representa mais do que um texto de uma norma. Não lhe resta qualquer dado da realidade para eventual concretização, ou seja, o âmbito normativo dela se perdeu. Fala-se, portanto, que a normatividade não é um atributo estático do texto, mas o efeito global da norma num processo estrutural e dinâmico entre o programa normativo e o âmbito da norma.[36]

A concretização implica um caminhar do texto normativo em direção à norma jurídica, que não é ainda o ponto final. A concretização somente se conclui no momento seguinte, quando está posta a norma de decisão apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. É por esse motivo que a teoria estruturante do direito apregoa que a concretização não é igual à interpretação do texto da norma, é, sim, *a construção de uma norma jurídica*.

2.7 Interpretação como atividade criativa, evolutiva e construtiva

A interpretação constitucional, como é corrente, é levada a efeito pelos três Poderes do Estado. Apesar de reconhecer a primazia da interpretação judicial constitucional, devendo prevalecer em caso de controvérsia, não há dúvida de que o legislador e o administrador também têm sua atuação fundada na Constituição e, para tanto, utilizam-se da interpretação para bem exercer as suas funções. Há, todavia, um traço distintivo nítido no objeto de atuação de cada Poder, ou seja, ao Legislativo incumbe a criação do direito positivo, enquanto ao Executivo e ao Judiciário compete sua aplicação. Embora a atividade de aplicar o direito envolva inafastavelmente doses de subjetividade e, em certos casos, de coparticipação do aplicador na criação da norma, é preciso ter em mente a diferença de grau existente entre as funções de legislar ordinariamente e interpretar um texto existente.

Definidos, pois, os papéis principais desenvolvidos por cada um dos Poderes da República, não causa nenhum constrangimento reconhecer o papel integrativo do intérprete do direito. O sistema jurídico está a serviço da sociedade, e não o inverso.[37] O direito surge

---

[35] MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito.* Trad. Peter Naumann et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 187.

[36] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1216.

[37] "Puesto que el Derecho es un modo de la conducta (la conducta en su interferencia intersubjetiva) y puesto que el hombre es social por naturaleza, el Derecho es coetáneo con el hombre. Esto lo sabían ya los romanos al afirmar: '*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo: ubi homo ibi ius*' (donde hay hombre hay sociedad; donde hay sociedad, hay Derecho; luego donde hay hombre hay Derecho). No puede pues asignarse más que un valor metafórico o meramente especulativo a toda concepción de un *momento prejurídico* de la humanidad (a saber, p. ej.: el estado de *naturaleza*, prodigado por los cultores de la escuela clássica del Derecho Natural con el objeto de ayudar a la comprensión de los fundamentos del estado civil" (AFTALIÓN, Enrique et al. *Introducción al derecho*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 190).

como instrumento a regular a multiplicidade de hipóteses fáticas e a elas deve guardar coerência, sob pena de se tornar obsoleto ao longo do tempo. Exatamente por isso, são necessários ajustes não só no texto propriamente dito, mas também na sua forma de interpretar e aplicar diante de situações concretas.

As disposições constitucionais, na visão de USERA,[38] estão mais preparadas para suportar as mudanças no sistema social. Sua habilidade de adaptação reside, especialmente, na elasticidade, na ambiguidade e no elemento político que as caracteriza. Assim, o caráter sintético e genérico das normas constitucionais exige do intérprete mais do que um simples descobrir ou revelar o sentido da norma; exige dele, diante da complexidade dos casos concretos, que ele adapte o sentido da norma e, se necessário, crie novas hipóteses de incidência não antevistas pelo legislador.

Como se vê, vários fatores internos ao sistema constitucional realçam o papel transformador da interpretação. O fato é que, ao lado da linguagem e do caráter sintético das Constituições, outros elementos agem externamente sobre o fenômeno jurídico. A *mutabilidade social* provoca o surgimento de novas necessidades e situações não antevistas pelos Constituintes, mas que são facilmente percebidas pelo intérprete ao aplicar a Constituição. Destaca-se também a *mudança*, razoável, admissível e legítima, na intenção dos próprios aplicadores constitucionais que estão sujeitos aos efeitos das transformações sociais, políticas e econômicas. Sem falar na *evolução* dos valores e das ideias a ele subjacentes que não passam despercebidas no momento da interpretação e aplicação da norma constitucional ao caso concreto.

No que concerne à criatividade da função judicial, MAURO CAPPELLETTI conclui que o juiz não assume o papel de mero intérprete-aplicador do direito, mas participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, por meio da criação do direito. Em seu estudo, o professor italiano busca demonstrar que "o verdadeiro problema, portanto, não é da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito". Propõe o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade, responsável por "preencher as lacunas, precisar as *nuances*, esclarecer as ambiguidades" inerentes à linguagem jurídica. A seu ver, continua o autor, "o verdadeiro problema é outro, ou seja, do *grau de criatividade* e dos *modos*, *limites* e *aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários".[39]

---

[38] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional* cit., p. 55.
[39] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 21.

Adiante, a doutrina[40] refere-se a *intepretação evolutiva* ao fenômeno que, sem contrariar o texto da Constituição, confere-lhe novos significados, em função de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais, que não estavam presentes na realidade constitucional quando da sua elaboração. Pensar evolutivamente na Constituição significa mantê-la viva e adaptada às necessidades do povo e do governo, mas, para tanto, a interpretação deve situar-se dentro de seus legítimos limites, de forma a não contrariar o texto nem o espírito constitucional. Constituição moderna é aquela que evolui, e não a que perpetua um pensamento conservador, assegura USERA.[41] Pensar evolutivamente as normas constitucionais contribui para reduzir as arestas interpretativas e permite ao aplicador não se deixar surpreender por situações imprevistas.

A intepretação evolutiva situa-se no centro de uma tensão entre as posturas estática e dinâmica de interpretar a Constituição. O primeiro toma como valores básicos a certeza, a estabilidade e a predizibilidade, que exigem possuam as normas jurídicas um significado imutável.[42] O segundo, por sua vez, considera a interpretação como atividade que se adapta às necessidades presentes e futuras da vida social.[43] Não se está aqui a se referir aos

---

[40] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 45.

[41] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 112.

[42] A esse tipo de ideologia WRÓBLEWSKI dá o nome de "ideologia estática de interpretação jurídica", cujas principais características, na visão do autor, são: a) a certeza jurídica importa que o direito não sofra qualquer mudança, senão por obra do legislador; assim, não se altera o significado de uma norma jurídica enquanto isso não seja determinado pelo legislador; b) o significado de qualquer norma jurídica é função da vontade do legislador; c) as metodologias sistêmica e linguística são tomadas de modo preferencial, repudiando-se a metodologia funcional como informadora do processo de interpretação; d) quando desta última se lance mão, o contexto funcional será o contexto histórico do ato legislativo; e) a interpretação não é senão um descobrimento e não se admite que ela conduza à mudança ou transformação da norma; f) o âmbito da interpretação é totalmente oposto ao da atividade legislativa, sendo fartos os argumentos políticos que fundamentam esse entendimento em qualquer versão da doutrina da separação dos Poderes (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios cit., p. 76-77).

[43] A essa segunda postura WRÓBLEWSKI trata como "ideologia dinâmica da interpretação jurídica". Tais os seus elementos mais característicos: a) a vida social corresponde ao contexto funcional das normas jurídicas e leva em consideração os atuais contextos sistêmico e linguístico; b) nada obsta a que o direito suscite e antecipe mudanças na vida social; c) impõe-se que a interpretação do direito o adapte às necessidades da vida social, para torná-lo mais adequado a ela – esta adequação é o valor máximo da ideologia dinâmica da intepretação jurídica; d) o significado da norma jurídica não é, portanto, nenhum fato do passado conectado por vínculos fictícios à vontade do legislador histórico – seu significado se alterna na medida em que se alteram os contextos nos quais a norma jurídica se opera; e) a linguagem jurídica varia na medida em que passam por variações os contextos funcional e sistêmico; f) a metodologia funcional é tomada de modo preferencial, sendo fim básico da interpretação jurídica a adaptação do direito às necessidades da vida social; g) a metodologia linguística privilegia a pragmática da linguagem jurídica, ou seja, a dependência do significado dos termos e expressões – notadamente dos termos e expressões valorativos – ao contexto de seu uso interpretativo atual; h) a metodologia sistêmica privilegia a consideração das contínuas alterações do sistema jurídico e as características do sistema jurídico atual, no momento no qual a interpretação é processada; i) a interpretação, no quadro da ideologia dinâmica, é uma atividade *criadora ex definitione*, na medida em que cria o direito em ato, ou seja, aquele cujas normas são determinadas na interpretação (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios cit., p. 77-78).

métodos clássico ou moderno de interpretação, mas a atitudes que acompanham os intérpretes até os dias de hoje, a primeira com maior intensidade que a segunda.

A *interpretação construtiva* também retrata esse movimento de adaptação do texto às mudanças provocadas pelo tempo. Por meio dela, o intérprete busca ajustar as normas da Constituição a uma situação ou comportamento não expressamente disciplinado pelo texto constitucional. O método da construção constitucional, segundo ANNA CANDIDA,[44] é pautado tanto por elementos intrínsecos, que são aqueles oferecidos pelo próprio texto, quanto por elementos extrínsecos a este, a saber, princípios, valores e fatos alheios à letra do texto aplicável.

Por intermédio da *construction* a Constituição dos Estados Unidos da América não se imobilizou, mas aderiu às transformações políticas e sociais e, com isso, evoluiu com ela.[45] Não há dúvidas de que foi graças à construção judicial que a Constituição americana serviu de abrigo a novos princípios, diferentes doutrinas e verdadeiras revisões do texto sem qualquer alteração da forma constitucional. Foi com esse pensamento que, certa vez, CHARLES EVANS HUGHES, ex-presidente da Corte Suprema americana, afirmou "We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is".

É indiscutível que o direito norte-americano é pródigo em situações a demonstrar a aplicação da interpretação construtiva. Foi assim com o caso *Marbury x Madison*, quando ficou assentado o controle de constitucionalidade das leis, e também na discussão sobre a teoria dos poderes implícitos do Congresso. A construção judicial não foi igualmente significativa em outros países. No caso do Brasil, a doutrina aponta aqui e ali alguns exemplos.

---

[44] ANNA CANDIDA destaca que se formaram duas correntes a propósito da questão: uma entende que interpretação construtiva e construção constitucional são métodos distintos, enquanto outra, da qual é partidária, considera a construção uma espécie de intepretação constitucional, porque o intérprete jamais poderia ater-se exclusivamente ao texto, à letra da lei, isolando-a dos princípios, da ordem natural das coisas, das contingências históricas, da evolução e das necessidades sociais (*Processos informais de mudança da Constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais cit., p. 47).

[45] Os estudiosos americanos costumam encarar a *constitution construction* como um fenômeno predominantemente político, não se confundindo, portanto, com a intepretação, processo nitidamente jurídico. É o que diz KEITH E. WHITTINGTON: "This distinction between interpretation and construction is analytical, in that it builds on two different ways of elaborating meaning that have be and could be used. [...] Constitutional interpretation is essentially legalistic, but constitutional construction is essentially political. [...] Neither interpretation nor construction changes the core nucleus of the text, but they do provide its extension and points of contact with political practice. Interpretation flows immediately from the text and thus has a limited reach. Construction bears a more tenuous and alloyed connection with the text bus as a result can extend constitutional meaning even further before it too exhausts the possibilities of the existing text" (*Constitutional interpretation*: textual meaning, original intent, and judicial review. Lawrence: University Press of Kansas, 1999. p. 5-14). ANNA CANDIDA admite que o elemento político é determinante para a construção constitucional, mas isso não a exclui do processo jurídico de interpretação (*Processos informais de mudança da Constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais cit., p. 48).

A chamada *doutrina brasileira do habeas corpus* foi, na visão de ANNA CANDIDA,[46] a mais importante contribuição do Judiciário no desenvolvimento da *construction,* em torno da Constituição brasileira. O Supremo Tribunal Federal conferiu, à época, ampla interpretação ao artigo 72, § 22, da Constituição Federal de 1891, de modo a estender o remédio do *habeas corpus*, instrumento originalmente imaginado para proteção da liberdade de locomoção, para atender quaisquer lesões a direitos pessoais, praticadas por abuso de autoridade.

Embora institutos muito próximos, BARROSO[47] é categórico em distinguir a interpretação evolutiva da construtiva, e ambas da mutação constitucional, instituto que melhor se verá adiante. A interpretação construtiva, segundo aduz, consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição para o fim de criar uma nova hipótese de incidência não prevista inicialmente, ao menos não de maneira expressa. Já a interpretação evolutiva se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando da sua elaboração e promulgação, por não existirem ou terem sido imaginadas, mas que se encaixam indiscutivelmente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional. Ao tratar da mutação constitucional, BARROSO reforça que esse fenômeno ocorre apenas quando há uma mudança de sentido da norma, em contraste com o entendimento preexistente, não se confundindo com o alargamento do sentido conferido ao texto.

2.8 Interpretação e discricionariedade (judicial e legislativa)

A discricionariedade legislativa é assunto que nunca provocou maiores discussões entre os estudiosos do direito. Observados os limites definidos pelas normas superiores (notadamente a Constituição), os legisladores gozam de certa dose de criatividade para a produção normativa. Outra, no entanto, era a postura quando se tratava da discricionariedade judicial. Aqueles que se propunham a abordá-la enfrentavam forte resistência da corrente jurídica tradicional, o formalismo jurídico.

Para o modelo formalista, todo direito emana da vontade do legislador e os juízes se limitam a realizar uma operação mecânica por meio da qual são identificados os fatos concretos a ser subsumidos dentro da norma jurídica que contém, previamente, a

[46] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais cit., p. 138.
[47] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 164-165.

consequência a ser aplicada. O papel dos juízes resume-se a *verificar* se estão presentes as condutas que servem de hipótese de incidência à norma. O silogismo lógico-dedutivo aparece como instrumento central da aplicação do direito, quando se fazem valer as decisões legislativas tomadas no passado. Por essas razões, o modelo é também chamado de "positivismo legalista" ou, simplesmente, modelo "exegético".[48]

A partir da segunda metade do século XX, consolida-se uma visão teórica oposta aos fundamentos centrais do formalismo jurídico, cuja crise já havia se iniciado bem antes. Essa visão deu lugar a fenômenos diferentes, entre os quais a corrente do voluntarismo. Aqui, além da negação dos elementos tradicionais de interpretação, negam-se os meios racionais para se chegar à única solução justa para o caso concreto. Para os voluntaristas, o ato de aplicação normativa corresponde, sempre, a uma escolha, ou seja, a um ato de vontade.

Entre esses dois modelos, isto é, no meio do caminho entre o formalismo legalista e o voluntarismo, desenvolveu-se "a teoria da discricionariedade judicial",[49] que teve como os seus principais defensores HANS KELSEN e HERBERT HART.

A escolha por KELSEN e HART tem lugar por situarem-se esses autores, do ponto de vista hermenêutico, como positivistas que rejeitam a postura formalista tanto quanto a cética.[50] É mister ressaltar que, muito embora as doutrinas de KELSEN e HART divirjam sob diversos aspectos concernentes ao fenômeno jurídico, suas visões a respeito da interpretação no direito aproximam-se.

KELSEN tinha plena consciência de que o modelo subsuntivo adotado pelo positivismo formalista não se mostrava adequado à aplicação do direito. As disposições normativas veiculam diferentes graus de generalidade e abstração, a demandar do intérprete doses também diversas de concreção. Isso ocorre porque, em um sistema hierarquizado de normas, as normas superiores determinam não só a forma, mas também o conteúdo das normas inferiores. Essa vinculação, porém, nunca é completa e, por isso, remanesce sempre uma margem, em maior ou menor grau, de livre apreciação pelo

---

[48] Cf.: ROSS, Alf. *On law and justice*. Berkeley: University of California Press, 1959. p. 108.

[49] RESTREPO, Gabriel Mora. *Justicia constitucional y arbitrariedade de los jueces*: teoria de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 126.

[50] Ironiza HART quando diz: "o céptico acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado; descobriu que as regras não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de fato [...]. A concepção do céptico sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e quando descobre que não é atingido por aquilo a que se chamam regras, exprime o seu desapontamento pela negação de que haja, ou possa haver, quaisquer regras" (HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 152).

intérprete. Daí se fala que "a norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato".[51]

Todo ato de interpretação, para KELSEN, é, em parte, determinado pelo direito e, em parte, indeterminado. Essa indeterminação se revela tanto de forma *intencional*, própria do órgão produtor da norma, quanto *não intencional*, haja vista a ambiguidade das expressões linguísticas empregadas no seu texto e a possíveis contradições entre os diversos dispositivos. Em qualquer desses casos, são oferecidas ao intérprete do direito várias possibilidades, todas as quais válidas na medida em que pertençam ao âmbito de conhecimento do significado geral da norma.

Para o expoente da Escola de Viena, o processo judicial é organizado em dois momentos: o de conhecimento (ou cognoscitivo) e o de vontade (ou de eleição). O primeiro consiste em saber, a partir da lei, quais as possibilidades válidas de interpretação, enquanto o segundo instante preocupa-se em eleger uma dentre essas possibilidades de aplicação da norma. Isso significa que os juízes, apesar do seu exercício discricionário, encontram-se, em todo caso, vinculados ao ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo, conclui-se que não há respostas "corretas", mas respostas "possíveis". A falha da teoria tradicional da interpretação jurídica reside, na visão do autor, em "fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta". Pelo contrário, sustenta que "a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que [...] têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito".[52]

Com efeito, todos os significados que podem ser extraídos do texto da lei são suscetíveis de ser convertidos em direito positivo e, por isso, nesse aspecto, não caberia fazer uma discriminação jurídica entre respostas admissíveis e inadmissíveis. "É um esforço inútil querer fundamentar 'juridicamente' uma, com exclusão da outra",[53] diz KELSEN. E continua: "a questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer [...] uma questão de

[51] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 388.
[52] Idem, p. 390-391.
[53] Idem, p. 392.

conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema do Direito, mas um problema de política do Direito".[54]

O ato de conhecimento, na visão de KELSEN, consiste em um juízo de racionalidade sobre a norma e os significados possíveis da sua realização (aplicação). Tal racionalidade garante a validade da norma, mas não lhe outorga condições de escolher entre os diversos significados postos à disposição do intérprete. A opção por um deles consiste em um ato de vontade. Enquanto a racionalidade do momento cognoscitivo é regulada pelo direito positivo, porquanto provém da validade jurídica, no instante volitivo, não há que se falar em racionalidade jurídica. Os critérios são outros, fora do mundo jurídico, tais como "normas de Moral", "juízos de valor sociais" e "normas de Justiça", a respeito dos quais o direito positivo nada pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Diante disso, KELSEN considera que "não se tratará de um conhecimento do direito positivo", razão pela qual "a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato". Aí está a discricionariedade do intérprete, fora da teoria do direito, longe do processo de interpretação jurídico-científica.

Diante disso, a discricionariedade judicial, ou a liberdade do juiz de escolher entre as possibilidades semânticas do texto, aproxima-se da discricionariedade legislativa, e, nesse sentido, KELSEN ressalta que "é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este".[55]

HART considera que a explicação definitiva do porquê os juízes gozam de um âmbito de discricionariedade mais ou menos amplo reside no fato de que os enunciados linguísticos mediante os quais são formulados os elementos normativos (normas e precedentes) possuem, em certas ocasiões, como característica particular, uma textura aberta. Isso significa que, em determinados momentos, os juízes se valem da discricionariedade, ao passo que, em outros, não.

Segundo HART, os juízes não "criam direito" naquelas situações que lhes parecem "familiares",[56] isto é, que se repetem constantemente em contextos similares, a respeito das quais existe um acordo geral sobre a aplicabilidade. No entanto, nos demais casos, a

[54] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 393.
[55] Idem, ibidem.
[56] HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* cit., p. 139.

textura aberta das normas jurídicas autoriza o juiz a trilhar distintas possibilidades de interpretação, ao sabor da indeterminação do texto, que apenas lhe fornece "áreas de conduta".[57]

A generalidade das normas é da própria "condição humana",[58] diz HART, ou seja, quem elabora a norma ou cria o precedente se vê impossibilitado de antecipar todas as possíveis circunstâncias sobre as quais se fundamenta uma aplicação em particular.

Não seria possível, pois, falar em uma solução tomada *a priori*. A resposta dependerá das circunstâncias, tão peculiares e próprias do caso concreto. A norma e o precedente não impõem, desse modo, um sentido específico ao intérprete, e sim várias alternativas abertas para serem eleitas em determinada situação. O antigo professor da Universidade de Oxford argumenta que a eleição entre as várias alternativas está, em todo caso, condicionada pelas normas, de modo que "os tribunais não consideram as regras jurídicas como predições, mas antes como padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da sua textura aberta, para limitar o seu caráter discricionário, embora sem o excluir".[59]

HART aproxima-se de KELSEN, ao demonstrar que o exercício discricionário do juiz é fruto de uma liberdade de eleição condicionada pelas soluções admitidas pelos elementos normativos em jogo. A diferença, por sua vez, entre os autores reside no fato de que HART insiste na ideia de que a própria discricionariedade se assenta em princípios racionais e, com isso, quer manifestar que seu exercício não implica "arbitrariedade" dos juízes. Com efeito, mesmo nos julgamentos em que normalmente se exige a escolha de um valor moral perante os outros possíveis, os juízes evitam a arbitrariedade na medida em que se valem de um conjunto de "virtudes", tais como imparcialidade e neutralidade para examinar as alternativas, consideração sobre os interesses de todos os afetados. Isso garantiria, de certo modo, que a atividade judicial não ultrapasse os seus limites.

HART, assim como KELSEN, traçou um paralelo entre a discricionariedade judicial e a legislativa, ao destacar que "os poderes de criação [atribuídos] aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, [são] diferentes dos de um órgão legislativo". Nesse sentido, "os poderes dos juízes são objecto de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão legislativo pode ser consideravelmente liberto". Apesar disso, há ocasiões em que o direito existente não

[57] HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* cit., p. 148.
[58] Idem, p. 141.
[59] Idem, p. 161.

consegue apontar a decisão adequada ao caso concreto, quando, então, "o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito". Nesse papel, o juiz não deve proceder "de forma arbitrária: isto é: ele deve sempre ter razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores".[60]

Hoje, há um relativo consenso sobre a ideia de que as decisões judiciais constituem manifestação do poder discricionário inerente à atividade interpretativa. Não se pode falar em uma unanimidade, pois autores como EMILIO BETTI não pareciam inclinados em aceitar a discricionariedade judicial, já que do seu ponto de vista a decisão, em última instância, deve ser guiada pela coerência lógica natural de qualquer argumentação jurídica, um "apprezzamento vincolato".[61] De outro lado, MAURO CAPPELLETTI[62] integra corrente de pensadores que afirmam que toda interpretação envolve maior ou menor grau de discricionariedade. O reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de discricionariedade não se confunde com a liberdade total do intérprete. Discricionariedade, como visto alhures, não significa arbitrariedade e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não cumpre o seu mister livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*.

A verdadeira discussão, portanto, não verte sobre a alternativa discricionariedade *vs.* não discricionariedade, mas, como já dito, sobre o grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial.

Não é difícil perceber que os legisladores encontram espaços de conformação mais dilatados que os juízes. Assevera ELIVAL RAMOS[63] que o legislador, ao elaborar as normas do primeiro nível do ordenamento jurídico, se vê limitado apenas pelas disposições constitucionais, circunscritas aos aspectos fundamentais da organização estatal e marcadas pela textura aberta dos seus dispositivos (normas-princípio, conceitos indeterminados etc.),

---

[60] HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* cit., p. 336.

[61] BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*: teoria generale e dogmatica. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1971. p. 152.

[62] CAPPELLETTI assim ilustra a sua opinião: "Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, 'aplicá-los' e 'realizá-los' em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. [...] Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu 'texto', ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa" (*Juízes legisladores?* cit., p. 21-22).

[63] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos cit., p. 124.

o que amplia ainda mais a liberdade da atuação legislativa. O juiz, por sua vez, no afã de solucionar os conflitos normativos, encontra-se sujeito a condicionamentos jurídicos muito mais fortes, por guardar vinculação a todo sistema legal.

A discricionariedade judicial também conhece em si própria uma gradação, pois, consoante conclui KARL LARENZ,[64] "desde a subsunção simples (lógica) até ao juízo de valor estritamente pessoal do juiz que decide, o qual nos 'casos-limite' substitui a comunidade jurídica, representando-a, desenrola-se um vasto campo de tensão". Menor liberdade restará ao intérprete se a linguagem jurídica for vazada de modo preciso e objetivo e maior quando o texto normativo estiver permeado de conceitos indeterminados.

Conquanto não se possa falar que as normas legislativas vinculam totalmente o intérprete, o juiz tem também como dever mínimo apoiar sua argumentação no direito positivo, e não (apenas) na "equidade" ou em análogos e vagos critérios de valoração. Fala-se, portanto, que a criatividade do intérprete, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente "direito livre", no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, a decisão judicial submete-se a limites, mesmo que nunca possam vinculá-las de forma completa e absoluta.

A tese desenvolvida por CAPPELLETTI é de que esses limites não chegam a caracterizar a "natureza" do processo judicial. A atividade do juiz vinculado à lei dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites, da tarefa exercida pelo legislador, cujo poder de criação do direito está sujeito aos vínculos ditados por uma Constituição escrita e pelas decisões da Justiça Constitucional. Diz o autor que "a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, *de grau*",[65] haja vista o caráter mais detalhado e específico das leis ordinárias em contraposição aos textos mais sucintos e vagos das normas constitucionais. Daí decorre que o legislador se depara com limites usualmente *menos frequentes* e *menos precisos* do que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz. Concluiu-se, portanto, que a discricionariedade do legislador pode ser quantitativamente, mas não qualitativamente diversa da do juiz.

Voltaremos a esse assunto, mais adiante, quando a problemática dos casos difíceis for tratada e, por conseguinte, quando o tema dos conceitos jurídicos indeterminados vier à tona.

---

[64] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 333.
[65] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* cit., p. 26.

3 ESBOÇO DE UMA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 A questão da especificidade da interpretação constitucional

Não se via, na sociedade, em sua primitiva organização, a necessidade de destacar um método específico a compreender as chamadas ciências do espírito. Direito, moral e religião trabalhavam com objetos muito próximos, para não dizer idênticos, em certas ocasiões, e não precisavam desenvolver linguagens substancialmente distintas para se expressar, tampouco formular hermenêuticas específicas para explicar os seus fenômenos.

A demonstrar essa impressão, o jurista belga HENRI DE PAGE[66] destacara que, no berço da civilização ocidental, o direito era absolutamente desprovido de informação técnica que o diferenciasse da moral e da religião e que, afinal, não passava de um amontoado de preceitos amorfos e inconsistentes, mas que, ainda assim, funcionava como regra de vida e de ação.

À medida que a sociedade se diferenciava funcionalmente,[67] as ciências de espírito também passaram por mudanças que se refletiram na forma de compreendê-las. Viu-se, assim, a hermenêutica jurídica assumir uma função normativa, tornando-se mais do que um mero entender, antes um "intendere per agire o, comunque, per decidere", como ressaltava BETTI.[68] Analogamente, USERA[69] sustenta que a chave definidora da interpretação jurídica é representada pela função normativa que desempenha.

De todo modo, ainda que a hermenêutica jurídica tenha alcançado, nos dias de hoje, a sua emancipação epistemológica, ela continua valendo-se dos mesmos princípios que suportam a hermenêutica religiosa e filosófica, afinal todas elas partem da compreensão para explicar os seus acontecimentos.

---

[66] DE PAGE, Henri. *De l'interprétation des lois*. Bruxelles: Payot, 1925, p. 45 apud COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional* cit., p. 82.

[67] Para NIKLAS LUHMANN, a chave do modelo evolutivo da sociedade reside na noção de diferenciação social. A diferenciação social teria assistido a pelo menos quatro fases distintas: diferenciação segmentária (construída a partir de critérios naturais, tais como gênero e idade), diferenciação centro/periferia (baseada em critérios geográficos), diferenciação estratificada (apoiada em critérios hierárquicos do tipo nobre/plebeu, cidadão/escravo) e diferenciação funcional (quando se conferiu ao direito, à economia e à política funções demarcadas e papéis distintos e específicos) (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23).

[68] BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* cit., p. 91.

[69] No mesmo sentido PIERANDELI, para quem "L'nterpretazione delle regole giuridiche risponde a questo concetto generale, ma si contra distingue dalle interpretazione riguardanti le altre sfere dell´attivitá umana per la funzione a cui atende, che è uma funzione normativa" (USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 5).

Assentadas essas premissas, coloquemos o tema da intepretação constitucional.

Como em toda interpretação de norma jurídica, interpretar as normas constitucionais pressupõe compreender, investigar e mediatizar[70] o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional.

Subsiste, entretanto, na doutrina, forte controvérsia a respeito da suposta especificidade da interpretação constitucional em face da hermenêutica jurídica geral, havendo até polêmicas sobre o caráter político, para não dizer arbitrário, com que é interpretada a Constituição, sobretudo pelas Cortes Constitucionais. Tudo isso parece indicar que a concretização dos preceitos constitucionais apresenta notas ou dificuldades adicionais, se comparada com as questões enfrentadas pelos intérpretes ao extrair o sentido das normas infraconstitucionais.

Não obstante se trate de uma intepretação jurídica, o que, por si só, demanda a utilização de uma teoria hermenêutica atinente a essa ciência do conhecimento, a interpretação constitucional possui certas particularidades, não identificáveis no mesmo grau na interpretação jurídica em geral, o que, na visão de INOCÊNCIO COELHO,[71] implica, de um lado, maiores possibilidades hermenêuticas na configuração de respostas aos casos concretos, mas, de outro lado, e ao mesmo tempo, torna mais difícil traçar linhas divisórias entre interpretações legítimas e outras que não o sejam.

Do mesmo modo em que não há uma unanimidade sobre o caráter específico da interpretação constitucional, também na seara daqueles que a defendem não existe uma uniformidade a respeito dos traços que caracterizam a intepretação constitucional. Mesmo assim, é o caso de investigar, sobretudo na doutrina estrangeira, os sinais em comum identificados pelos autores.

Comecemos pelas particularidades do objeto a interpretar. Nesse ponto, fala-se que as normas constitucionais são normalmente elásticas, abertas, indeterminadas, imprecisas, ambíguas ou simplesmente vagas. Nas palavras de ZAGREBELSKY,[72] identifica-se nas normas constitucionais uma elevada carga de flexibilidade (ou maleabilidade) e imprevisibilidade.

Antes que se lance qualquer argumento de repreensão contra essa característica das normas constitucionais, convém compreender as razões que as tornam assim. Não é demais lembrar aqui o extenso âmbito de aplicação da Constituição, bem como a multiplicidade de

---

[70] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1206.
[71] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional* cit., p. 113.
[72] ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*: tre capitoli di giustizia costituzionale cit., p. 267-268.

casos concretos que ela está a regular. Esse fato configura, por si, justificativa para a vagueza dos preceitos. Não fosse só isso, a Constituição é o resultado do compromisso entre as forças políticas da ocasião, tornando-se indispensável a vagueza dos enunciados para se alcançar o consenso entre elas. Além do mais, a doutrina aponta que essa carga de imprecisão permite uma adaptação da Carta a novas situações e mudanças pelas quais passa a Nação durante o período mais ou menos longo em que vigora uma Constituição.

A abstração ou a indeterminabilidade do preceito expressa-se na terminologia empregada pelo Constituinte. Para preencher de sentido essas palavras, alguns defendem a atuação do legislador, dado que ele expressaria a vontade popular em segundo nível (a de primeiro nível seria o Constituinte). Outros se apressam para ressaltar que essa tarefa de pôr luzes na escuridão compete à magistratura, nesse caso a constitucional.

A possibilidade de explicitar os dizeres constitucionais não está atribuída exclusivamente ao Parlamento nem ao Tribunal Constitucional, mas a ambos. Por fim, é verdade, o Tribunal controla a atividade criadora do legislador, que não pode ultrapassar certos limites previstos na Constituição e sobre os quais o juiz constitucional propõe uma interpretação definitiva.

Continuemos no objeto da interpretação constitucional para identificar outro traço distintivo diante da intepretação dita "ordinária". Argumenta-se que os textos constitucionais são diversos de qualquer outro texto pelo fato de regularem a matéria sobre organização e distribuição dos Poderes estatais e estabelecerem um sistema de garantias para os direitos e as liberdades fundamentais. Nas palavras de USERA,[73] "el primer rasgo definitorio que viene a la mente cuando se analisa el porqué de una Constitución es que ésta funda un Estado y estabelece, *ex novo*, las pautas de funcionamento del orden jurídico".

Em terceiro lugar, a singularidade da interpretação decorre da posição privilegiada dos Tribunais Constitucionais. Situados na cúpula da estrutura judiciária, as Cortes desfrutam de certa supremacia hermenêutica, à medida que lhes cabe dar a "última palavra" sobre os mais variados assuntos, o que implica estabelecer os limites de possibilidades da interpretação das demais normas do ordenamento jurídico.

[73] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 59.

Dessa posição de superioridade descrita acima advém a quarta característica, que é a especial transcendência dessas Cortes no contexto dos órgãos do Poder Público, assim como o "acusado caráter político"[74] e a relevância política das suas decisões.

É interessante salientar que, em resposta à maioria das razões que, em tese, justificam a posição destacada da intepretação constitucional, sobrevêm robustos argumentos em contrário. Aqui se destacam as lições de GUASTINI.[75]

Em oposição à tese de que os textos constitucionais se diferenciam dos demais em virtude da matéria regulada, que se refere, como vimos, à organização estatal e à previsão de direitos e garantias fundamentais, o autor italiano destaca que nenhuma Constituição escrita abarca toda a matéria constitucional. A título de exemplo, cita que, na Itália, as regras que tratam da formação do órgão legislativo estão estabelecidas em leis ordinárias, e não na Constituição.

A respeito do argumento de que o texto das normas constitucionais é vago e impreciso, à medida que não formula "regras", mas estabelece "princípios" ou proclama "valores", adverte GUASTINI que essa característica não é exclusiva dos textos constitucionais. Na maioria dos países europeus, por exemplo, diversos princípios gerais e valores fundamentais do sistema jurídico estão escritos nas codificações civis (e também nas penais). A conclusão do autor é a de que, como não faz sentido utilizar método distinto para interpretar as normas ordinárias que veiculam princípios e valores, também não merece amparo a tese que prega a especificidade da interpretação constitucional.

Há ainda, como dissemos, os adeptos da interpretação evolutiva, que atribuem ao processo hermenêutico o papel de adaptar a Constituição às transformações da sociedade, sem se valer da reforma constitucional, sob o argumento de garantir a sua estabilidade por longo período. GUASTINI revela a fragilidade desse argumento, pois essa teoria até pode fazer sentido para doutrina americana. A Constituição dos Estados Unidos da América remonta a 1787, enquanto o *Bill of Rights* é datado de 1791 e, apesar do longo tempo, ambos seguem como textos vigentes nos dias de hoje. No entanto, se a história constitucional francesa servir como exemplo, percebe-se que uma Constituição não deve necessariamente estar vigente durante séculos. E mais: nem todas as Constituições são difíceis de modificar; existem Constituições flexíveis (praticamente todas as Constituições do século XIX o eram); tampouco as Constituições rígidas são rígidas no mesmo grau.

---

[74] RESTREPO, Gabriel Mora. *Justicia constitucional y arbitrariedade de los jueces*: teoria de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales cit., p. 18-22.
[75] GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* cit., p. 53-58.

Agregue-se ainda o fato de que nem toda lei tem um caráter provisório: é o caso, por exemplo, de muitos Códigos Civis (começando, evidentemente, pelo Código Napoleônico), que em alguns casos estão destinados a durar muito mais que uma Constituição.

Exposta a discussão a respeito da interpretação constitucional, somos da seguinte opinião: ainda que se reconheçam diferenças entre os preceitos constitucionais e outros enunciados normativos que integram o ordenamento jurídico, todos são espécies do gênero norma jurídica e, por isso, os elementos interpretativos gerais também se aplicam às normas da Constituição.

Em reforço a essas conclusões, vale trazer as impressões colhidas por LARENZ e INOCÊNCIO COELHO. O jusfilósofo alemão[76] diz não ver "fundamento bastante para não se aplicarem, pelo menos em princípio, os princípios interpretativos gerais também à interpretação da Constituição" e isso porque "[...] a Constituição é, enquanto lei – tal como todas as outras leis (redigidas na maior parte em linguagem corrente) –, uma obra de linguagem, que, como tal, carece de interpretação, tal como as proposições nela contidas têm o caráter de normas". Outrossim, o brasileiro[77] confessa jamais ter encontrado, mesmo entre os maiores entusiastas da especificidade constitucional, alguém disposto a afirmar que todas as disposições constitucionais – aí compreendidas as de organização e as de atribuição de competências –, e não apenas os enunciados de princípios, exigiriam critérios hermenêuticos distintos dos adotados para a interpretação das leis em geral.

3.2 Participantes do processo de interpretação constitucional: os "intérpretes da Constituição"

Entre outros pontos, destaca-se aqui a posição do Professor PETER HÄBERLE.[78] O autor alemão defende a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à chamada sociedade aberta.

Ao reconhecer que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, aponta a necessidade de indagar a respeito dos participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas da *law in public action*. A ampliação do círculo de intérpretes

[76] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 513-514.
[77] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional* cit., p. 35.
[78] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* cit., p. 12-13.

constituiria para HÄBERLE apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação.

Essa concepção traduz uma profunda revisão da metodologia jurídica tradicional, que, como assinala HÄBERLE, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos, grupos de interesse, imprensa, opinião pública, todos constituem forças produtivas de interpretação, atuando, ao menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional.

A perspectiva adotada por HÄBERLE difere da visão tradicional, que considerava interpretação autêntica apenas aquela realizada pelos órgãos oficiais. Para KELSEN,[79] "da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito". Assim, longe de pregar ampliação do círculo de intérpretes, o autor vienense entendia que apenas a interpretação autêntica poderia ser considerada vinculante e, por isso, embora qualquer indivíduo atuasse conforme a sua compreensão das normas jurídicas, a sua interpretação, no futuro, poderia vir a ser considerada inadequada pelos órgãos oficiais aplicadores do direito.

Apesar de não admitir a pluralidade de intérpretes do texto constitucional, KELSEN assinalava a necessidade de incorporar o elemento participativo às regras disciplinadoras do processo de fiscalização perante as Cortes Constitucionais. Nesse ponto, via com bons olhos a dialética interna do Parlamento e sugeria sua incorporação à "forma judiciária do processo diante de um tribunal".

3.3 Elementos orientadores da atividade interpretativa

Passada a hesitação sobre a especificidade da interpretação constitucional e os participantes de tal processo, convém discorrer sobre a pluralidade de elementos que orientam a atividade do intérprete. Dada a complexidade do tema, não é tarefa fácil categorizar e agrupar os instrumentos que tornam possível ao aplicador do direito inferir o significado das normas constitucionais. Isso não impede, todavia, que se ofereçam algumas alternativas metodológicas à explicitação do tema. É, sem dúvida, uma das missões do intérprete ordenar a pluralidade de elementos interpretativos que existem à sua disposição.

---

[79] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 395.

Embora diversos autores tenham se colocado à disposição para sistematizar a questão, duas correntes em especial merecem aqui destaque. Vale ressaltar a importante distinção proposta por LUÍS ROBERTO BARROSO[80] entre os níveis de estudo do fenômeno interpretativo, separados em três: o plano essencialmente jurídico ou dogmático, o plano teórico ou metodológico e o plano da justificação política ou da legitimação democrática. A identificação em níveis diferentes, alerta o autor, assume uma função essencialmente didática, isto é, facilita a compreensão dos variados processos mentais envolvidos no fenômeno interpretativo, mas, nem de longe, representa uma divisão estanque entre eles. A bem da verdade, a prática da jurisdição constitucional demonstra que os três planos se interpenetram e se sobrepõem, sem guardar uma relação de subordinação ou hierarquia.

Apoiado em USERA,[81] CELSO RIBEIRO BASTOS distingue três momentos no *iter* interpretativo. Primeiro, fala-se nos postulados, axiomas extraídos da experiência, da lógica e das visões do fenômeno constitucional, que surgem antes mesmo da etapa interpretativa e que servem como ponto de partida para a atividade que dali se inicia. Em seguida, encontra-se o intérprete diante dos critérios tradicionais ou instrumentais hermenêuticos, expressão utilizada por BASTOS[82] para indicar expedientes, procedimentos e recursos de interpretação oferecidos pela teoria do direito a permitir ao intérprete cumprir o seu mister. A designação diferenciada evita a confusão normalmente feita com os princípios consagrados na Constituição, que encampam opções axiológicas. Não se vê *a priori* utilidade em inserir esses instrumentais hermenêuticos no texto constitucional, uma vez que essas próprias fórmulas, assim positivadas, demandariam outras para interpretá-las. A terceira e última das categorias que se distinguem, no labor hermenêutico, são os princípios. A estes corresponde a missão de orientar e coordenar os diferentes dados e fatores que concorrem na interpretação constitucional. Consubstanciam valores, o que demonstra a sua utilidade não pelo significado escrito, mas pelos sinais a guiar a utilização das diversas regras hermenêuticas.

No plano jurídico ou dogmático proposto por BARROSO, situam-se, lado a lado, os princípios modernos da interpretação constitucional, referidos pela doutrina alemã, mais especificamente por KONRAD HESSE,[83] e os elementos ditos tradicionais da interpretação

---

[80] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo cit., p. 307 e ss.
[81] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p 134.
[82] BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 120.
[83] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

jurídica, sistematizados por SAVIGNY[84] ainda na metade do século XIX. O primeiro grupo é representado, nas palavras de USERA, pelos postulados constitucionais, enquanto o segundo situa-se no conceito de enunciados instrumentais. BASTOS reconhece que existe um ponto de contato entre ambos, qual seja: o fato de não representarem uma escolha valorativa prévia. Todavia, acredita que essa semelhança assume um caráter secundário, à medida que os postulados constitucionais se impõem inexoravelmente, não cabendo ao intérprete qualquer espécie de escolha, o que os coloca em posição diametralmente oposta aos enunciados instrumentais, que são optativos e, muitas vezes, excludentes entre si.

Deixando a divagação teórica de lado, partamos para o exame desses axiomas que antecedem a própria atividade intelectiva e que os autores denominam de postulados constitucionais. Sempre que possível, ao tratar dos elementos que orientam a atividade do intérprete, buscar-se-á apresentar um caso prático, a fim de tornar o tema de mais fácil assimilação.

3.3.1 Postulados constitucionais

Os postulados constitucionais consistem em premissas conceituais que devem anteceder o processo intelectual do intérprete. Postulados nada mais são do que pontos de partida,[85] que precedem a própria interpretação, tornando-se, na verdade, condições desta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto constitucional, mas, antes, são extraídos da experiência, da evolução histórica, do surgimento e do desenvolvimento do próprio constitucionalismo.

Antes de individualizá-los, é preciso dizer que a sua utilidade para a interpretação constitucional não é pacífica. Embora grande parte dos autores brasileiros[86] costume conferir demasiada importância aos princípios instrumentais referidos por KONRAD HESSE,

---

[84] Em síntese, SAVIGNY identifica quatro elementos diferentes na interpretação da lei: *gramatical*, *lógico*, *histórico* e *sistemático*. O elemento *gramatical* se refere às palavras utilizadas pelo legislador para transmitir seu pensamento, isto é, a linguagem das leis. O elemento *lógico* apoia-se na decomposição do pensamento do legislador para estabelecer as relações entre as distintas partes que o compõem. O elemento *histórico* resgata a vontade do legislador na época em que a lei foi criada. Por último, o elemento *sistemático* representa o vínculo íntimo que liga as instituições e regras do direito na vasta unidade do sistema normativo. Trataremos detalhadamente desses elementos ainda neste capítulo.

[85] *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*.

[86] Cf.: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo cit., p. 333 e ss.; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 386 Todos seguindo a linha pavimentada por J.J. GOMES CANOTILHO (vide CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1223).

LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA[87] alerta que a doutrina alemã e também o Tribunal Constitucional daquele país parecem não compactuar com essa mesma unanimidade conceitual.

Em pesquisa realizada em obras de Direito Constitucional alemão, AFONSO DA SILVA percebeu que, longe de significar uma visão uniforme sobre os instrumentos interpretativos da Constituição, os princípios referidos por HESSE constituíam, a bem da verdade, uma sistematização oferecida pelo autor e por ele próprio utilizada. Mesmo sintoma fora percebido quando da análise das decisões do Tribunal Constitucional, quando sobressaíam os critérios ditos antigos, propugnados por SAVIGNY.

"Busca por emancipação" e "anseio por modernidade" são, na visão de AFONSO DA SILVA, os motivos que justificam a importação para o Brasil desse rol de princípios, enquanto, em seu país de origem, assume uma posição de pouca visibilidade. Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe, às vezes de forma pouco refletida, as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de certo privilégio, uma vez que o produto da literatura jurídica alemã parece ser aqui encarado como verdades irrefutáveis.

O problema, relata AFONSO DA SILVA, não está, todavia, nessa importação às cegas das teorias alemãs, mas na "pouca importância prática que esses princípios têm para a interpretação constitucional".[88] É preciso apresentar o argumento contrário, defendido por CANOTILHO,[89] para quem esse catálogo de princípios "tornou-se um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional".

É o caso de iniciar a análise mais detida de cada um dos postulados constitucionais,[90] a fim de situá-lo no mundo jurídico para, então, compreender os argumentos sustentados por AFONSO DA SILVA e CANOTILHO.

---

[87] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 118.

[88] Idem, p. 121.

[89] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1223.

[90] Em seu *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*), KONRAD HESSE elenca cinco princípios de interpretação constitucional: (1) unidade da Constituição; (2) concordância prática; (3) conformidade funcional; (4) efeito integrador; e (5) força normativa da Constituição. Também em trabalho autoral (*Direito constitucional e teoria da constituição*), CANOTILHO insere mais dois princípios nesse rol: (6) máxima efetividade e (7) intepretação conforme a Constituição. O que se percebe da leitura de todos eles é que muitos se assemelham de tal forma que fica difícil perceber a *differentia specifica* de cada um deles, ou seja, o elemento que os individualiza perante os demais (que, assim, justificaria uma sua existência como princípios autônomos). É o que acontece, por exemplo, com o princípio da máxima efetividade, que pode estar contido (ou ainda englobar) tanto na (a) ideia de concordância prática quanto na (a) concepção de força normativa da Constituição. O mesmo se diz em relação ao princípio do efeito integrador, que, ao dar preferência às interpretações que privilegiem a unidade político-constitucional, nada mais é que uma faceta do princípio da

3.3.1.1 Princípio da unidade da Constituição

O princípio da unidade da Constituição não goza de uma definição unívoca, na doutrina. Normalmente, falar que a Constituição é um corpo único significa que deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre suas normas.[91] Essa diretriz obriga o intérprete a considerar a Constituição no seu todo e harmonizar as tensões e as aparentes antinomias entre as normas jurídicas. Já para BARROSO[92] a unidade da Constituição é revelada na inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais.

Para ambas as acepções há críticas fundamentadas. Quanto à primeira, é ponto pacífico que a intepretação das disposições constitucionais deve ser feita levando em consideração o todo constitucional, e não as disposições isoladas. A discussão que se trava é: o que há de exclusivamente constitucional nesse princípio? De há muito, SAVIGNY já pregava uma *intepretação sistemática*, na qual a atividade do intérprete deve "levar em consideração a conexão de sentidos, o contexto, a localização sistemática da norma e sua função no contexto geral do regramento em questão".[93] Em outras palavras, não é somente a Constituição que reclama uma interpretação coordenada, mas todo o ordenamento jurídico deve ser visto como um corpo único, a buscar, ao máximo, a harmonia entre os seus preceitos. Embora essa constatação não torne inútil o princípio da unidade da Constituição como postulado hermenêutico, ela acaba com a pretensão de exclusividade ou, ainda, com a pretensão de rompimento com a chamada interpretação jurídica clássica. Argumenta AFONSO DA SILVA[94] que "o chamado princípio da unidade da Constituição é, ao contrário, uma reafirmação dos cânones clássicos da interpretação e a confirmação de que ele também vale no âmbito constitucional".

---

unidade da Constituição com a ideia de sua força normativa. Diante dessa evidência, somada ainda com o fato de que não é o escopo do presente trabalho debruçar-se sobre cada um dos princípios e defini-los com detalhes, optou-se por se referir aqui apenas aos postulados oferecidos por CELSO BASTOS (em sua obra *Hermenêutica e interpretação constitucional*), que, ao buscar fundamento nos estudos de USERA (*Interpretación constitucional y fórmula política*) e JERZY (*Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*), lista apenas os princípios da unidade da Constituição, da supremacia da Constituição e da maior efetividade possível.

[91] BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional* cit., p. 124-125.

[92] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo cit., p. 338.

[93] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit. p. 437.

[94] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico cit., p. 127.

Quanto à definição proposta por BARROSO, AFONSO DA SILVA[95] defende que tanto sob o prisma da hierarquia formal quanto pelo viés material não é de todo adequado falar que inexiste uma relação hierárquica entre as normas constitucionais.

AFONSO DA SILVA menciona que intuitivamente é até possível crer que as normas constitucionais se situam formalmente no mesmo nível umas das outras. Entretanto, quando a noção de hierarquia leva em conta a rigidez das normas e a dificuldade do procedimento apto a alterá-las, fica fácil perceber que, no seio da Constituição, há normas superiores a outras.[96] Essas normas são as que estão protegidas contra emendas constitucionais (as chamadas *cláusulas pétreas*).[97]

Do ponto de vista material, o autor paulista reconhece que, em relação a algumas normas, é difícil, pelo menos em abstrato, chegar a uma conclusão sobre a sua maior ou menor importância. Diante de outras, todavia, essa prevalência material não é difícil de detectar. Nesse ponto, questiona se há alguma dúvida sobre a precedência material da norma contida no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", em comparação com o disposto no artigo 242, § 2.º, que prevê a manutenção do Colégio Pedro II na órbita federal.

3.3.1.2 Princípio da supremacia constitucional

É um dos pilares do modelo constitucional contemporâneo. Como consequência desse princípio, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se for incompatível com o espírito da Constituição. USERA[98] descreve que a supremacia constitucional exige a subordinação da lei às normas constitucionais, o que implica a consequente submissão do legislador, cuja discricionariedade não é absoluta, mas controlada em sua conformidade pela vontade constituinte.

---

[95] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico cit., p. 122.

[96] A tese da diferença hierárquica entre as disposições constitucionais pode resultar na existência de normas constitucionais inconstitucionais (USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 167; BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2007. p. 48-70). Não subsiste, todavia, razão para assim pensar. Como dito *supra*, a ideia de hierarquia aqui proposta levou em consideração o processo de mudança constitucional, o que só autorizaria um juízo de inconstitucionalidade de normas constitucionais supervenientes, e não entre as normas originárias da Constituição.

[97] Artigo 60 da Constituição Federal.

[98] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 170-171.

Denota-se que o princípio não tem um conteúdo material próprio, à medida que apenas impõe a primazia da norma constitucional, qualquer que seja ela. O postulado da supremacia da Constituição pressupõe interpretar as normas jurídicas a partir das lentes constitucionais.

O princípio pode revelar-se de maneira explícita ou ser extraído implicitamente do texto constitucional. Na primeira hipótese, despontam a Constituição espanhola, em cujo artigo 9.1 é categórica ao dizer que "os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico",[99] e também a Constituição dos Estados Unidos da América, ao estabelecer que "a Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país".[100] A supremacia da Constituição pode também encontrar amparo a partir de uma atividade interpretativa, produto da jurisprudência dos Tribunais.

A fim de garantir essa superioridade, a ordem jurídica concebeu um conjunto de mecanismos destinados a invalidar e/ou paralisar a eficácia dos atos que infrinjam a Constituição, conhecidos como controle de constitucionalidade, cuja origem remonta exatamente à fórmula judicial, estampada nos argumentos do juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison*. Em todo sistema em que tenha sido instituído esse controle, o órgão responsável por fazê-lo exerce notável influência, já que, pela via interpretativa, acaba por efetivamente impor a supremacia da Constituição.[101]

3.3.1.3 Princípio da máxima efetividade

Efetividade significa a realização do direito, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. Nessa toada, o intérprete da Constituição deve ter compromisso com a efetividade das normas: entre interpretações alternativas e possíveis, deverá prestigiar aquela que represente a vontade constitucional, deixando de lado soluções que se escondem por trás do argumento da não autoaplicabilidade da norma ou da omissão do legislador.[102]

---

[99] Constituição espanhola, em vigor desde 29 de dezembro de 1978; tradução livre do autor.
[100] Constituição dos Estados Unidos da América, criada em 17 de setembro de 1787 e ratificada em 21 de junho de 1788; tradução livre do autor.
[101] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 172-173.
[102] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 364.

O princípio da máxima efetividade significa, na visão de CANOTILHO,[103] que, sempre que possível, a norma constitucional deverá ser interpretada em um sentido que lhe confira maior eficácia. Na Constituição, não devem existir normas tidas por não jurídicas, pois todas têm de produzir algum efeito. É, assim como os anteriores, um princípio vazio de conteúdo valorativo, a demonstrar a sua vocação de premissa constitucional.

3.3.2 Elementos tradicionais da interpretação jurídica

Ainda no plano jurídico ou dogmático proposto por BARROSO, situam-se os elementos tradicionais da interpretação jurídica. Esses constituem, na visão de CELSO BASTOS (apoiado em JERZY), as regras instrumentais de uso do intérprete na sua atividade de aclaramento da regra interpretada.

Durante longo período, os elementos tradicionais da interpretação jurídica foram denominados, por muitos autores, métodos de interpretação. Antes, porém, de rejeitar essa terminologia, é preciso compreender o que se entende por *metodologia*.

Qualquer ciência costuma olhar para si a fim de compreender a maneira como procede e os meios de conhecimento de que lança mão. Aí está a metodologia, nessa busca pela autorreflexão.

No caso da ciência do direito, LARENZ[104] adverte que essa autorreflexão não significa uma análise psicológica dos processos de decisão, mas "a descoberta e o julgamento hermenêutico dos métodos e formas de pensar aplicados". Aqui chama a atenção para um erro corrente: a metodologia jurídica não é uma "lógica jurídica formal", nem "instrução sobre a técnica de solução de casos". Em outras palavras, a metodologia não pretende estabelecer regras rígidas, de observância obrigatória para aplicação das normas jurídicas. Fala-se aqui em "indicações metodológicas", restando claro ao intérprete uma margem livre de apreciação, do mesmo modo que acontece com a maioria das normas jurídicas. Essas indicações, na visão do autor alemão, "fornecem ajudas de orientação, possibilitam o controle de um curso de ideias [...] e obrigam o intérprete a prestar contas sobre o seu proceder". Assim, pensar que deve seguir um método, de forma mecânica, é simplificar a questão em demasia.

---

[103] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1224.
[104] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 343-344.

Ocorre que, se a interpretação não deve ser deixada ao arbítrio do intérprete, mas decorrer de modo seguro e comprovável, então é preciso ir ao encontro de métodos de interpretação com os quais o intérprete possa se guiar.

Na visão de CANOTILHO,[105] a questão do "método justo", em Direito Constitucional, é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística. Enfatiza, pois, que, no momento atual, a interpretação das normas constitucionais é um "conjunto de métodos" desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência com base em critérios e premissas – filosóficas, metodológicas e epistemológicas – diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares.

Diante da variedade desses meios hermenêuticos e do modo, até certo ponto, desordenado como são utilizados, o primeiro e grande problema identificado por INOCÊNCIO COELHO[106] com que se defrontam os intérpretes/aplicadores da Constituição reside, de um lado, e paradoxalmente, na riqueza desse repertório de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos.

Sem apoio em uma teoria que lhes dê sustentação e consistência na seleção de métodos a permitir um caminhar seguro na busca do sentido e do alcance das normas constitucionais, os intérpretes se valeriam de opções aleatórias, sujeitos ao sabor de sentimentos e intuições, retirando em grande medida a segurança jurídica do processo interpretativo. Nesse panorama desolador, a que se refere USERA,[107] é possível falar em um *niilismo metodológico*?

Apressa-se ZAGREBELSKY[108] em responder negativamente a essa indagação. O autor rechaça a ideia de que os métodos se prestam a ser simples artifícios retóricos de justificação formal e material de uma decisão já tomada. A questão dos métodos, na sua perspectiva, não se resume a uma pseudoquestão como parecem simplificar as doutrinas do direito livre e do realismo jurídico.

LARENZ[109] também não tem uma visão pessimista a respeito da multiplicidade dos métodos, pois o autor alemão defende que os diferentes métodos de interpretação não reproduzem formas completamente distintas de se compreender a norma, mas, antes, de pontos de vista metodológicos que devem ser todos levados em consideração para o que o

---

[105] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1210.
[106] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional* cit., p. 137.
[107] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 138.
[108] ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*: tre capitoli di giustizia costituzionale cit., p. 248-249.
[109] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 450.

resultado da intepretação “deva poder impor a pretensão de correção (no sentido de um enunciado adequado)”.

Hoje, os autores privilegiam o termo “elemento” para designar as categorias interpretativas que serão a seguir estudadas. O vocábulo método deixa transparecer uma visão excludente, o que poderia significar a exclusão de um dos caminhos possíveis a partir da escolha do outro. O que se vê é justamente o contrário. Atualmente, exaltam-se as virtudes da pluralidade de instrumentos hermenêuticos, trazendo em reforço os argumentos de que a riqueza de elementos, antes de significar algum obstáculo, colabora para o conhecimento da verdade e, quando racionalmente aproveitada, em vez de embaraçar os operadores jurídicos, acaba ampliando os seus horizontes de compreensão e facilitando-lhe a tarefa de aplicar o direito.

Trazidas essas observações, nada mais adequado do que partir para o exame individual dos elementos tradicionais desenvolvidos pela hermenêutica para compreensão das normas constitucionais.

3.3.2.1 O sentido literal da norma como ponto de partida e limite da atividade interpretativa

Adverte LARENZ[110] que toda interpretação de um enunciado há de iniciar-se com o sentido literal, nele compreendido o significado de um texto ou de uma cadeia de palavras no uso linguístico geral. Não quer dizer que o legislador esteja proibido de utilizar-se de uma linguagem especial para intencionalmente definir com maior precisão o seu objetivo, hipótese em que prevalecerá sobre a chamada linguagem vulgar. Contudo, ainda que isso ocorra, é preciso ter em mente que essa linguagem técnica, ao fim e ao cabo, apoia-se na linguagem geral, uma vez que o direito, obra de todos para todos, não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral.

Compartilham dessa premissa os autores italianos UMBERTO ECO[111] e ZAGREBELSKY.[112] ECO observa que todo discurso sobre a liberdade de interpretação deve começar por uma defesa do sentido literal. Por seu turno, o juiz piemontês entende que a lei é um “ato linguístico”, um “processo comunicativo” e, portanto, a literalidade, que é o

[110] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 450.
[111] ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. 9.
[112] ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*: tre capitoli di giustizia costituzionale cit., p. 239.

instrumento por meio do qual o ato ou o processo se concretiza, é o primeiro critério sólido a perseguir.

Sem contestar a serventia do sentido literal da norma à atividade interpretativa, é, de todo modo, importante não esquecer que a linguagem, seja ela geral ou mesmo específica, não é constituída, ao contrário dos símbolos das ciências exatas, por conceitos unívocos. Em lugar disso, encontramos significados cambiantes, que oscilam dentro de uma larga faixa ao sabor das circunstâncias do caso concreto, do contexto do discurso, da colocação da frase, entre outros motivos. A polissemia da linguagem, expressa na flexibilidade e na capacidade de adaptação, constitui ao mesmo tempo a sua força e a sua fraqueza.[113]

Quanto mais o sentido literal for capaz de fixar, de modo definitivo, o significado de um enunciado normativo, no contexto em que é posto, menos esforços se exigirão do intérprete na sua atividade de compreensão. Além disso, o labor hermenêutico ganhará em transparência e simplicidade lógica.[114] É isso o que se quer dizer quando se fala que toda interpretação deve começar pelo sentido literal. No entanto, na maioria dos casos, não será esse o único critério a ser utilizado na condução do processo interpretativo.

Dar preferência aos significados específicos que alguns termos assumem na linguagem jurídica permite eliminar outros possíveis significados usualmente admitidos na linguagem geral ao mesmo vocábulo. Com essa espécie de filtragem, a interpretação pode, em certas ocasiões, chegar ao seu termo. Assim, compreender o conceito de institutos jurídicos como bem público, contrato, herança e legado, na forma do Direito Civil, torna possível afastar os significados que eles assumem em outras áreas do conhecimento. Entretanto, nem sempre essa medida é suficiente para extrair o significado preciso do texto da lei, ou seja, o uso linguístico especial nem sempre garante um significado inequívoco desse texto.

Sempre que surgirem dúvidas a respeito do sentido linguístico especial, LARENZ[115] aconselha recorrer ao uso geral da língua, que apontará os marcos dentro dos quais estará contido o significado desejado. O que está para além do sentido literal linguisticamente possível e é claramente excluído por ele já não pode ser entendido, por via de interpretação, como significado do termo. Fala-se, portanto, que o sentido literal tem uma dupla missão: é ponto de partida para extrair o significado do texto e, ao mesmo tempo,

---

[113] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 451.
[114] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 94.
[115] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 453.

estabelece os limites da atividade interpretativa. Uma interpretação que não se situe no âmbito do sentido literal possível já não é interpretação, mas modificação de sentido.

Ultrapassados esses limites, que separam a interpretação em sentido estrito da criação judicial do direito, a atividade hermenêutica estaria sujeita aos influxos da subjetividade e do voluntarismo, expondo o intérprete ao risco de produzir decisões ilegítimas. Embora, na teoria desenvolvida por KELSEN, a atividade interpretativa não seja apenas um ato de conhecimento, mas também de vontade, tal circunstância não permite ao intérprete desconsiderar o marco normativo imposto pela norma de nível superior, da qual é extraída a decisão para o caso concreto. Trata-se de uma advertência que merece registro, mesmo que se reconheça que, no limite, a própria identificação desse marco normativo, da sua extensão, é produto da atividade hermenêutica.

É por essa razão que defende INOCÊNCIO COELHO[116] que ao aplicador do direito não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, tampouco ir além do seu sentido linguisticamente possível. E não é possível achar outra demarcação entre interpretação e modificação do direito senão a do sentido linguisticamente possível.

Nesse passo, a fim de melhor compreender os argumentos lançados até aqui, propõe-se um exercício prático. Tomemos, em primeiro lugar, o que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 46/DF. Nessa ocasião, a Corte assentou, na esteira do voto divergente do Ministro EROS GRAU, que o serviço postal é serviço público, porquanto a própria Constituição, ao destacar tal atividade, fê-lo exatamente para distingui-lo da atividade econômica em sentido estrito. Ancorado nessa interpretação, é perfeitamente possível ao aplicador do direito concluir que os empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), ente encarregado, por força do Decreto-Lei n.º 509/1969 e da Lei n.º 6.538/1978, de cumprir o serviço postal, integram o serviço público.

Sob outra perspectiva, é de analisar o que estabelece o artigo 40, § 1.º, da Constituição Federal. Nele estão elencados os requisitos básicos para que os servidores efetivos de quaisquer dos entes federados possam aposentar-se. Exige-se, entre outras condições, que o servidor cumpra um período de carência mínima de dez anos de efetivo exercício no serviço público.

---

[116] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional* cit., p. 89.

Considerada hipoteticamente a situação de uma pessoa, que trabalhou, durante trinta anos, na EBCT, e que, após assumir cargo efetivo em algum ente federado, vindo a nele permanecer por mais cinco anos, resolveu voluntariamente postular a sua aposentadoria. Deixando de lado outros requisitos constitucionais, pergunta-se: a pessoa identificada, nesse exemplo, atendeu ao interstício mínimo no serviço público para aposentar-se?

Não há dúvida de que o sentido literal possível da expressão "serviço público" a que foram classificados os serviços postais comportaria uma resposta positiva à indagação acima. Soma-se ainda a premissa, arduamente defendida por WRÓBLEWSKI,[117] no sentido de que, sem motivo forte o suficiente, não se podem atribuir a termos idênticos significados distintos. Todavia, aí surgem dúvidas se outros elementos, jurídicos e metajurídicos, envolvidos na interpretação da expressão "serviço público", não estariam a influenciá-la de modo diverso, produzindo em cada circunstância resultados também diferentes. É o que foi dito alhures: muitas vezes, ainda que se consiga identificar a linguagem especial incutida em certo termo jurídico, tal circunstância não é garantia de que esse significado irá se perpetuar nas demais ocasiões em que o mesmo termo surgir.

Por conseguinte, o sentido literal a extrair do uso linguístico geral ou, sempre que ele exista, do uso linguístico especial da lei, serve à interpretação, antes de mais nada, como uma primeira orientação, assinalando, por outro lado, como sentido literal possível, o limite da interpretação propriamente dita. Delimita, de certo modo, o campo em que se leva a cabo a ulterior atividade do intérprete.

3.3.2.2 O escopo da interpretação: vontade do legislador ou sentido normativo da lei?

Discute-se há muito se, no processo de compreensão da norma jurídica, o intérprete deve ater-se aos desígnios do legislador histórico que elaborou aquela proposição ou se a norma possui um sentido a ela inerente. Quer-se falar, respectivamente, sobre a teoria subjetiva (ou da vontade) e a teoria objetiva. Embora nenhuma das duas identifique-se com as técnicas de interpretação usualmente adotadas pela doutrina, o ponto é que elas (as técnicas) costumam flutuar entre a teoria subjetiva e a objetiva.

Entretanto, qual teoria se mostra mais adequada para a interpretação constitucional?

---

[117] WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985. p. 87.

Responde LARENZ[118] que ambas têm razão em certa medida. A verdade da teoria subjetiva está no fato de que a lei jurídica, diferente da lei natural, é feita por homens para homens. Assim, por trás da lei, encontra-se uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Nesse espaço, não haveria como afastar as valorações, aspirações e reflexões substantivas do legislador. De outra banda, a teoria objetiva também tem a sua verdade, qual seja: a lei, quando aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. Com efeito, na perspectiva objetivista, a lei assume vida própria, afasta-se das ideias dos seus autores e dá resposta, inclusive, a questões que o legislador sequer tinha imaginado.

Confluem, na lei, tanto as ideias subjetivas e metas volitivas do legislador como certos fins e imperativos jurídicos objetivos, em relação aos quais o próprio legislador não precisa ter consciência ou compreendê-los em toda a sua amplitude.

Logo, não existe uma teoria mais adequada para interpretar as normas constitucionais. Ambas têm a sua importância no processo hermenêutico.

Embora não se possa falar na primazia da vertente subjetivista, não se desconhece que, a depender do caso, o elemento histórico pode se revelar um instrumento útil na busca do sentido atual da norma jurídica a ser aplicada.

Nos Estados Unidos da América, há uma corrente de pensamento que defende a prevalência do elemento histórico da interpretação constitucional: o *originalismo*.[119] Os seus adeptos sustentam que a Constituição deve ser interpretada de acordo com a intenção dos seus autores ou com o sentido histórico do texto à época em que fora editado. O originalismo rebate as ideias da interpretação evolutiva e construtiva no sentido de que a Constituição pode ser atualizada, sem mudanças formais no seu texto, para acompanhar as transformações ocorridas na sociedade. Em nome da democracia, os originalistas defendem que os juízes se atenham ao sentido original dos preceitos constitucionais, de maneira a vincular a interpretação às concepções do Poder Constituinte, e não àquelas dos magistrados.

No Brasil, nem sempre o elemento histórico é privilegiado quando da interpretação de uma norma constitucional. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no julgamento da ADPF n.º 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.º 4.277, que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo, não conferiu maior importância ao elemento histórico,

---

[118] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 446.

[119] O originalismo, ao lado do textualismo, são vertentes do não interpretativismo, corrente de pensamento do direito norte-americano a ser mais bem analisada ainda neste capítulo.

que sinalizava, por ocasião da votação do artigo 226, § 3.º, que os membros da Assembleia Constituinte não quiseram estender o instituto da união estável aos casais homossexuais. A questão foi levantada no voto do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, ao reproduzir trechos dos debates parlamentares travados à época sobre o tema. Na ocasião, a Corte deu preferência aos valores fundamentais da Constituição, como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, que apontavam no sentido de reconhecimento dessas formações familiares, mantendo-se, no ponto, em sintonia com as novas percepções sociais mais inclusivas sobre orientação sexual que emergiram no País depois de 1988. Voltaremos a esse exemplo nos tópicos seguintes e, com mais vagar, adiante, quando se tratar das mutações constitucionais.

3.3.2.3 O elemento sistemático e a unidade do sistema constitucional

Basicamente, os elementos até então examinados coincidem com a teoria de SAVIGNY. Também chamada de filológica e literal, a interpretação gramatical procura estabelecer o sentido da norma interpretanda com base nas próprias palavras que a expressam.[120] Por sua vez, a interpretação histórica busca subsídios para a interpretação jurídica na vontade do legislador.

Consiste a chamada interpretação sistemática em interpretar o preceito jurídico como parte do sistema normativo mais amplo que o envolve. Portanto, as normas devem ser consideradas em sua unidade orgânica, e não como se bastassem em si mesmas.[121] A maioria dos autores considera esse procedimento uma derivação do elemento lógico; assim, VICENTE RÁO denomina-o lógico-sistemático.[122] SAVIGNY, no entanto, distinguia os dois elementos. Para ele, o elemento lógico referia-se "à estruturação do pensamento, ou seja, à relação lógica na que se acham suas diversas partes", e o elemento sistemático, "à

---

[120] Vale registrar que a busca pelo sentido literal do texto, na percepção de FRIEDRICH MÜLLER, não se resume à interpretação guiada pelo elemento gramatical de SAVIGNY, mas, antes, leva em conta os diversos elementos interpretativos, inclusive o gramatical. É por essa razão que o autor defende que a "função limitadora do texto da norma *não é idêntica* à função de concretização do elemento gramatical". Isso porque a decisão "não precisa 'resultar do teor literal', mas deve ser *de qualquer modo ainda compatível* com o texto da norma não apenas interpretado gramaticalmente, mas integralmente concretizado [...] no cotejo com todos os pertinentes dados decisórios de natureza histórica, genética, sistemática, teórica e dogmática [...]" (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional.* Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 64-65).

[121] COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 215.

[122] RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 517.

conexão interna que enlaça a todas as instituições e regras jurídicas dentro de uma magna unidade".[123]

A premissa básica do elemento sistemático é a de que o direito não é um conjunto desconexo de normas, mas compõe um ordenamento em que cada parte tem conexão com o todo, à luz do qual deve ser compreendida. Cabe ao intérprete buscar integrar as partes e, na medida do possível, harmonizá-las. No caso já citado, do reconhecimento da união homoafetiva, apesar de o artigo 226, § 3.º, somente se referir à união estável "entre homem e mulher", o STF entendeu por adotar uma interpretação sistemática do instituto "família", a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, de modo a envolver também os casais formados por parceiros do mesmo sexo.

Lembram DANIEL SARMENTO e CLÁUDIO SOUZA NETO[124] que, no campo particular da interpretação constitucional, o elemento sistemático assume especificidades tão relevantes que, a partir dele, formulam-se postulados específicos, tais como o da *unidade da Constituição*, visto alhures.

3.3.2.4 Os fins da Constituição e o elemento teleológico

A interpretação teleológica é a que busca a finalidade subjacente ao preceito a ser interpretado. Diferentemente dos elementos anteriores, este não se deve a SAVIGNY, mas a RUDOLF VON JHERING.[125] Encarado o direito como uma ciência finalística, a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta terá em vista o fim da lei, pois, se foi ele quem inspirou o dispositivo, deve, por isso mesmo, também servir para lhe limitar o conteúdo. Anota CARLOS MAXIMILIANO[126] que a interpretação "não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objeto para o qual a mesma foi feita, porém dentro da letra dos dispositivos".

O elemento teleológico assume grande relevância no Direito Constitucional, considerando a nobre função a que se propõe a Constituição. Os principais fins sociais do direito brasileiro estão positivados expressamente, na Constituição, na forma de "normas

---

[123] SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 419.
[124] Idem, p. 420.
[125] JHERING, Rudolf von. *Lo scopo nel diritto*. Trad. Mario G. Losano. Torino: Nino Aragno, 2014. v. 1.
[126] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 152.

programáticas", ou, mesmo implicitamente, em seus valores. Essas finalidades básicas são extremamente relevantes para a interpretação das demais normas do ordenamento.

Ainda no tema do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), nas eleições municipais de 2004, enfrentou um caso concreto em que se discutia a incidência da inelegibilidade reflexa a que se refere o artigo 14, § 7.º, da Constituição, em decorrência de relação homossexual, mantida pela pré-candidata ao cargo de Prefeito e a Prefeita reeleita do Município de Viseu, no Estado do Pará. A Corte entendeu que, se o fim colimado na norma constitucional é impedir a utilização da máquina administrativa e a perpetuação no poder por parte de uma mesma família, seria indiferente se a relação fosse marcada pelo traço da homo ou da heterossexualidade. Assim, ao final do julgamento do Recurso Especial n.º 24.564, o TSE concluiu que pessoas do mesmo sexo que mantivessem relação afetiva estável também se encontrariam submetidas à hipótese constitucional de inelegibilidade reflexa.

Daí se vê que o elemento teleológico permite ao hermeneuta usar, mas não abusar, da sua liberdade de interpretar os textos, de maneira a adaptá-los aos fins não previstos outrora, porém compatíveis com os termos das regras positivas.

A "purposive interpretation" proposta por AHARON BARAK pertence à família da interpretação teleológica[127] e é formada basicamente por três componentes: linguagem, propósito e discricionariedade judicial. O intérprete somente pode extrair o significado legal do texto entre as suas possibilidades semânticas. O propósito da norma é um conceito abstrato, composto de elementos subjetivos e objetivos. O primeiro reflete a intenção do autor do texto, em uma perspectiva finalística, ao passo que o segundo revela a intenção objetiva de um autor moderado perante os valores fundamentais do sistema legal. Por fim, BARAK reconhece que a discricionariedade judicial está presente em qualquer sistema de interpretação, mesmo quando o sistema não admita isso. Não obstante, a discricionariedade não pode se tornar o primeiro elemento interpretativo, pois tem um papel secundário, já que encontra limites entre as possibilidades admissíveis do texto e da intenção a ele inerente.[128]

3.3.3 Teorias da interpretação constitucional

[127] BARAK, Aharon. *Purpositive interpretation in law*. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 89.
[128] Idem, p. 91-92.

Passado o plano jurídico ou dogmático de análise da interpretação constitucional, projeta-se o plano teórico proposto por BARROSO. Nele, prossegue o itinerário lógico, iniciado nos capítulos anteriores, entre a apresentação dos problemas e a formulação da solução. Diferente, entretanto, dos passos anteriores do *iter interpretativo*, aqui já desponta uma manifestação valorativa por parte do intérprete em seguir tal ou qual teoria. As teorias aqui dispostas não traçam caminhos obrigatórios por onde o intérprete deve passar, mas, antes, abrem um leque de opções para o aplicador do direito.

3.3.3.1 Interpretativismo e não interpretativismo no Direito Constitucional norte-americano

A fim de ajudar a compreender os caracteres especiais da interpretação constitucional, em especial o político, é importante, neste momento, examinar a controvérsia que há muito se estabeleceu nos Estados Unidos da América entre as correntes interpretativistas (*interpretativism*) e as não interpretativistas (*non interpretativism*) da hermenêutica constitucional.

É verdade que o modelo americano do *stare decisis* não se assemelha ao sistema jurídico adotado no Brasil. Em uma cultura em que o juiz ocupa uma posição de destaque na criação do direito (*judge make law*), os precedentes judiciais assumem tal força vinculativa (*binding precendent*) sobre os demais órgãos jurisdicionais que não guarda equivalência nos países cujo sistema jurídico é resultado da influência romano-germânica.

É evidente que a forma como se encontra constituído o sistema jurídico americano não se assemelha ao brasileiro. Ainda assim, compreender a experiência americana na área da interpretação constitucional, incluindo o papel do intérprete, os meios adotados para extrair o significado da norma constitucional e os limites envolvidos nessa atividade intelectiva, sem dúvida, oferece importantes subsídios a pavimentar o nosso estudo rumo à descoberta do caráter político da interpretação constitucional.

Os juízes, na visão das correntes interpretativistas, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou, ao menos, nela claramente implícitos. Sem pregarem a busca pela literalidade do texto, os interpretativistas permitem que se extraia da atividade hermenêutica apenas o significado linguisticamente possível de uma dada norma constitucional. Ir além desses limites constituiria uma burla ao princípio democrático, uma vez que permitiria à decisão judicial substituir a decisão político-

legislativa dos representantes eleitos, ou, como diz CANOTILHO,[129] o papel da *rule of law* não pode transmudar-se ou ser substituída pela *law of judges*.

Baseia-se a teoria interpretativista na compreensão de que, na democracia representativa, a criação de normas jurídicas é uma atividade política em sentido estrito, assegurada aos órgãos legitimamente eleitos. Aos juízes não é dado criar, mas simplesmente aplicar a norma com o sentido e o alcance que lhe atribuíram as instâncias de representação popular. Se aos juízes fosse atribuída a função de criar normas jurídicas a pretexto de simplesmente aplicá-las, certamente haveria um desequilíbrio na balança dos Poderes estatais.

As correntes não interpretativistas adotam postura distinta. Defendem que, no processo interpretativo, ao lado princípio democrático, outros valores precisam ser invocados, como justiça, liberdade e igualdade. Assim, a intepretação das normas depende desses valores substanciais para a adequada compreensão do projeto de Constituição.

AHARON BARAK[130] resume o não interpretativismo como a doutrina que opera para além do significado linguístico do texto. Para facilitar a compreensão, o autor oferece dois exemplos elucidativos a demonstrar como funcionam as mentes não interpretativistas.[131]

Na primeira hipótese, considere um testamento nomeando João e Maria como herdeiros, sabendo que ambos são filhos do testador. Depois de registrado o testamento, mas antes da morte do testador, um terceiro filho, Lucas, nasce. Os fatos demonstram que o testador tinha a intenção de inserir Lucas no documento, mas não o fez em vida. A questão que se coloca é se Lucas é ou não herdeiro testamentário. Na visão de BARAK, simples interpretação sobre o testamento não é capaz de colocar Lucas na mesma situação dos outros filhos. É preciso, diz o autor, de uma doutrina não interpretativista para que seja preenchida a lacuna do testamento e, assim, torne Lucas herdeiro como os demais.

No segundo exemplo, tomemos um causo familiar no qual o herdeiro mata o pai e, em seguida, tenta herdar os bens de seu genitor. Embora o senso de justiça diga que o assassino não deveria participar da herança, a lei civil pode caminhar em sentido oposto para considerar o filho da vítima um herdeiro necessário. Imaginando que a lei não traga uma norma específica de exclusão, a atividade interpretativa não teria o condão de afastar o filho da linha sucessória. Por sua vez, a doutrina não interpretativista pode enxergar

---

[129] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1195.
[130] BARAK, Aharon. *Purpositive interpretation in law* cit., p. 61.
[131] Adverte-se: ambos os exemplos representam situações hipotéticas, cujas soluções não se situam no âmbito do direito pátrio. A bem da verdade, o exercício que se pretende é compreender como operam as correntes não interpretativistas e não identificar qual norma, no ordenamento jurídico nacional, se afigura mais apropriada a solucionar as questões postas.

nessa situação uma lacuna na lei e, na sua tarefa de colmatação, criar uma norma que exclua o filho da condição de herdeiro.

Assevera BARAK[132] que as doutrinas não interpretativistas estão em constante expansão e não se resumem a resolver o problema da lacuna das leis, mas possuem diversas outras tarefas: suplantar as antinomias normativas, corrigir equívocos no texto da norma, alterar a linguagem do texto a fim de prevenir uma situação absurda e cumprir o propósito da norma modificando o seu texto.

Na visão do antigo presidente da Suprema Corte de Israel, as doutrinas não interpretativistas são úteis não só no aspecto teórico, mas também na prática. No dia a dia, elas permitem que o juiz encontre a solução mais apropriada ao caso sem ter necessariamente de se valer das regras interpretativas. Isso é importante para as situações em que as regras da interpretação fracassam na tarefa de encontrar a solução apropriada. Na visão teórica, atribuir a um texto um significado além dos limites de linguagem exige doutrinas especiais que confiram legitimidade à atividade judicial.

RONALD DWORKIN desponta, na doutrina estrangeira, como um dos autores mais representativos da corrente não interpretativista. O autor americano parte das seguintes premissas: (i) a soberania da Constituição é o vetor da interpretação, seja diante de regras constitucionais específicas ou mesmo em face daquelas que se apresentam sob a forma de *standards* (conceitos vagos); (ii) a objetividade interpretativa não é abalada pelo fato de o intérprete se utilizar dos princípios da justiça, da liberdade e da igualdade, pois a atividade interpretativa é pautada por um conjunto de elementos – texto, história, precedentes, regras de procedimento, normas de competência – que conferem objetividade a todo o processo; (iii) o direito não se mostra pronto e acabado na letra das regras jurídicas, mas é formado constitutivamente por princípios jurídicos abertos e, nesse processo, a mediação judicial concretizadora é tarefa indeclinável dos juízes.

Na tentativa de aproximar as visões interpretativistas e as não interpretativistas da experiência jurisprudencial brasileira, analisaremos, a partir do enfoque teórico desenvolvido até então, a controvertida decisão, em caráter precário, tomada pelo Ministro LUIZ FUX, do Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Originária n.º 1.773/DF.

Fala-se da discussão a respeito do reconhecimento aos magistrados federais do direito à ajuda de custo para fins de moradia. O fundamento jurídico levado pelos autores a

[132] BARAK, Aharon. *Purpositive interpretation in law* cit., p. 65.

embasar o pleito foi a previsão contida no inciso II do artigo 65 da Lei Orgânica da Magistratura – LOMAN (Lei Complementar n.º 35/1979).

A leitura não literal, mas possível, dentro da expressão linguística do texto de lei, denota que as vantagens ali enumeradas poderiam ser outorgadas, desde que previstas na forma da lei. O ponto é que não há lei em sentido estrito que conceda o auxílio-moradia aos magistrados federais. Tal circunstância, todavia, não fora enxergada como óbice, ao menos em sede de cognição sumária, pela mais alta Corte do País.

Nesse particular, o Ministro LUIZ LUX, relator da ação, acolheu a opinião do Procurador-Geral da República, cujo parecer afastou a necessidade de lei específica para concessão das vantagens do artigo 65 da LOMAN, tanto porque a redação do dispositivo não permitiria tal intepretação quanto porque outras vantagens ali descritas, como as diárias, são pagas, à falta de lei particular, com base no regime geral aplicável aos servidores públicos.

A consequência natural, portanto, seria aplicar aos magistrados federais a regulamentação do auxílio-moradia trazida nos artigos 60-A e 60-B da Lei n.º 8.112/1990. A postura interpretativista, tal como aqui exposta, conduziria a tal ilação. E isso porque, embora não se tenha observado a literalidade do texto legal (*in casu*, artigo 65, *caput*, da LOMAN), o intérprete atuou nos limites possíveis da linguagem jurídica.

Não foi o que aconteceu. Apesar de o ilustre relator ter garantido aos magistrados federais o direito à ajuda de custo para fins de moradia, com suporte na legislação geral federal, o fez sem condicioná-lo a nenhum dos requisitos ventilados no próprio artigo 60-B da Lei n.º 8.112/1990. Em outras palavras, criou-se nova disposição legal, diferente daquela que supostamente serviu de base para deferir a vantagem. E é exatamente esse, como visto, o *modus operandi* adotado pelas correntes não interpretativistas.[133]

Decidiu-se, portanto, conferir a todos os magistrados federais ajuda de custo para fins de moradia, em montante equivalente àquele pago pelo Supremo Tribunal Federal a seus ministros, condicionando o recebimento da vantagem apenas à inexistência de moradia oficial à disposição do juiz.

Há ainda outro detalhe que demonstra a aproximação dessa decisão judicial com a postura não interpretativista. Primeiro, o relator enumera os diversos agentes públicos que já auferem a respectiva vantagem, seja por força de lei própria, como é o caso dos juízes de direito de alguns Estados da Federação, seja por meio de atos administrativos (de duvidosa

[133] BARAK, Aharon. *Purpositive interpretation in law* cit., p. 64.

legalidade), a exemplo dos magistrados convocados para prestar auxílio em órgãos do Poder Judiciário federal (citam-se o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o próprio Supremo Tribunal Federal). E, pois, diante desse cenário, o Ministro considera injusta a subsistência de tratamento diferenciado entre magistrados e, como medida a garantir a preservação da isonomia, delibera conceder a vantagem a toda classe dos juízes federais.

O princípio da igualdade, tal como discorrido *supra*, constitui um dos *substantive values* a que se devem socorrer os aplicadores do direito, na visão dos não interpretativistas. Nessa perspectiva, o direito não é apenas o conteúdo de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por princípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. Tomado dessa crença, o Supremo Tribunal Federal, na figura do relator da ação, acreditou estar suprindo uma lacuna legal, interpretando o dispositivo da LOMAN para além das suas possibilidades semânticas, quando na verdade legislou sobre a matéria.

Ainda mais inquietantes que a decisão em caráter liminar do Supremo Tribunal Federal são as repercussões dela advindas nas demais esferas de Poder. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a reboque do que resolvera o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a pretexto de buscar simetria com a magistratura, publicou Resolução conferindo aos membros do Ministério Público ajuda de custo para moradia, nos moldes como decidira o Supremo Tribunal Federal. Tal circunstância parece não destoar das considerações lançadas até aqui. Todavia, não é bem assim.

O fato é que, ao menos no que toca ao Ministério Público da União, a Lei Complementar n.º 75/1993, embora garanta, no artigo 227, inciso VIII, de maneira inconteste, o direito ao auxílio-moradia aos membros do *Parquet*, condiciona a sua percepção ao exercício do cargo em local cujas condições de moradia sejam particularmente difíceis ou onerosas, assim definido em ato do Procurador-Geral da República. Isso quer dizer que, para tornar-se possível, nos termos da lei, receber a vantagem, o local onde o servidor exerce as suas atribuições deve ser considerado pelo chefe da instituição como particularmente difícil e oneroso. Por óbvio, em virtude do dever de motivação que deve embasar todos os atos administrativos, a respectiva autoridade deverá justificar o porquê considera tais e quais locais como passíveis de recebimento da vantagem.

Com efeito, a Resolução do CNMP que estendeu, no âmbito do Ministério Público, os efeitos da decisão liminar tomada no bojo da Ação Originária n.º 1.773/DF, mas que se

encontra, ao menos no particular aqui levantado, em manifesta dissonância com dispositivo expresso de um ato legislativo em sentido estrito, possuiu sérios vícios de legalidade. Não obstante o resgate aos princípios e valores substantivos assuma uma reconhecida importância nos dias de hoje, fazendo-se presente entre os defensores da postura não interpretativista, não pode prevalecer, se observados os parâmetros aos quais o sistema jurídico brasileiro está circunscrito, destacando-se o princípio democrático, uma decisão que confira às normas envolvidas uma intepretação nitidamente *contra legem*.

Dentro da postura não interpretativista, subsistem algumas diretrizes que não podem ser abandonadas, independentemente da ocasião, ou mesmo do direito envolvido: a objetividade, a operacionalidade, a segurança jurídica e o respeito pelo princípio democrático.

3.3.3.2 *Judicial restraint* e ativismo judicial

A doutrina do *judicial restraint*, ou da autocontenção judicial, inspira-se na deferência ao legislador democrático: os juízes – em especial os juízes constitucionais que carecem da legitimidade democrática, ao não serem eleitos pelo povo – não devem invadir as competências dos outros dois Poderes. Por essa linha, o Judiciário evita aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário, utiliza critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abstém-se de interferir na definição das políticas públicas.[134] Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil.

O ativismo judicial, por sua vez, na visão de ELIVAL RAMOS,[135] caracteriza-se pelo exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que lhe dá sustentação. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes. Essa postura favorece a "livre criação" do Direito Constitucional por parte dos juízes, sob o pretexto de adaptar os valores constitucionais às necessidades da vida real, que os juízes somente podem

[134] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan.-mar. 2009.
[135] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos cit., p. 308.

identificar mediante seus sentimentos de Justiça.[136] Ao pregar uma atitude "proativa" de interpretar a Constituição, com a expansão do seu sentido e alcance, os defensores da corrente acabam por ultrapassar as linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento do núcleo essencial próprio de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

3.4 Limites da interpretação constitucional

Quais são os limites da interpretação constitucional? Quando se trata de uma atividade "interpretativa" e quando deixa de sê-la? Quando a Constituição deve ser alterada – já que a interpretação não comporta certo resultado – e quando é suficiente reinterpretar o texto existente? A resposta a essas perguntas é importante por várias razões.

Os juízes, no seu papel de intérpretes, não criam novos textos de lei. A legitimidade da atividade judicial encontra-se circunscrita aos limites da interpretação. Os juízes que atuam fora desses limites devem buscar uma fonte alternativa de legitimidade, uma vez que o sistema jurídico – fundado na separação dos Poderes – não a provê.

Não é fácil estabelecer os limites da interpretação. A bem da verdade, esse não é um problema exclusivo da hermenêutica jurídica, nem próprio da interpretação constitucional, antes se colocando em todos os domínios da interação comunicativa. A linha que separa a atividade interpretativa da não interpretativa é tênue. No âmbito do direito, os juízes contribuem para essa confusão com a tendência de considerar todas as suas ações como interpretativas. Acreditam que, assim agindo, irão desfrutar da legitimidade que a interpretação confere à atividade judicial.

Na busca de oferecer critérios a apontar os limites da interpretação, BARAK[137] se refere à interpretação como uma atividade racional que atribui a um texto um significado que possa ser extraído da linguagem. Dessa perspectiva o autor diz que os limites da linguagem definem os limites do texto, de modo que esses últimos estabelecem os limites da interpretação jurídica. Uma atividade pode ser considerada interpretativa quando ela atribui ao texto um significado consistente com uma das possibilidades (implícitas ou explícitas) do texto. Atribuir ao texto um significado além das suas possibilidades semânticas não é um ato de interpretação, à medida que essa atividade se encerra no ponto

[136] GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* cit., p. 65.
[137] BARAK, Aharon. *Purpositive interpretation in law* cit., p. 18.

em que finda a linguagem. UMBERTO ECO[138] concorda com a limitação imposta pela linguagem e, mesmo admitindo que todo texto, em princípio, comporta mais de uma interpretação, defende a existência de critérios que permitam verificar a sensatez dessas interpretações e rejeitar as que se mostrarem inequivocamente erradas e clamorosamente inaceitáveis.

Estabelecer limites para a interpretação não anula a criatividade dos intérpretes. Nesse diapasão, é preciso não confundir a crítica à atuação dos juízes como autênticos legisladores com a criatividade inevitável da atividade jurisdicional. Quando chamados a interpretar, os juízes, não raro, criam direito *ex novo*. No entanto, como adverte MAURO CAPPELLETTI,[139] há diferenças essenciais entre os processos legislativo e jurisdicional. Do ponto de vista substancial, ambos são "law-making processes", mas diverso é o modo de formação do direito em cada um deles. O processo judicial caracteriza-se pela atitude passiva, ou seja, pelo fato de não poder ser iniciado *ex officio* pelo juiz, já que depende de uma iniciativa do autor (ou *actio*). CAPPELLETTI, então, argumenta que o que profundamente diferencia o processo jurisdicional dos de natureza "política" são, o que conceitua, a "virtude passiva" ou os "limites processuais".

Ainda que proposto o esclarecimento *supra*, a experiência mais recente parece condenar ao esquecimento a concepção kelseniana do *legislador negativo*, tantas têm sido as decisões das Cortes Constitucionais por via das quais, a pretexto de otimizar e/ou realizar a Constituição, os tribunais assumem nítida postura legislativa, criando normas de caráter geral e vinculante, como demonstram as jurisprudências nacional e estrangeira.

Diante desse quadro, não soa exagerada a advertência de que se caminha a uma onipotência judicial ou, se preferir, para um novo governo de juízes, em que as grandes decisões políticas, como já acentuado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. Nesse panorama, a Constituição, retrato de uma vontade social específica, posta sob um código restrito, seria afetada ou sucumbiria, diante de decisões judiciais que "adéquam" seu conteúdo e substituem preceitos constitucionais por normas que ao fim e ao cabo não guardam qualquer proximidade com o sentido semântico do texto ou de suas possibilidades normativas.

3.5 Mutações constitucionais

---

[138] ECO, Umberto. *Os limites da interpretação* cit., p. 10-12.
[139] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* cit., p. 73-76.

As Constituições colocam-se, durante toda a sua existência, diante de uma constante tensão entre permanência e modificação. De um lado, sobressai a sua vocação para a estabilidade, a servir de abrigo para as matérias que não devem ficar ao alcance das maiorias parlamentares eventuais. No outro, as normas de estatura constitucional não são eternas, à medida que estão sujeitas a mudanças conduzidas pelos ventos da realidade sobre a qual incide.

Nesse eterno caminhar entre a estática das normas rígidas e a dinâmica das transformações sociais, as mudanças por que passam as Constituições não ocorrem apenas por meio de processos formais, que implicam a modificação do seu texto (*reforma constitucional*). Destaca-se, ao lado destes, o mecanismo informal da *mutação constitucional*,[140] capaz de transformar o sentido e o alcance de normas da Constituição, sem alcançar o texto posto.

É o que o destaca umas das precursoras do tema, na doutrina brasileira, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ,[141] ao identificar que as Constituições orgânicas e rígidas, por mais que estipulem um mecanismo de adaptação das suas normas à evolução dos tempos, não conseguem impedir que, junto a elas ou entre elas, se desenvolva um Direito Constitucional criado a partir dos chamados processos informais de mudança da constituição (genericamente rotulados de mutações constitucionais).

O tema das mutações constitucionais situa-se no ambiente em que o direito interage com a realidade e sua admissão dá mais um passo para superar a separação metodológica rígida entre o mundo do direito (dever-ser) e a realidade fática (ser), tão cara ao positivismo jurídico clássico.

A aplicação desse instituto, na prática jurídica, todavia, mostra-se deveras complexa. O aplicador do direito deve buscar um ponto de equilíbrio entre o imperativo da estabilidade constitucional, que é associada ao caráter rígido, e a plasticidade de suas normas, que garante a adaptação do texto às mudanças sociais, sem que seja necessário recorrer, a cada momento, ao processo de reforma constitucional.

---

[140] Advertem CLÁUDIO SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO que a expressão "mutação constitucional" provém do alemão *Verfassungswandlung* e não é utilizada de maneira uniforme pela doutrina. Ao lado dessa designação, há outras representativas do mesmo fenômeno, como "vicissitude constitucional tácita", "processo informal de mudança da Constituição", "mudança constitucional silenciosa", "processo de fato de mudança constitucional" etc. Na teoria constitucional norte-americana, não existe uma expressão específica para designar a mutação constitucional, cujo estudo é realizado no contexto dos debates sobre a "Constituição viva" (*living Constitution*) (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho cit., p. 341).

[141] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, v. 5, p. 13, out.-dez. 1993.

Limites se impõem às mudanças informais da Constituição, por óbvio. Caso contrário, estar-se-á violando o Poder Constituinte e, em último caso, a soberania popular. O primeiro desses limites relaciona-se ao texto constitucional, ou seja, a mutação não pode justificar alterações que contrariem as possibilidades semânticas do relato da norma. Não se deve, sob o pretexto de uma mudança constitucional silenciosa, possibilitar que os *fatores reais de poder*[142] atropelem *a força normativa da Constituição*.[143] Outro limite é a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição. Não é admissível uma mutação que implique desconsideração dos limites impostos pelo sistema constitucional, delineados por meio de escolhas fundamentais feitas pelo constituinte. Arremata BARROSO[144] que, se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessário lançar mão do Poder Constituinte reformador. E, se não for compatível com os princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o Poder Constituinte originário.

A adaptação da Constituição a novas realidades pode se dar por diversos mecanismos. Assim como em relação à expressão utilizada, não há tratamento homogêneo na doutrina sobre os mecanismos de mutação constitucional.[145] É o caso de se apartar dessa discussão que procura listar quais os instrumentos que permitem alterar o sentido e o alcance das normas constitucionais sem modificar a sua letra. O escopo do presente estudo, repita-se, é aprofundar o exame do caráter político inerente às normas constitucionais e o estudo das mutações muito tem a revelar nesse sentido.

Em comum em relação aos autores que se debruçaram sobre o tema está a identificação da interpretação constitucional como a via mais comum de atualização das

---

[142] LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10-40.
[143] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 9-32.
[144] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo cit., p. 162-163.
[145] GEORG JELLINNEK (*Teoría general del Estado*), um dos precursores na discussão do assunto, aludiu à possibilidade de mutação constitucional por atividade legislativa, prática parlamentar-governamental e atuação judicial. HSÜ DAU-LIN (*Mutación de la Constitución*), em lição também clássica, referiu-se a quatro espécies de mutação constitucional: mudança por práticas que não violam a Constituição, alteração pela impossibilidade de aplicação de norma constitucional, modificação pela adoção de prática contrária à Constituição e mutação por interpretação constitucional. Na literatura jurídica nacional, ANNA CANDIDA CUNHA FERRAZ (FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais) aponta a mutação por interpretação constitucional e por usos e costumes constitucionais, referindo-se, ainda, às mutações inconstitucionais. LUÍS ROBERTO BARROSO (*Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo), por sua vez, defende que a mutação constitucional pode ocorrer, basicamente, de três formas: por mudança na interpretação constitucional, pela atuação do legislador e por via de costume (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho cit., p. 344-345).

normas constitucionais, sintonizando-as às demandas do seu tempo. A interpretação constitucional revela-se processo de mutação constitucional sempre que, pela via interpretativa, ao significado da norma constitucional se atribui novo conteúdo, ou se amplia a abrangência da norma para alcançar situações dantes não consideradas como nela inseridas.

O tema das mutações constitucionais tem sido pouco explorado, do ponto de vista teórico, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Não se quer dizer com isso que a Corte não tenha produzido importante alteração no significado de determinadas normas constitucionais. A causa, talvez, possa ser explicada pelo receio dos ministros de rotular tal ou qual entendimento como uma mutação constitucional. Afinal, esse fenômeno denota uma postura judicial visivelmente ativista, ao passo que a modificação, dita apenas interpretativa, parece situar-se dentro das funções ordinárias do julgador, sem maiores esforços hermenêuticos.

Ainda assim, duas decisões representativas do tema merecem aqui destaque. A primeira se refere à questão da união estável entre pessoas do mesmo sexo; a outra cuida da execução provisória da pena privativa de liberdade após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição. A escolha de ambas não foi aleatória. Os dois casos, como se verá, guardam profunda pertinência com o tema de fundo deste estudo. A elevada carga de politicidade contida nas normas constitucionais levadas a interpretar foi, sem dúvida, determinante para a mudança de perspectiva levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal.

Antes, porém, de partir para o exame individualizado, cabe uma ressalva. Nem todos os ministros referem-se à mutação constitucional em seus votos, poucos, na verdade, fazem a subsunção da atividade produzida com o instituto que lhe dá suporte. Aliás, essa é a forma como decidem os ministros do Supremo Tribunal Federal, sem uma organicidade definida, tornando, muitas vezes, as decisões da Corte uma verdadeira colcha de retalhos. Não obstante isso, o rigor científico deste estudo reclama uma incursão mais detida no trabalho jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, tarefa que ora se incumbe a fazer.

No primeiro caso, o STF assentou o direito de os homossexuais formarem união estável com pessoas do mesmo sexo, a partir da aplicação direta de princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana e da igualdade. A Corte fora incitada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, por meio da ADPF n.º 132, e também pela Procuradoria-Geral da República, através da ADI n.º 4.277, nas quais os legitimados pretendiam, em linhas gerais, a declaração de inconstitucionalidade parcial

sem redução de texto do artigo 1.723[146] do Código Civil, bem como a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

Os votos proferidos em Plenário puderam demonstrar, com riqueza de detalhes, a profunda transformação por qual passou a sociedade brasileira, desde o período colonial, caracterizado pela maneira cruel e impiedosa com que as autoridades da Coroa perseguiam e reprimiam os homossexuais, até os dias de hoje, em que predomina a consolidação de uma cultura capaz de aceitar a diversidade e acolher as diferenças.[147] Essa atmosfera de reconhecimento alcançou também as instituições públicas. Órgãos do Poder Executivo Federal e do Poder Judiciário, ainda que por meios transversos, permitiram que a relação de pessoas do mesmo sexo fosse capaz de produzir amplos efeitos jurídicos. No âmbito previdenciário,[148] o titular da pasta da Previdência Social assegurou aos dependentes homossexuais do segurado o direito de enquadrarem-se como beneficiário à luz da Lei Federal n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. Na seara tributária, ato (administrativo) opinativo aprovado pelo Ministro da Fazenda[149] admitiu, para efeitos da legislação do Imposto de Renda, a dedução fiscal do convivente do mesmo sexo do declarante. No âmbito eleitoral, por seu turno, fora ampliada a inelegibilidade de que trata o § 7.º do artigo 14 da Constituição Federal, para abranger pessoas que possuem uniões homoafetivas estáveis com chefes do Poder Executivo.[150]

O contexto fático, pois, mostrava-se notadamente favorável à tese do reconhecimento da união estável, para fins civil, das pessoas do mesmo sexo. Restava, no entanto, um ponto a suplantar: a literalidade do artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal,

---

[146] BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

[147] Sobre o tema, cf.: CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares. O regime próprio de previdência dos militares e a inclusão do companheiro homossexual como pensionista: os reflexos da jurisprudência do STF sobre a legislação bandeirante. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 79, p. 271-286, jan.-jun. 2014.

[148] BRASIL. Portaria MPS n.º 513, de 9 de dezembro de 2010. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 dez. 2010. Seção 1, p. 71.

[149] BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Parecer PGFN/CAT/n.º 1503/2010, de 19 de julho de 2010, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda (*DJU* 09.08.2010), em que se conclui: "as relações homoafetivas, à míngua de previsão explícita na legislação tributária, não podem ser tratadas como união de vida de 2.ª categoria para efeitos fiscais. Não implica isso extravagância ou juízo de inconstitucionalidade, mas compreensão da lei tributária conforme a Constituição, dando-lhe sentido compatível com a norma fundamental".

[150] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REE 24.564/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, acórdão publicado em sessão em 1.º.10.2004: "Candidata a cargo de Prefeito. Relação estável homossexual com a Prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. [...] Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7.º, da Constituição Federal".

cujo dispositivo pouca margem deixava a interpretações, quando diz reconhecer a união estável entre o homem a mulher como entidade familiar.

Aqui se destaca o abrangente estudo hermenêutico desenvolvido pelo relator. O Ministro AYRES BRITTO retirou do texto normativo importantes deduções a demonstrar a necessidade de uma mutação constitucional na matéria. Nesse afã, primeiro consignou que a Constituição veda às expressas o preconceito em razão do sexo (artigo 3.º, inciso IV) e deliberadamente entrega o empírico desenho das funções sexuais ao livre-arbítrio de cada pessoa (*intencional silêncio*). Garantir aos cidadãos a livre busca das suas realizações pessoais surge como corolário da autonomia da vontade das pessoas naturais, a merecer, ao lado das clássicas liberdades individuais, não só proteção, mas ainda ativa promoção por parte do Estado. Estabelecida a inexistência, no ordenamento, de norma que torne ilegítima a união formada por pessoas do mesmo sexo, o segundo passo foi alçá-la ao mesmo patamar das uniões heterossexuais. Nessa tarefa, a discussão pautou-se na evolução do conceito jurídico-constitucional de família. É possível, no ponto, perceber plena harmonia entre as ideias apregoadas em Plenário. Vejamo-las.

O Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel.[151] Os relacionamentos fora desse arranjo estavam fadados à invisibilidade jurídica. Essa situação repercutia também no plano constitucional. Tanto a Constituição de 1937 quanto as seguintes de 1946 e 1967, também fazendo parte desse grupo a Emenda Constitucional n.º 1/1969, todas vinculavam a família à constituição do casamento. A vigente Carta Republicana, entretanto, assim não o fez. Consoante o respectivo artigo 226, "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". E só.

Essa mudança de paradigma foi muito bem observada pelo Ministro AYRES BRITTO, quando deduziu: "se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma".

Fala-se, então, que a Constituição de 1988 é o marco divisor no conceito de família: antes dela, família era só aquela resultante do casamento; depois, com seu viés democratizador, admite-se o reconhecimento de outras formas familiares, fruto do afeto

[151] Ao discorrer sobre a evolução legislativa do direito das famílias, MARIA BERENICE DIAS destaca: "O Código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações" (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 30).

entre os partícipes.[152] É de concluir que "a nossa Carta Magna não emprestou ao substantivo 'família' nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas".

Conjugando as premissas da vedação ao preconceito e do silêncio quanto ao uso da sexualidade humana com o novo conceito de família, os julgadores debruçaram-se mais uma vez sobre o dispositivo, cuja literalidade até aquele momento apontava para o reconhecimento da união estável quando constituída por parceiros de sexos diferentes.

Nesse diapasão, os ministros não identificaram no indigitado artigo constitucional qualquer lacuna voluntária ou silêncio eloquente de forma a desprestigiar a entidade familiar formada por parceiros de mesmo sexo. Muito pelo contrário. A razão para incluir os gêneros naquele preceito, segundo enfatizaram os julgadores, se deu como uma maneira de superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Com isso, quis-se dizer que a redação do dispositivo não teve a deliberada intenção de excluir a figura das uniões homoafetivas, e sim de apenas incluir as relações à margem do conceito da família tradicional. Até, por isso, fez-se o apelo para "que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do artigo 175 da Constituição de 1967/69", e, parafraseando SÉRGIO DA SILVA MENDES, "que não se separe por um parágrafo (esse de n.º 3) o que a vida uniu pelo afeto".

Se bem analisadas as origens do preceito, especialmente os debates levados a efeito durante a Assembleia Constituinte, não é difícil encontrar registros que demonstram que a menção a pessoas de sexos diferentes assim foi realizada justamente para que não houvesse reconhecimento da união homossexual. No entanto, é precisamente aí que está a mutação constitucional, pela via interpretativa. Mudanças valorativas ocorridas no País após a promulgação da Constituição Federal, que tornaram a nossa sociedade menos preconceituosa e mais inclusiva no tema da orientação sexual, deram amparo a essa mudança de perspectiva, que se baseou, como visto, numa leitura generosa de princípios constitucionais fundamentais, expressos em linguagem vaga e abstrata.

---

[152] Com a perspicácia que lhe é peculiar, discursa o Min. MARCO AURÉLIO, em seu voto: "Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito 'das famílias', isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. [...] Abandonou-se o conceito de família enquanto 'instituição-fim em si mesmo', para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe [...]".

Nesse último caso, a ocorrência da mutação constitucional é flagrante, pois, a partir do alargamento do sentido do texto, acresce-se à ideia de união estável a possibilidade de se ver reconhecida uma união entre pessoas do mesmo sexo, a qual, inicialmente, não havia sido prevista, mas que se impôs, como realidade, e como tal, necessitava de amparo jurídico-constitucional.

A decisão *supra* serve como um importante pano de fundo para a discussão sobre o caráter político da interpretação constitucional. É incontestável que o Supremo Tribunal Federal assumiu uma posição protagonista, no campo político, ao reconhecer as uniões homoafetivas. Em muitos países, o tema mereceu uma análise acurada por parte da instituição idealmente legitimada para discuti-lo: o Poder Legislativo. Em uma democracia representativa, como é a nossa, pressupõe-se que os eleitos decidam o futuro político do país, pois esse é o objetivo do mandato que lhes fora conferido. Não foi o que ocorreu aqui. A questão levada a julgamento pelo Supremo é deveras complexa não somente no âmbito jurídico, mas, especialmente, político, em face da influência dos grupos de pressão que orbitam ao seu redor. Em defesa e contrários à tese do reconhecimento destacavam-se entidades organizadas da sociedade civil, cada qual com os seus argumentos e proposições. O Parlamento, como caixa de ressonância da sociedade, deveria convergir todas essas influências e colocar o assunto em pauta para discussão e eventual deliberação. A questão é que hoje o Parlamento brasileiro sofre uma série crise de legitimação (representatividade e funcionalidade) e acaba por não ser capaz de produzir consensos em relação a questões em que há desacordos morais razoáveis, preferindo transferir o ônus de certas decisões para o Judiciário, cujos membros não dependem de votos.

Não há dúvida de que, nessa questão, o STF quis, uma vez mais, deixar assentado o seu papel contramajoritário, na defesa dos direitos e garantias das minorias, nesse caso dos parceiros homossexuais. Sem negar o papel contramajoritário do STF, no caso, BARROSO[153] também classificou a postura da Corte como nítida "vanguarda iluminista", pois denota um avanço no processo civilizatório.

Em arremate, por meio de soluções jurídicas e escolhas fundamentadas, o Plenário do STF reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como legítima de direitos e obrigações. Aqui, mais uma vez, a linguagem vaga e abstrata das normas constitucionais, somadas a uma leitura generosa dos princípios a ela subjacentes, permitiu à Corte enxergar no artigo 1.723 do Código Civil uma inconstitucionalidade parcial sem redução do texto de

[153] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, n. 270, p. 387-388, set.-dez. 2015.

forma a dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Outro exemplo emblemático de mutação constitucional é a recente decisão tomada no HC 126.292, em 17.02.2016, que tornou legítima a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, sob o argumento de que tal medida não violaria o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.

A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, a Corte, no julgamento do HC 68.726/DF, realizado em 28.06.1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível.

A alteração dessa tradicional jurisprudência veio de fato a ocorrer, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 05.02.2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, estabeleceu-se que o mesmo princípio constitucional se mostrava incompatível com o encarceramento antes do trânsito em julgado da condenação. Conferiu-se à presunção da inocência um caráter de regra, de natureza absoluta, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”.

Houve, portanto, no tema aqui versado, uma primeira mutação constitucional, em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início do cumprimento da pena. Mais recentemente, em 2016, procedeu-se a nova mudança, dessa vez fundamentada no suposto impacto causado pela própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

Em seu voto, antes de apresentar as razões de ordem jurídica a embasar o novo posicionamento sobre o mesmo princípio constitucional, o Ministro BARROSO lista três nefastas consequências, no campo fático, oriundas da visão garantista da justiça criminal (da pena) inaugurada pelo STF, nos idos de 2009. Em primeiro lugar, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias funcionou como um

poderoso incentivo à infindável interposição de recursos protelatórios.[154] Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal, uma vez que a ampla possibilidade de recorrer em liberdade aproveita principalmente aos mais abastados, com condições de contratar as melhores bancas de advogados do País para patrociná-los em sucessivos recursos. Em terceiro lugar, contribui fortemente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal na sociedade. Isso porque a necessidade de esperar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena tem levado, em grande medida, à prescrição da pretensão punitiva ou ao significativo distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva.

A partir desses três fatores, para a maioria de sete ministros que votou a favor da nova mudança de entendimento, restou claro que não se justificava, no cenário atual, a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência. Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito. Nas palavras do Ministro BARROSO, "ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocadamente se alterou". Resta, então, compreender qual o fundamento jurídico que permitiu essa virada hermenêutica.

A norma positivada no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal diz que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Como tal, a presunção da inocência (ou de não culpabilidade) é encarada como um princípio, não como uma regra. Desta feita, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional, desde que não se atinja o seu núcleo essencial. A norma afirma que ninguém será culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas não define o que vem a se considerar alguém culpado. Com isso, o espaço de conformação do legislador é amplo e não obsta que lei estipule uma gradação da sua aplicação à medida que o procedimento punitivo evolui e a culpabilidade do réu fica

[154] Segundo apurou o Min. BARROSO na assessoria de gestão estratégica do STF, no período de 1.º.01.2009 a 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu quanto do Ministério Público) foi de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Mais relevante ainda é que, no mesmo período, no universo de 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (Recurso Extraordinário – RE – e Recurso Extraordinário com Agravo – ARE), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). O Ministro adverte que se deve considerar, nesses resultados, a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal.

mais evidente. Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar n.º 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu artigo 1.º, inciso I, erige à causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferida por órgão colegiado. Afora a situação da inelegibilidade, a liberdade de conformação do princípio da presunção da inocência permanece ampla e, se inexiste um ato normativo que a delimite, os juízes, quando chamados a decidir casos concretos, acabam por aplicá-lo à luz dos demais princípios constitucionais.

Foi essa atividade de ponderação que o Supremo se propôs a fazer. No caso em discussão, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o indigitado princípio da presunção de inocência. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional, a demandar, por isso, elementos probatórios que justifiquem a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. De outro, situa-se o desejo constitucional de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos por ela tutelados (vida, integridade psicofísica), tudo para torná-lo dotado de credibilidade.

Nesse trabalho de harmonização dos princípios, o princípio da presunção de inocência cede gradativamente espaço na medida em que o processo avança e as provas e as condenações se concretizam. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parecem inteiramente justificáveis a relativização do princípio garantista e o aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal.

O sacrifício que se impõe ao princípio da presunção da inocência após o juízo de segundo grau é plenamente compreensível, à medida que recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica revolver os elementos probatórios nem examinar a justiça ou injustiça de casos concretos. Destinam-se, em maior medida, à preservação da higidez do sistema normativo.

Assim, o peso menor conferido à presunção de inocência permite que se ganhe em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, consoante demonstram as estatísticas.

Definidos argumentos jurídicos, o Supremo lançou mão de argumentos de ordem pragmática a demonstrar os efeitos positivos da decisão ali tomada. Todos eles se relacionam com os problemas listados *supra*, que reclamavam, na sua visão, uma posição protagonista do órgão julgador. Assim, conclui que a execução de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio do

sistema de justiça criminal, à medida que se reduz o estímulo à infindável interposição de recursos inadmissíveis, diminui o grau de seletividade do sistema criminal e auxilia na quebra do paradigma da impunidade, profundamente arraigado na sociedade brasileira.

Percebe-se, assim, que o Supremo pretendeu fazer uma nítida gestão de *política criminal*, é saber, identificar as deficiências do sistema repressivo nacional, que até então permitia aos réus recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da ação, e, constatada a ineficiência do sistema, atuar no espaço de conformação da norma, para fazer escolhas entre as soluções alternativas possíveis.

Ora, como discutido, os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis,[155] tem uma inegável dimensão política. A norma, como produto da atividade entre texto e realidade, exige do intérprete uma atividade integrativa, que confira sentido às cláusulas abertas do ordenamento jurídico, sem descurar das consequências práticas de suas decisões. Como é corrente, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes. Nessa toada, argumenta BARROSO[156] que "a integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição)". Assentada essa premissa, "deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática)". Alfim, conclui o autor que "a interpretação constitucional configura uma atividade concretizadora – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtivista, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa".

É preciso sempre refletir, diante dos casos postos, até que ponto a atualização das normas constitucionais pelo Poder Judiciário pode conviver com a regra da representatividade, que fora alçada a postulado máximo da democracia. Quanto ao papel

---

[155] Consoante se verá, adiante, no Capítulo 4, os casos difíceis são, assim, aqueles que, por envolverem a interpretação de normas jurídicas principiológicas, em que predomina a linguagem aberta, não dispõem de uma solução abstratamente prevista e pronta no ordenamento, que possa ser retirada de uma prateleira de soluções jurídicas como produto de uma atividade puramente mecânica.

[156] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo cit., p. 32.

do Supremo Tribunal Federal, o fato de um poder que exerce a função de guarda (da Constituição) tornar-se também o senhor do objeto protegido, podendo lhe conferir a forma que melhor lhe aprouver, é situação que contribui para um ambiente de grande incerteza jurídica.

4 POLÍTICA, DIREITO E CONSTITUIÇÃO

O axioma que inicia este trabalho – *serpens nisi serpentem comerit, non fit draco*[157] – bem retrata a relação que o direito guarda com a política. Se o direito é a força que venceu a força, é a composição dos conflitos da convivência humana, não se pode conceber que a atividade jurídica se abstenha da tutela política, permaneça como a serpe que não se tornou dragão.[158] A bem da verdade, as forças que se antagonizam na arena política é que propiciam, quando se alcança o consenso, a criação das normas jurídicas.

4.1 Conceito de política: do significado clássico ao moderno do termo

Derivado do adjetivo *pólis* (*politikós*), que significa tudo o que se refere à cidade, o termo política é marcado pela influência da grande obra de Aristóteles, intitulada *Política*, considerada o primeiro tratado sobre a natureza, as funções do Estado e ainda as várias formas de governo, predominantemente no significado de arte ou ciência do governo.

Na Idade Moderna, o termo perdeu o seu significado original, sendo gradualmente substituído por outras expressões como "ciência do estado", "doutrina do estado", "ciência política", "filosofia política",[159] e vem sendo utilizado para indicar a atividade ou conjunto de atividades que têm qualquer relação com a *pólis*, isto é, com o Estado.

4.2 Características do poder político

O conceito de política, entendida como atividade ou prática humana, é estreitamente conexo com o de poder. Na visão de HOBBES, poder consiste nos meios para obter qualquer vantagem, que se revela em uma relação entre dois sujeitos na qual um impõe ao outro a sua própria vontade, malgrado o interesse alheio. Esse poder pode ser expressado de inúmeros modos, como a conexão entre o governante e o governado, soberano e súdito, Estado e cidadãos etc. Variadas, pois, são as formas de poder do homem sobre o homem, sendo o poder político a expressão de uma delas.

---

[157] BARRETO, Tobias. *Introdução ao estudo do direito*. Política brasileira. São Paulo: Landy, 2001. p. 94.
[158] BASTIDE, Carlos. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos do governo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 8, abr.-jun. 2009.
[159] Todas grafadas com iniciais minúsculas pelo mestre NORBERTO BOBBIO (*Teoria generale della politica*. Torino: Einaudi, 2009. p. 101).

4.3 Do poder ao direito

A noção de poder pode ser compreendida como um ponto de aproximação entre o direito e a política. Nesse quesito, o nexo entre essas duas ciências é bastante estreito, seja o direito compreendido em sua perspectiva "objetiva", isto é, um conjunto de normas vinculantes, que recorrem, em última instância, à coerção, seja no senso subjetivo, representado na capacidade, atribuída a certos sujeitos, de produzir efeitos jurídicos.

Uma vez definido que, no âmbito da teoria geral do direito, o campo de referência do poder é a produção e a aplicação de normas jurídicas, a norma jurídica e o poder podem ser considerados como duas faces da mesma moeda, com a consequência de que o problema da relação entre direito e poder pode ser observado seja do ponto de vista da norma, seja do âmbito do poder.

4.4 Breve incursão jusfilosófica na relação entre direito e política

4.4.1 As objeções de CARL SCHMITT à Justiça Constitucional

Antes do exame mais aprofundado a respeito do viés político das normas constitucionais, convém trazer breve consideração a respeito da discussão travada por CARL SCHMITT (com KELSEN)[160] sobre a Justiça Constitucional.

De acordo com SCHMITT,[161] em toda discussão de Direito Constitucional, o problema que os tribunais devem resolver sempre se refere ao conteúdo da norma constitucional. E a determinação desse conteúdo – que é por si incapaz de expressar um significado unívoco e vinculante – é, a seu ver, um assunto de legislação constitucional, e não de jurisdição. A jurisdição constitucional, em síntese, seria um sistema artificioso e contraditório no qual o juiz constitucional se converteria em tácito legislador supremo, escondido entre formas judiciais. A prova desses artifícios e dessas contradições encontra-se no fato de que, como ocorre em toda assembleia parlamentar que decide sobre leis, nos Tribunais Constitucionais também se vota. Assim, o que seria norma em uma assembleia política se converte em sintoma de uma patologia, de um desvio, de uma mistificação em um colegiado para o qual se reclama uma natureza que não pode ter: a de quem julga sobre

[160] KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? In: _____. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237-298.
[161] SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 80 e 89.

o pressuposto de normas jurídicas objetivas, que deve simplesmente aplicar, não criar ou recriar.

A conclusão para SCHMITT era de que todo Tribunal Constitucional é, por fim, uma equívoca mescla de política (matéria) e jurisdição (forma), na qual a política não tem nada a ganhar e a justiça tem tudo a perder. Não seguiremos o desenrolar da controvérsia provocada por esses argumentos. SCHMITT concluíra a impossibilidade de a Justiça Constitucional ser confiada a um tribunal. Não ofereceremos, por ora, a réplica de KELSEN, a quem a história constitucional tem dado a razão. Devemos, todavia, considerar a crítica schmittiana como reveladora de um perigo, o perigo da "politização" da Justiça Constitucional.

4.4.2 Da moldura de HANS KELSEN aos sistemas de NIKLAS LUHMANN

Dentro da estrutura hierarquizada do direito proposta por KELSEN, a norma de grau superior regula não apenas o ato pelo qual é produzida a norma inferior, mas eventualmente o conteúdo desse enunciado. Essa determinação, porém, nunca é completa. Permanece sempre uma zona de incerteza, que precisa ser colmatada pelo intérprete.

Entre as várias possibilidades interpretativas que se abrem diante de uma norma jurídica, KELSEN as reúne no interior de uma moldura fictícia. Todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível.[162]

O conhecimento científico do direito, em sua expressão positivista, no entanto, não pode ir além. Uma vez encontradas todas as múltiplas significações atribuíveis a dada norma, cessa a tarefa da ciência jurídica. Saber qual delas é a solução adequada foge ao âmbito jurídico-teórico, sendo, na verdade, uma decisão político-jurídica. Intuindo as dificuldades de obstar o influxo político sobre o intérprete, KELSEN tenta reduzi-lo ao mínimo.

Distante desse formalismo simbólico, destaca-se NIKLAS LUHMANN. Esse autor propõe uma autêntica virada epistemológica no estudo do direito, trazendo para o debate novas perspectivas de exame dos sistemas sociais.

Antes de analisar o sistema jurídico, LUHMANN parte de uma visão mais ampla e busca desenvolver uma teoria da sociedade. Nesse ponto, considera que a complexidade da

[162] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 390.

sociedade contemporânea é tal que proporciona a sua diferenciação funcional do mundo exterior, intitulado ambiente. Muito embora se apartam esses dois conceitos, buscam-se simultaneamente interseções entre ambos, o que ocorre por meio das comunicações.[163]

Na lição de LUHMANN, nos dias de hoje, esse conjunto de relações encerrado pela sociedade é dividido em vários sistemas parciais, ou subsistemas, que possuem regras próprias e interações ímpares com o mundo exterior. Só para citar alguns, existem os subsistemas político, jurídico, econômico, cada qual com diferenças funcionais em relação ao outro.

A distinção entre sistema/ambiente também se aplica no âmbito dos sistemas parciais, de maneira que, do ponto de vista do direito, por exemplo, todos os demais subsistemas, como a política e a economia, constituem o seu ambiente, e assim reciprocamente.

A partir daí surge a questão de saber o que caracteriza uma comunicação como própria do seio jurídico. Ensina o filósofo alemão que cada sistema social possui um código binário composto por valores opostos (positivo/negativo), por meio do qual se reduz a complexidade do ambiente no momento da seleção das informações. Ora, trata-se de um esquema bivalente que permite identificar as operações próprias de um dado sistema social e, a partir disso, distingui-las das comunicações dos demais.

Por conseguinte, cada subsistema dispõe de um código próprio e o emprega de modo exclusivo. O sistema econômico, por exemplo, é regido pelo código ter/não ter, ao passo que o científico pelo verdadeiro/falso. Dentre os que, nesse momento, nos interessam despontam o político, que se utiliza da dicotomia maioria/minoria, e o jurídico, cuja regulação ocorre entre lícito/ilícito.

A existência de códigos específicos para os sistemas sociais é uma decorrência da diferenciação funcional da sociedade moderna e evita que se confundam. Na medida em que cada sistema dispõe de mecanismos próprios, um mesmo fato é processado singularmente em cada um deles.

Ilustrando a questão, podemos nos referir à decisão do governo brasileiro de elevar o imposto sobre produtos industrializados incidentes sobre os carros importados, cujos impactos indubitavelmente atingiram os sistemas jurídico, político e econômico. Ora, cada um deles reagiu de forma diferente a essa situação, exatamente por possuírem códigos distintos para interpretá-la.

---

[163] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2006. p. 36.

A apropriação do mesmo fenômeno a partir de linguagens diferentes é ponto nodal da teoria proposta por LUHMANN. Pondera o autor que esse fechamento operativo não significa isolamento, nem indiferença ao mundo exterior. A todo tempo, os sistemas assimilam as informações advindas do ambiente, tornando-se cognitivamente abertos.

Apesar da diferenciação funcional indiscutível entre os sistemas político e jurídico, subsiste uma permanente interação entre eles. Enquanto o primeiro fornece ao segundo leis e o reforço da eficácia das decisões jurídicas, na via reversa, o sistema jurídico oferece ao político a legitimação de suas atitudes e as premissas para o monopólio no uso da força. Adverte CELSO CAMPILONGO[164] que, apesar de paradoxal, quanto maior a autonomia de um sistema, maior a dependência em relação ao outro.

Do contrário, isto é, se ambos os sistemas não mantivessem mecanismos próprios de processamento seletivo dos dados exteriores, sem dúvida, diluir-se-iam perante a sociedade, não subsistindo a sua diferenciação com o ambiente.

Nesse contexto, LUHMANN vê a Constituição como uma via de prestações recíprocas e, principalmente, como mecanismo de interpenetração entre os dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito. Ela possibilita uma "solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico".[165] Figurativamente o filósofo alemão[166] costuma descrever o direito e a política como duas bolas de bilhar. Uma não se confunde com a outra. Todavia, o jogo só tem sentido quando as duas bolas se tocam. A Constituição, portanto, atua precisamente nesse ponto de contato.[167]

---

[164] CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial* cit., p. 67.
[165] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad* cit., p. 344.
[166] LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. Trad. Menelick de Carvalho Netto et al. *Rechthistorisches Journal*, v. IX, p. 25, 1990.
[167] Em criterioso estudo sobre o assunto, CELSO FERNANDES CAMPILONGO conclui, sob a perspectiva luhmanniana, que a politização da magistratura é algo inevitável. Questiona, então, o autor: "em que medida o juiz imparcial, que tem na lei a pauta de orientação de suas condutas e não pretende suprir os déficits do sistema político, é um juiz-político?". Aqui entra a figura da Constituição, como ponto de contato entre os sistemas jurídico e político. A aplicação das normas constitucionais permite a troca entre ambos os sistemas ("comunicação intersistêmica"), sem que nenhum deles perca a sua integridade ou se descaracterize. Consequentemente, diz o autor, "a função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político". Fala-se, por isso, que "sem romper com a cláusula operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político". Não obstante os esforços teóricos, a *práxis* nem sempre permite garantir a "clausura operacional" dos sistemas e a sua "autorreferenciabilidade". É por isso, continua CAMPILONGO "que o problema central do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico reside no alto risco de que cada um deles deixe de operar com base em seus próprios elementos (o Judiciário com a legalidade e a política com a agregação de interesses e tomada de decisões coletivas) e passe a atuar com uma lógica diversa da sua e, consequentemente, incompreensível para as autorreferências do sistema". E "essa corrupção

A base de estudo de ambos os autores não difere ontologicamente. Tanto KELSEN quanto LUHMANN compartilham a ideia de que certa norma pertence a uma ordem jurídica porque foi criada de acordo com os preceitos nela instituídos. O que realmente os separa é que KELSEN não enxergava o direito como um sistema autorreferencial, de natureza circular, mas um sistema de conteúdo simbólico hierárquico, em forma de pirâmide jurídica, em que as normas são produzidas dentro de uma clausura normativa.

4.5 A histórica aproximação do direito à política na criação do direito

Na modernidade, a relação entre direito e política está pautada no direito positivo. Entende-se por positivação o processo pelo qual o direito passou de uma validade tradicional ou transcendente para uma validade decisionista. Essa decisão não ocorre no sistema jurídico, mas, sim, no político. O que vale juridicamente é determinado politicamente, mas nem sempre foi assim.

Nas sociedades antigas, a concepção de que o direito poderia ser criado lhe era geralmente estranha. O direito era válido muito mais pela força de tradição imemorial ou instituição divina.[168] A sociedade encontrava-o e experenciava-o como imutável. Tal direito não era objeto de decisão, mas de conhecimento. Ele não dependia da política em seu conteúdo nem em sua validade. Ao contrário, o direito era anteposto ao domínio político e obrigava tanto este quanto a restante comunidade jurídica. Direito e justiça eram coincidentes. Sob essas condições não se colocava a pergunta acerca da justiça do direito vigente.

A validade de normas jurídicas surgidas dessa maneira não se baseava em decisão política. Elas retiravam sua força de vigência muito mais na concordância em seu conteúdo com o direito tradicional ou transcendente. Caso essa concordância não acontecesse, elas também não tinham condão da obrigatoriedade. Contudo, em sua vinculação a um direito

---

de códigos resulta num Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como o somatório de três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento da decisão política" (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial* cit., p. 60-63).

[168] A forma de convivência dos povos antigos era regulada pelos costumes, que possuíam forte traço religioso ou mítico. O homem primitivo não conhecia o dualismo que estabelece uma clara distinção entre o mundo terreno e o divino. Acreditava-se que, na sociedade dos homens vivos, habitavam as almas dos mortos e até mesmo dos deuses. Disso resulta que todas as normas do costume primitivo se fundamentam na convicção de que a sanção (ou o prêmio) emana desses seres sobrenaturais, que a aplicará neste mundo e nesta vida. Embora não existisse, no mundo antigo, um verdadeiro aparato coercitivo, as normas consuetudinárias se favoreciam da forma como os clãs eram organizados (cf.: AFTALIÓN, Enrique et al. *Introducción al derecho* cit., p. 191-192).

imutável com pouco espaço para mudanças, o sistema era extraordinariamente inflexível. É aí que residia seu ponto fraco. Ele só podia continuar existindo enquanto as relações sociais, às quais o direito se referia, continuassem inalteradas e as verdades religiosas em que ele se baseava continuassem fora de dúvida. Em contrapartida, se a mudança social se acelerava de tal modo que as mudanças eram concebidas como problemas para os quais o direito vigente não tinha soluções à disposição, toda a ordem social ruía, dessa maneira, em uma crise de legitimação. E crises dessa monta só podiam ser vencidas por meio de mudanças jurídicas. Entretanto, já que o direito vigente não podia operar suas modificações a partir de si mesmo, fazia-se necessária, nesse caso, uma instância com legitimidade de decisão que se encarregava de restabelecer o nexo perdido entre exigências sociais e soluções jurídicas. Com isso, a ligação da política a um direito preestabelecido e não disponível era incompatível.

O distanciamento da política em relação ao direito manteve-se assim até o grande cisma religioso ocorrido durante o século XVI. As grandes reformas, de início, não colocaram em risco a concepção de um direito fundado na vontade de Deus e, assim, válido para todos os homens, mas provocaram a quebra da unidade religiosa e, com isso, a certeza então existente acerca do conteúdo único desses desígnios, certeza em todo caso produzível autoritariamente. Em um sistema em que a revelação divina determinava não apenas a salvação pessoal, mas também toda a ordem pública, a discussão sobre qual ordem Deus havia desejado para a humanidade tornou-se objeto de disputas intensas e causa de guerras civis.

Nessa situação, um restabelecimento da paz social somente seria possível se alguma das vertentes religiosas conseguisse subjugar inteiramente as demais ou se uma instância neutra se erguesse acima de todos e lhes impingisse uma nova ordem secular independentemente da verdade em discussão. O poder monárquico, então nascente, reivindicou esse papel. No entanto, para superar a guerra civil confessional e, em seguida, adequar a ordem estabelecida às transformações por qual passava a sociedade, os titulares dos recém-criados Estados requisitaram o poder de legislar. O surgimento do Estado e a positivação do direito provocaram mudanças substanciais na relação de direito e política. O direito tornara-se factível (observável) e podia ser instituído como instrumento para fins políticos. Como consequência, inverteu-se a antiga relação de hierarquia: agora a política situava-se acima do direito e conferia-lhe conteúdo e validade.

Com essa nova ordem institucional, surgiu o problema da justiça. Até então a justiça estava baseada nos desígnios divinos e, por isso, incontestáveis. Agora, não mais

vinculado a dogmas preestabelecidos, o direito criado politicamente não trazia nenhuma garantia de justiça em si. Era preciso, pois, buscar novos alicerces para assentar o ideal de justiça das normas jurídicas e a partir daí evoluiu-se do jusnaturalismo teológico para outro de base racional.[169] Depois que a revelação divina deixou de servir a tal propósito, procurou-se o ponto de referência na natureza humana.[170] Logo, no instante legislativo, a política deveria estar vinculada ao sentimento de justiça pautado no direito natural. Contudo, uma vez positivado o direito, os princípios de justiça assumem uma posição suprapositiva.

E assim a relação de primazia da política em relação do direito se perpetrou por séculos, até o declínio do Estado monárquico absolutista. Nesse momento, a burguesia (com os grupos avessos aos privilégios da nobreza e do clero) enxergava o direito como uma forma de garantir igual liberdade individual (a todos). Isso, todavia, não significava o retorno a um direito preestabelecido e imutável. A pretendida limitação da disposição política sobre o direito só podia ser alcançada por meio do próprio direito. Esse direito poderia ser superior ao direito estabelecido, mas não ser válido como suprapositivo. A solução para o problema foi oferecida pela Constituição. Diferentemente do direito natural, a Constituição é direito positivo. É certo que a política manteve sua competência de prescrever o direito, mas não gozava mais da liberdade dos monarcas absolutistas e tornou-se, ela própria, destinatária das condições legais criadas. Ao mesmo tempo, a divisão da ordem jurídica entre Direito Constitucional e direito escrito desobrigou a política de uma permanente busca de fundamento para legitimar-se, o que reduziria, em muito, sua capacidade de decisão. Como componente do direito positivo, que se baseia em uma decisão política, a Constituição facilita, para aqueles subordinados ao processo legislativo, a aceitação das decisões tomadas contra seu protesto.

---

[169] O fundamento do direito natural é distinto para cada uma das principais escolas que defendem a sua existência. Em comum a todas elas, os autores atribuem as seguintes características ao direito natural: a) seus princípios são válidos para todo tempo e lugar; b) estes princípios encontram seu fundamento em algo superior ao homem, de modo que os homens não podiam alterá-los, ainda que se predispusessem; c) em consequência os princípios e a essência do direito natural não estariam sujeitos às vicissitudes da história (*cf.*: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 2006. p. 17).

[170] A escola clássica pretende deduzir racionalmente o direito natural a partir de um objeto metafísico: a natureza humana. Isso implicava duas premissas filosóficas: a primeira é a confiança na validade ilimitada do conhecimento dedutivo (racionalismo); a segunda, a atribuição de cognoscibilidade e imutabilidade à natureza humana, o que induzia, até certo ponto, colocar este objeto metafísico no mesmo plano da natureza física. Assim como a escola teológica falhou na tentativa de fundamentar o direito natural na inteligência ou vontade divina – entes metafísicos – também a escola clássica fracassou em seu intento de derivar dedutivamente o direito natural dessa outra entidade metafísica: a natureza humana. (cf.: AFTALIÓN, Enrique et al. *Introducción al derecho* cit., p. 213-214).

De outra banda, a Constituição não pode promover uma completa "juridicização" da política. A política totalmente envolta de regras jurídicas estaria, no limite, despida do seu caráter político e, por fim, reduzida à administração.[171] Se for função da política adaptar a ordem social às exigências cambiantes, ela não pode ter o seu espaço de atuação totalmente delimitado pela Constituição. A política como produtora do direito positivo transcende necessariamente este. Com efeito, a Constituição não elimina a política, reforça DIETER GRIMM, apenas lhe coloca uma moldura. As Constituições podem estabelecer parâmetros para decisões políticas, mas não lhes é dada a tarefa de normatizar antecipadamente a matéria-prima para o processo decisório. Ora, opiniões, crenças e interesses são todos elementos que precedem o itinerário traçado pela Constituição, e não podem ser por ela determinados.

4.6 A pretensa separação entre direito e política na aplicação do direito

No nível da aplicação do direito, a separação entre direito e política foi profundamente recusada pelo Estado monárquico absolutista. Além de interpretar as leis por ele criadas, o monarca podia avocar todo o processo de aplicação do direito e também tomar decisões individuais com base na sua compreensão da norma. Isso significava que o poder legiferante, a execução da lei e a jurisdição se concentravam na mão de uma só pessoa. Nessas circunstâncias, não é demais dizer que a confiança social e a segurança jurídica saíam prejudicadas. Ora, enquanto a atuação do poder público fosse marcada pela imprevisibilidade, não era possível aos cidadãos antecipar, com segurança, as condutas que estariam de acordo ou não com o direito. E essa confiança só estaria assegurada com a autovinculação do Estado ao direito por ele criado e a independência da jurisdição.

Como se vê, a separação entre o direito e a política não é algo inerente ao processo de aplicação do direito, diferente do que ocorre com a criação do direito, quando a ligação de ambos é imposta por necessidades reais. Pode-se falar que a separação entre o direito e a política é uma evolução institucional. A ideia subjacente é, portanto, que a política, embora programe a interpretação do direito por meio da promulgação de normas gerais, não participe da aplicação dessas normas. Se uma lei for deliberada politicamente e entrar em vigor, ela se torna independente de sua origem política e ganha uma existência

[171] GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10.

autônoma. Embora a política continue a dispor de sua existência, afinal ela pode revogá-la ou modificá-la, sua aplicação foge a seu controle enquanto a política deixar que ela exista.

No Direito Constitucional, a separação entre direito e política se expressa no princípio da independência do juiz, isto é, busca-se proteger os órgãos da jurisdição, em sua atividade aplicadora, diante de qualquer influência por parte da política, particularmente por parte dos órgãos públicos decisórios e dos partidos políticos neles atuantes. A única via legítima de se controlar o produto da atividade jurisdicional consiste na edição de normas gerais que devem ser utilizadas pelos juízes e das quais estes não podem dispensar. Caso a aplicação das normas pelos tribunais conduza a resultados indesejados politicamente, a sua correção passa por reformas legislativas, mas não por influências políticas externas sobre a aplicação do direito.

A separação entre direito e política, no instante da aplicação do direito, não significa que o procedimento de interpretação do direito seja internamente apolítico, ou seja, não deixa espaço para nenhum tipo de decisão constitutiva ou não possa desenvolver nenhum efeito político que ultrapasse as consequências políticas (esperadas) das normas gerais. Fala-se isso porque a pretensa despolitização interna da aplicação do direito tomaria por base a noção de que as normas jurídicas criadas pelo legislador bastariam em si. Uma ordem jurídica que quisesse satisfazer essa condição deveria ser livre de lacunas e de contradições, inequívoca na linguagem e independente de mudança social. Isso não ocorre na realidade. As normas gerais são capazes, em maior ou menor medida, de apresentar a solução para uma determinada situação. Inexiste norma jurídica, cuja aplicação não suscite, em algum momento, dúvidas que precisem ser elucidadas pelo juiz por intermédio de concretização e interpretação. Para tanto, são inevitáveis influências da pré-compreensão e das preferências políticas e ideológicas dos juízes.

Em todo processo de interpretação do direito, elementos cognitivos e volitivos adquirem uma relação praticamente indissolúvel. É verdade que as influências subjetivas ficam delimitadas pelo método jurídico. Todavia, como discutido anteriormente, não existe um único elemento interpretativo aplicável a todas as hipóteses. Ao contrário, há a concorrência de diferentes ideias metodológicas, de modo que a escolha por uma delas já pressupõe uma decisão ou, no mínimo, uma pré-compreensão do intérprete acerca do conteúdo das normas. Com efeito, o conteúdo político da aplicação do direito é de todo inevitável. De qualquer modo, é sempre oportuno ressaltar que a função interpretativa não se confunde com a atividade política, pois a aplicação do direito toma decisões dentro de um âmbito normativamente delimitado. Por não perseguir objetivos políticos próprios, a

interpretação do direito oferece uma garantia maior de imparcialidade, à medida que não precisa, em tese, se conformar à aceitabilidade da opinião pública pelas decisões tomadas.

As Cortes Constitucionais assumem uma posição especial diante de tudo isso. Embora integrantes do Poder Judiciário e, por isso, protegidas da influência política, as Cortes, no exercício da jurisdição constitucional, se encontram muito mais perto da política do que os demais órgãos jurisdicionais. As causas já foram aqui reveladas, mas não custa repeti-las: o caráter abstrato das normas constitucionais, a exigir margens maiores de interpretação e processos de concretização mais abertos, além da sua alta necessidade de consenso, sem falar na rigidez formal da alterabilidade. Nessas circunstâncias, a jurisdição constitucional opera na interface entre a legislação e a aplicação do direito, na fronteira entre o direito e a política. Aí reside um perigo latente nada desprezível de decisões políticas com uma aparente forma de justiça.

A separação entre o direito e a política, no momento da aplicação do direito, é um consectário do princípio da separação dos Poderes. Dispõem da competência legislativa apenas o Parlamento e, em hipóteses excepcionais,[172] o Chefe do Executivo. Diversamente, os órgãos jurisdicionais não estão autorizados a exercer a função legislativa, podendo apenas decidir por meio de critérios preestabelecidos.[173] O respeito a esses limites institucionais, ou seja, a completa observância do princípio da separação dos Poderes, pressupõe o fato de a política fornecer, por intermédio daquele Poder incumbido da competência legislativa, parâmetros decisórios à aplicação do direito, por meio dos quais possam ser decididos conflitos concretos.

O respeito a esses limites depende tanto dos órgãos legislativos, que devem se manter afastados do processo de concretização do direito, quanto dos órgãos aplicadores, a quem não é dada a prerrogativa de definir de per si as regras decisórias. No entanto, caso elas faltem, o juiz não pode socorrer-se do *non liquet*,[174] ou seja, deixar de pronunciar-se

---

[172] Excepcionalmente, quando presentes os requisitos da relevância e da urgência, o Presidente da República pode editar medidas provisórias, atos normativos com força de lei (artigo 62, *caput*, da Constituição Federal).

[173] Apartam-se as concepções de função legislativa e função normativa. A função legislativa é, como dito, exercida preponderantemente pelo Parlamento, ao passo que o Executivo a desempenha de forma excepcional. Já a função normativa é algo inerente a todos os Poderes, no exercício do poder normativo, ou seja, de editar normas para bem regular os seus serviços.

[174] A proibição do *non liquet* ou a obrigatoriedade de decidir é (ao lado da inegabilidade dos pontos de partida) uma das características do direito dogmático moderno. Na antiguidade, essa regra não era seguida. Conta o *Livro dos Reis* que, julgando um caso de duas mulheres que reclamavam a maternidade da mesma criança, Salomão, por falta de prova conclusiva, decide por separar o objeto controverso, ou seja, manda dividir a criança ao meio. Um juiz contemporâneo não poderia pronunciar-se, em sentido semelhante, pela destruição da coisa. O direito dogmatizou-se. Ao tempo de Salomão, o Estado podia dizer o *non liquet*; hoje, o Estado arvora-se o monopólio da jurisdição e a competência para decidir tudo o que é juridicamente relevante (ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica:* para uma teoria da dogmática jurídica cit., p. 210).

diante de um caso concreto. Assim, no dever de apontar uma solução, os órgãos aplicadores do direito devem extrair critérios de decisão a partir do material jurídico existente.

Disso sofre a separação entre direito e política, à medida que os órgãos de aplicação do direito transformam-se em criadores das regras decisórias. A tarefa política da decisão programadora passa para instâncias que devem tomar decisões programadas e que somente para tanto estão legitimadas e aparelhadas. Onde faltem critérios legais, a jurisdição, para cumprir sua missão, não terá como se valer de critérios preestabelecidos, mas imporá suas próprias noções de exatidão. Nessa perspectiva, a decisão política migra para um Poder que não pode ser responsabilizado politicamente, uma vez que se encontra protegido das intempéries políticas. No nível da aplicação do direito, portanto, paira a ameaça de uma nova mistura das esferas funcionais do direito e da política, para a qual ainda não são visíveis soluções convincentes nos dias de hoje.

4.7 Instrumentos de proteção do Judiciário e do direito em relação à política

Nos tópicos anteriores, procurou-se demonstrar que as relações entre direito e política assumem posturas diferentes quando analisadas sob as perspectivas da criação e da aplicação do direito. No plano da sua criação, o direito é resultado da vontade das maiorias, troféu das muitas batalhas disputadas na arena política. Em um Estado de Direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político. Não há, assim, no momento da criação do direito, como apartá-lo da política. Quando se fala em aplicação do direito, todavia, a situação muda de figura. Não se desconhece a participação da política nesse momento, sobretudo diante da queda dos mitos da neutralidade científica do direito, da sua completude e da interpretação judicial como um mecanismo autômato, baseado em valorações estritamente técnicas. Não obstante isso, é preciso resguardar o direito dos influxos políticos indesejados e, nesse propósito, despontam alguns instrumentos hábeis para tanto.

No afã de proteger a atuação judicial da influência imprópria da política, a doutrina sempre se valeu de dois importantes mecanismos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo e a vinculação dos juízes ao direito posto nas Constituições e nas leis.

A independência do Judiciário é um dos dogmas das democracias contemporâneas. Todas as nações que assistiram aos desmandos dos regimes totalitários adotaram, como

medida para reconstrução do Estado de Direito, a organização de um Judiciário protegido de pressões políticas e que possa interpretar e aplicar a lei com isenção. A independência judicial, como tal, apresenta duas características bem nítidas: a instrumentalidade e a necessidade.[175]

Em seu aspecto *instrumental*, a independência do juiz não é um fim em si mesmo. Ela cria, na verdade, um cenário favorável à concretização do direito, à medida que proporciona ao juiz as condições para a estrita observância da Constituição e da lei. Longe de configurar um privilégio, a independência surge como um atributo irrenunciável, próprio do julgador, de modo a possibilitar a produção de normas (de decisão) próprias do chamado "direito vivente".[176] A independência judicial somente se justifica na medida exata para bem cumprir o direito.

A independência judicial figura também como elemento *necessário* de toda a construção teórica relativa à legitimidade do Poder Judiciário. Embora muito se discuta sobre as suas consequências práticas, pouco se fala da sua função lógica dentro do processo de produção de normas jurídicas. Não é desconhecido que o suporte de legitimidade dos juízes é diverso dos legisladores. Para os últimos, o critério é o da participação democrática (*legitimação pela investidura*), garantida por meio do voto, ao passo que a função jurisdicional se legitima pelo critério da legalidade (*legitimação pelo procedimento*). A vinculação do juiz à Constituição e às leis assegura a sua legitimidade, ao mesmo tempo em que o torna independente em face de todo elemento estranho que, sob qualquer pretexto, venha a ele interpor-se.

Precisa é a observação de DIETER GRIMM[177] para quem a "a garantia constitucional de independência judicial protege os juízes da política, mas não o sistema constitucional e

---

[175] ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função*: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do poder judiciário. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 167-168.

[176] A expressão "direito vivente" é utilizada por ALESSANDRO PIZZORUSSO em contraposição ao "direito teórico" e revela a distinção entre o momento da criação do direito da sua posterior aplicação. O que o autor quer dizer é que um ordenamento jurídico pode ser decomposto em duas vertentes normativas: a da criação e a da aplicação de normas. A primeira representa o "direito teórico" e corresponderia à fase de elaboração das regras destinadas a regular as situações de fato que, em abstrato, apareçam como relevantes para o legislador. A segunda etapa, chamada de "direito vivente", teria início a partir da aplicação das regras mesmas aos casos concretos que se apresentam na vida real (PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. v. 2, p. 151).

[177] GRIMM, Dieter. Constitutions, constitutional courts and constitutional interpretation at the interface of law and politics. In: IANCU, Bogdan (Ed.). *The law/politics distinction in contemporary public law adjudication*. Utrecht: Eleven, 2009. p. 26.

a sociedade de juízes que, por razões distintas da pressão política direta, estão dispostos a desobedecer ou distorcer a lei".[178]

O mundo do direito tem seus contornos demarcados pela Constituição e seus passos determinados pelas leis. Nesse cenário, os juízes não inventam o direito do nada. Seu papel é aplicar as normas positivadas pelos legisladores constituinte e ordinário. Ainda quando desempenham um papel criativo, os juízes deverão fazê-lo dentro dos limites impostos pelo ordenamento, o que não inclui escolhas livres e arbitrárias. E, assim, os juízes permanecem vinculados ao direito posto.

A vinculação ao direito e à independência judicial são, na verdade, lados de uma mesma moeda. Um não existe sem o outro. Deixar de decidir segundo os critérios jurídicos coloca em jogo a legitimidade (de procedimento) do juiz e, com isso, põe em risco a sua própria independência funcional. É por isso que SIMON DIETER refletia que "não há nada que ponha mais em perigo a independência do juiz do que a insegurança de não saber a que está vinculado".[179]

4.8 Caracteres políticos da norma constitucional

Embora não se desconheça (nem se negue) a relação que o direito mantém com a política, tanto no momento da sua criação quanto no instante em que aplicadas as normas

[178] DALMO DE ABREU DALLARI oferece um exemplo revelador dessa situação. De forma a não incorrer em equívocos no relato, pede-se vênia para reproduzir, na totalidade, a situação: "alguns juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores não conseguem esconder sua preferência até mesmo em decisões judiciais. Assim aconteceu em São Paulo no ano de 1991. O Procurador-Geral de Justiça apresentou denúncia contra a Prefeita Municipal, em março desse ano, alegando a prática de ato que configuraria ilícito penal. O processo foi distribuído a um desembargador, que durante meses não proferiu o despacho que lhe competia. O que lhe cabia fazer era rejeitar desde logo a denúncia por falta de fundamento legal ou, ao contrário disso, encaminhar o processo ao colegiado competente, propondo a aceitação da denúncia. Mas o desembargador em questão não fez uma coisa nem outra, preferindo guardar o processo em sua gaveta para usá-lo em ocasião oportuna. A falta de um órgão controlador dava essa possibilidade. Alguns meses depois, às vésperas das eleições para escolha do sucessor da prefeita, o desembargador proferiu despacho, exorbitando de sua competência e acolhendo a denúncia, que só poderia ter sido feito pelo colegiado. Além de acolher a denúncia irregularmente, aquele desembargador, que pouco depois seria eleito presidente do Tribunal de Justiça do Estado, imediatamente distribui cópia de seu despacho a um dos candidatos à Prefeitura, o qual, como era previsível, utilizou-o amplamente em sua propaganda eleitoral. Isso tudo enquanto, conforme registro informatizado, os autos do processo se encontravam em mãos do desembargador, só tendo ocorrido a devolução ao cartório depois daquela utilização político-eleitoral. Esse fato foi imediatamente levado ao conhecimento do então presidente do Tribunal de Justiça, que considerou inútil qualquer iniciativa visando a apuração dos fatos, pois se tratava de um desembargador e, com toda a probidade, não chegaria a resultado prático qualquer tentativa de apurar responsabilidades. Tempos depois, quando aquele desembargador já era presidente do Tribunal de Justiça e o então candidato era o Prefeito de São Paulo, este prestou estranhíssima homenagem, dando o nome de 'Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo' a uma passagem subterrânea aberta sob uma avenida, localizada quase dez quilômetros longe do edifício do Tribunal. Houve festa de inauguração e o Presidente do Tribunal de Justiça desfiou em carro aberto, ao lado do Prefeito" (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 90-91).

[179] SIMON, Dieter. *La independencia del juez*. Trad. Carlos Ximenez Carrillo. Barcelona: Ariel, 1985. p. 82.

jurídicas, não se pode afirmar categoricamente, como faz CALAMANDREI, que "diritto e politica sono spesso uma sola cosa".[180] A influência que a política exerce sobre o direito toma maior proporção quando o ponto de vista do expectador jurídico é o constitucional. E isso porque a Constituição, como conjunto das decisões políticas fundamentais sobre o modo e forma de existência da unidade política de um Estado (SCHMITT),[181] juridifica os motivos políticos e ideológicos mais destacados da vida em sociedade.

Conforme asseveramos, a atividade interpretativa não se presta a reduções mecanicistas que ocultem a sua natureza, em parte valorativa. Nesse ponto, a orientação gerada pelo trabalho hermenêutico deverá, em todo caso, respeitar os mínimos impostos pelo espírito da Constituição. Concorre à formação desse espírito uma pluralidade de componentes ideológicos e políticos, surgidos pré-constitucionalmente na sociedade. A positivação desses vários elementos é produto do jogo político desempenhado pelos grupos de poder ascendentes no momento de elaboração da Constituição. O espírito da Constituição é, portanto, preenchido com esses elementos, cuja diferença essencial com o conteúdo da agenda política de um segmento da sociedade é a forma de introdução das normas e a generalidade assumidas por elas, uma vez que não representam nem devem representar opinião política de um determinado setor da sociedade, mas as aspirações da maioria dos cidadãos representados pelas forças políticas dominantes, que assim o são por contar com o apoio popular.

É preciso ter em mente a fim de não cair em conclusões equivocadas a diferença entre a politicidade, entendida no sentido exposto até então, e fatores políticos conjunturais e partidários, como advertimos outrora.

De modo a incorporar os motivos políticos e ideológicos no texto fundamental, o constituinte se vale, em maior medida, do recurso aos princípios. Por meio deles o legislador define os conteúdos de algumas disposições constitucionais.

O passo seguinte é saber como os Tribunais têm usado efetivamente esse elemento político na atividade hermenêutica que desenvolvem. "O juiz está precisamente obrigado a relacionar a norma com a realidade política", diz LUCAS VERDÚ.[182] Sua apreciação não é, então, gratuita, mas vinculada. Resta saber qual realidade política fora eleita pelo juiz por meio dos princípios políticos normatizados, que atuam como fatores interpretativos não

---

[180] CALAMANDREI, Piero. Corte Costituzionale e autoritá giudiziaria. *Rivista de Diritto Processuale*, p. 7, 1956 apud USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 115.
[181] SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1983. p. 45-47.
[182] LUCAS VERDÚ, Pablo. Política y Justicia constitucionales, consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional. *El Tribunal Constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981, v. II, p. 1483 apud USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 117.

passíveis de omissão pelo operador da interpretação. Manter os olhos sobre esses princípios significa observar e incorporar a realidade política. A Carta Magna assegura, desse modo, a conexão entre seus mandatos e a realidade político-social a ela subjacente.

A ideia de politicidade que se tem tentado explicar ganha maiores proporções na intepretação das Constituições modernas. Por isso, o Tribunal Constitucional torna-se órgão, em parte, político. Nessa hora, importantes publicistas, entre eles KELSEN, têm se preocupado com a questão, sobretudo com o peso dessas influências políticas na jurisprudência do órgão de Justiça Constitucional. Esses autores consideram tais elementos de natureza completamente extrajurídica, sem que sua inclusão no texto fundamental produza uma juridicidade substancial. O processo de incorporação dos motivos políticos significa, para essa corrente da doutrina, tornar-se de caráter constitucional, mas apenas formalmente; materialmente não passariam de caracteres metajurídicos. Negam-se a incluir entre as categorias jurídicas os conteúdos políticos das Constituições e reconhecem a dificuldade de evitar a sua apreciação pelo juiz constitucional, considerando danosa e perigosa para a segurança jurídica.

A força dos fatos, refletida no cotidiano dos Tribunais Constitucionais, esteriliza a polêmica trazida à colação, diz USERA.[183] A seu ver, é mais apropriado deslocar a discussão para saber como o magistrado tem de proceder diante da inevitável apreciação política que se opera enquanto interpreta. Em outras palavras, cabe perquirir a margem dessa apreciação para garantir a desejada segurança jurídica.

4.9 Politicidade do objeto da interpretação constitucional

As normas constitucionais caracterizam-se pela maior carga de politização se comparadas com as demais categorias de normas. Isso quer dizer que os elementos políticos se infiltram entre as próprias normas adjetivando seu conteúdo. Se essa integração é mais ou menos forte nos diferentes ramos do direito, na esfera constitucional revela-se em toda a sua plenitude, já que inunda a Carta inteira. Com efeito, podemos estabelecer, por princípio, que quanto maior politicidade contém uma norma jurídica, mais privilegiada será sua posição dentro da pirâmide de hierarquia normativa, isto é, integrar a Constituição política significa, em último caso, para as normas, tornarem-se supremas.

---

[183] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 119.

A importância de uma norma jurídica e, em definitivo, sua intrínseca politicidade dependem da distância que a separa das relações de poder. Se a distância é grande, a norma revestirá, geralmente, um caráter aproblemático e principalmente técnico; se, pelo contrário, uma norma qualquer se coloca na proximidade do poder ou regula as relações deste, a importância do preceito situar-se-á no ponto mais alto da escala normativa. A Constituição dedica-se justamente a reunir juridicamente as relações de poder e é nestas que se localiza a sua transcendência jurídico-política. Quanto maior a politicidade da matéria regulada por uma disposição, tanto maior será consequentemente a carga de politicidade dos conflitos que, com base na sua intepretação e aplicação, podem surgir. Daí deduzir facilmente que, em grande medida, os litígios e questões suscitados pela aplicação das disposições constitucionais revestem-se de natureza política. Segundo o exposto, também os casos podem chegar a converter-se em verdadeiros problemas de poder. Pergunta-se, então, sobre a natureza da decisão dos órgãos de Justiça Constitucional. A natureza dessas decisões é própria do conflito, política, ou, não obstante o seu objeto, é plenamente jurídica? Alguns respondem afirmativamente a essa indagação. LOEWENSTEIN,[184] em sua crítica à Justiça Constitucional, considera as sentenças judiciais como verdadeiras decisões políticas judicializadas por meio de instrumentos jurídicos, mas com natureza basicamente política. Segundo os partidários dessa tese, a resolução dos conflitos políticos se efetuaria de acordo com critérios formalmente jurídicos e seu resultado se valeria de um veículo de expressão judicial. De outro lado, GARCÍA DE ENTERRIA,[185] embora reconheça a natureza política dos conflitos levados à decisão do Tribunal Constitucional, admite que a resolução deles se opera por critérios e métodos jurídicos, e isso não só formalmente, mas também materialmente. Aqui reside justamente a problemática da interpretação constitucional.

Sustenta USERA que os problemas políticos se juridificam a partir do momento em que se referem a normas de conteúdo jurídico como aquelas contidas na Constituição. O paradoxo interpretativo, que se revela em um tratamento jurídico de um problema político, deve resolver-se em uma das duas formas possíveis: ou a argumentação deveria ser exclusivamente política, com o que se distorceria a própria previsão legislativa sobre o procedimento judicial-constitucional, ou, então, mantendo a necessária natureza jurídica da interpretação, se revisava a consideração política do conflito em questão e se conferia

[184] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo G. Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 321-322.
[185] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 190-191.

também um caráter jurídico. É o que diz WRÓBLEWSKY:[186] "transformar problemas jurídicos em políticos" ou, o contrário, "[...] transformar os problemas políticos em problemas jurídicos". Repetindo o que expusera algumas linhas anteriores, USERA considera mais acertada a segunda hipótese e isso por várias razões, a saber: primeiro, desse modo se preserva a juridicidade essencial do fenômeno interpretativo constitucional; segundo, a hermenêutica jurídica funciona de acordo com as disposições legislativas previstas na Constituição; e, terceiro, a politicidade, considerada, como se tem dito, peça-chave dessa interpretação, conserva sua própria natureza e se integra como fator essencial, juridificando-se. Entretanto, nesse (con)curso, tal politicidade não determina a natureza do objeto nem da ação da tarefa hermenêutica. Defender, portanto, a politicidade *lato sensu* de ambas não compromete a consideração jurídica do fenômeno interpretativo.

4.10 Ascensão do Poder Judiciário e judicialização da política

Nos últimos tempos, o Judiciário, notadamente as Cortes Constitucionais, assumiu posição de destaque na realidade institucional de vários países e passou a ocupar uma posição privilegiada no espaço político. Esse diagnóstico coincide com a passagem do *estado legislativo de direito* para o *estado constitucional de direito*;[187] ou melhor, na transposição do modelo em que o princípio da legalidade funcionava como critério exclusivo de legitimidade e validez ao direito para um sistema de normas submetidas a uma Constituição rígida, hierarquicamente supraordenada, cujo papel não é só determinar a forma de produção das outras normas, mas também o seu conteúdo.

A expansão da autoridade judicial começou a ser percebida, no início do século passado, pelos realistas norte-americanos, a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte, o que se convencionou chamar de *governo dos juízes.*[188] Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador. Esse modelo não fora, desde logo, importado pela Europa, que somente assistiu à proeminência dos Tribunais a partir da Segunda Guerra Mundial, em especial na Alemanha e na Itália. Resultado de uma forte desconfiança na democracia de massas e como resposta ao nazismo e ao fascismo, as Constituições passaram a conferir aos Tribunais um conjunto de novos

---

[186] WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* cit., p. 109.
[187] FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofia Política,* n. 17, p. 31-45, 2001.
[188] Cf.: SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*: constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 35-36 e 130.

poderes, quebrando, de certa forma, com a antiga tradição rousseaniana de soberania popular. Com essa nova lógica, foram elaboradas as Constituições italiana de 1947, alemã de 1949, portuguesa de 1976, espanhola de 1978, e, fora do continente europeu, a brasileira de 1988 e a colombiana de 1991. Um dos elementos marcantes dessas Cartas foi a institucionalização da jurisdição constitucional, voltada a assegurar as garantias individuais e permitir a passagem do *estado legislativo* para o *estado constitucional*. Nessa mudança de paradigma, os juízes deixaram a função exclusiva de "legisladores negativos", na concepção de KELSEN, para assumir um papel de proatividade das garantias asseguradas na Constituição. Essa transferência de poder político para os juízes e tribunais está diretamente associada a certas causas.

A primeira delas relaciona-se com o *modelo de Estado intervencionista*. Com o advento do *welfare state,* os órgãos estatais passaram a assumir funções que antes não lhes eram próprias. O Estado social-democrático, em oposição ao Estado absenteísta do liberalismo, é um Estado atuante, que a tudo provê e que em tudo intervém.[189] Essa ingerência estatal verifica-se, notadamente, por meio das funções de governo, legislativa e administrativa.[190] O Poder Judiciário, por sua vez, não ficou inerte diante do crescimento do Executivo e do fenômeno da inflação legislativa. Passou a ser reconhecido como protetor dos direitos individuais contra avanços do Estado em "domínios alheios", revelando, em certos momentos, papéis políticos estranhos à concepção doutrinária clássica. Atento a esse fenômeno, CAPPELLETTI[191] arremata: "a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso [...], num sistema democrático de 'checks and balances', à paralela expansão dos 'ramos políticos' do estado moderno".

Em paralelo ao controle dos atos administrativos, desponta a segunda causa do fortalecimento da autoridade judicial: o *desenvolvimento de um controle de constitucionalidade das leis*. Nascido do célebre caso *Marbury vs. Madison*, o controle somente passou a ter maior relevância com o vertiginoso aumento do número de leis e atos com força de lei. A autoridade de controlar a atividade dos demais Poderes confere ao Judiciário uma preeminência, tendo em vista o seu papel de dar a última palavra nos

---

[189] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos cit., p. 270.

[190] Enquanto, nos países de origem anglo-saxônica, o controle dos atos do Poder Executivo foi atribuído preferencialmente aos tribunais ordinários, as nações da Europa continental criaram organismos especiais para decidir essas questões – as chamadas jurisdições administrativas. Os tribunais administrativos gozavam da mesma independência dos órgãos judiciais e, em países como a França, estendeu o seu campo de ingerência a alcançar um amplo controle do aparato estatal. Cf.: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución* cit., p. 305.

[191] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* cit., p. 19.

assuntos constitucionais. Segundo KARL LOEWENSTEIN,[192] "o controle de constitucionalidade é, essencialmente, controle político e, quando se impõe frente aos outros detentores do poder, é, na realidade, uma decisão política". Não é difícil entender tal premissa. Se a decisão pela inconstitucionalidade tem o condão de anular a lei, o controle judicial nada mais faz do que ocupar o lugar da decisão daquele que detinha o poder político. Assim, se o controle exercido pelos tribunais se aplica a decisões políticas, consequentemente adquire um caráter político. Por isso, continua o autor, no momento em que os tribunais "proclamam e exercem seu direito de controle, deixam de ser meros órgãos encarregados de executar a decisão política e se convertem por direito próprio num detentor de poder semelhante, quando não superior, aos outros detentores do poder instituídos". Cada vez mais as Cortes Supremas assumem o papel de árbitro do processo político, ao decidirem conflitos constitucionais os mais diversos, sempre se valendo da função de último intérprete da Constituição.

Detecta-se, ainda, nítido *desencanto com a política majoritária*. Em função da crise de representatividade e de funcionalidade do Poder Legislativo, recorre-se ao Judiciário como guardião último dos ideais democráticos. As Constituições contemporâneas têm, em sua maioria, a pretensão de regular todos os aspectos da vida civil, tornando-se, por vezes, obsessivamente amplas e ambiciosas. Soma-se a isso a incapacidade dos representantes eleitos de atender à produção normativa necessária a cumprir os objetivos constitucionais traçados. Essa situação, antes de solucionar o problema, contribui para agravá-lo ainda mais. Ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o Judiciário dá um passo em direção à sua ruína.

Além disso, os atores políticos contribuem ainda mais para essa crise de representatividade cumulada com o fortalecimento da autoridade judicial, quando, ciosos do ônus que determinadas posições podem influir no seu colégio eleitoral, transferem para o Judiciário as decisões em que há desacordos morais razoáveis e dificuldades de alcançar consensos. É o caso de assuntos relacionados ao direito das minorias, como a união homoafetiva e as cotas raciais.

OSCAR VILHENA[193] ainda aponta outro fator pouco discutido na doutrina: a *expansão do sistema de mercado*, no plano global. Na visão dos investidores, os tribunais constituiriam uma instituição mais confiável para garantir a segurança jurídica e

[192] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución* cit., p. 309.
[193] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 442, jul.-dez. 2006.

estabilidade dos negócios, se comparados com os legisladores democráticos, cuja previsibilidade encontra-se premida pelas demandas populistas a que dão azo.

Todas essas causas impulsionam o Poder Judiciário a assumir uma posição protagonista diante dos demais Poderes. A ascensão dos Tribunais veio acompanhada do fenômeno conhecido na doutrina como *judicialização da política e das relações sociais*, a revelar que o Poder Judiciário tem figurado como última instância para a decisão de assuntos relevantes do ponto de vista político, social ou moral, em prejuízo das instâncias político-representativas, o Legislativo e o Executivo.

Quanto mais um Poder se destaca, mais vulnerável ele se torna a uma eventual politização. É o que diz LOURIVAL VILANOVA,[194] ao concluir que "o poder politiza-se justamente porque se faz preeminente, globalizador, com o fim de implantar uma ordem concreta [...]". Eleger o Tribunal Constitucional como árbitro supremo do processo de poder – e este é exatamente o cerne da "judicialização da política" – transformaria, adverte LOEWENSTEIN, o sistema governamental em um domínio dos juízes ou em uma "judiciocracia".[195] Nesse caso, torna-se ainda mais nebulosa a fronteira entre a jurisdição e a legislação, e os juízes, quando chamados a decidir, ficariam obrigados a substituir as decisões dos detentores do poder por seus juízos políticos, camuflados em forma de sentença judicial.

Segundo o diagnóstico de BARROSO,[196] a judicialização constitui um fato inexorável, uma circunstância decorrente do modelo institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Considerada a inafastabilidade da tutela jurisdicional, quando provocados, juízes e tribunais não têm a alternativa de se pronunciar ou não sobre a questão.

Estão, portanto, assentadas as causas para o *ativismo judicial*, discutido no capítulo precedente. Também fruto da ascensão do Poder Judiciário, o ativismo é, antes de mais nada, uma atitude, um modo de interpretar a Constituição, a partir de uma postura proativa, expandindo o seu alcance e sentido. Em magistral estudo sobre o tema, ELIVAL RAMOS[197] define o ativismo judicial como "o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário

---

[194] VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. *Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 38, n. 157, p. 66, jan.-mar. 1981.
[195] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución* cit., p. 325.
[196] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo cit., p. 442.
[197] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial* cit., p. 129.

fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas [...] e controvérsias jurídicas de natureza objetiva [...]".

5 A INTERPRETAÇÃO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1 Dilema sobre a superação (ou não) do positivismo jurídico

A concepção da moderna interpretação constitucional está relacionada à utilização de novas técnicas a extrair novas possibilidades linguísticas do texto da Constituição. Com isso, não se pretende abandonar o modelo *subsuntivo*[198] clássico nem os elementos tradicionais da hermenêutica (*gramatical*, *histórico*, *sistemático* e *teleológico*), mas preservá-los e, ao mesmo tempo, agregar novos expedientes na busca de sentido das normas constitucionais e na solução de casos concretos.

Não é de hoje que os intérpretes do direito perceberam que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – nem sempre trazem um sentido único e válido a todas as situações que estão a regular.[199] Se fosse assim, o papel do intérprete se limitaria a simplesmente revelar o conteúdo preexistente da norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. Não se desconhece, na atualidade, que as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que a tradição exegética lhe conferia. O texto da norma, como veremos, demarca apenas uma moldura dentro da qual se abrem diferentes possibilidades interpretativas.

Enquanto novas técnicas e personagens ganharam destaque nessa virada interpretativa, outros atores já não gozam da mesma primazia de antes. A norma jurídica é um deles. Antes a pedra de toque do mundo jurídico; hoje, sequer se pode falar na existência de norma antes que se dê sua interação com elementos do caso concreto.[200]

---

[198] Apregoa ELIVAL RAMOS que "a subsunção em si constitui uma operação lógica inerente a todo e qualquer procedimento de aplicação de normas jurídicas, com a nota de que pressupõe a fixação inicial de um sentido provisório para a proposição prescritiva que serve como premissa maior, já tendo em vista as aplicações concretas que a partir dela se anteveem, bem como um manejar subsequente dos dados fáticos (premissa menor), tanto em termos de comprovação de sua existência quanto em termos de seu enquadramento preliminar na classe de fatos descrita em abstrato tipo legal, concluindo-se com a elaboração da norma de decisão que encerra o procedimento subsuntivo" (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos cit., p. 65-66).

[199] Anota KELSEN que, "assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas" (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 390-391).

[200] A não identidade entre "norma" e "texto normativo" remete ao postulado básico da metódica "normativo-estruturante" de FRIEDRICH MÜLLER, que separa o "programa normativo" (correspondente ao comando jurídico) do "domínio normativo" (a realidade social), tal como abordado no Capítulo 1.

Essa mudança de perspectiva da interpretação constitucional não significou (ou não é produto), como parecem crer alguns estudiosos, a superação do positivismo como modelo de compreensão do fenômeno jurídico. Trata-se, a bem da verdade, da adequação do modelo dogmático à realidade atual e aos fenômenos recentes.

Historicamente, o positivismo jurídico pretendeu conferir ao estudo do direito uma objetividade científica, com características semelhantes às ciências ditas exatas e naturais. Partiu, então, da premissa de que o direito deve ser analisado como fato social, livre de qualquer influência valorativa a seu respeito. A ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica apartou o positivismo jurídico da moral e dos valores transcendentes. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao *conhecimento da realidade*, e não em juízos de valor, que representam uma *tomada de posição perante a realidade.*[201]

Aqueles que pregam a superação do positivismo jurídico baseiam suas críticas nessa postura científica do direito, supostamente blindado dos influxos valorativos.[202] É por isso que imputam ao positivismo a pecha de legitimador dos regimes totalitários europeus, que teriam despontado ao Poder dentro do quadro de legalidade vigente e promovido a barbárie em nome da Lei. O raciocínio é: um ordenamento jurídico que se mostra indiferente a valores éticos e que cultua a Lei como uma estrutura meramente formal é embalagem para qualquer produto, até aqueles teratológicos.

Nesse quesito, não parece haver uma relação de causalidade entre o positivismo jurídico e os regimes totalitários, não de forma imediata e necessária. Pensar assim significa, para DIMITRI DIMOULIS,[203] adotar uma *reductio ad Hitlerum*, isto é, acolher um argumento retórico, que age no plano emocional, ao trazer para essa corrente de pensamento toda a carga negativa que circunda a ideologia antissemitista. E o pior: sem haver uma justificativa razoável para tanto, já que o culto feito à Lei pelo positivismo (quando o faz) tem como pano de fundo um Estado de Direito liberal, incompatível, por sua natureza, com o Estado totalitário.

Ainda assim, ganha corpo, entre constitucionalistas brasileiros, a ideia de um novo paradigma jusfilosófico, capaz de barrar a pretensão de neutralidade do direito e devolver às normas o conteúdo material supostamente desprezado pelos positivistas. A essa corrente

---

[201] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito cit., p. 135-136.
[202] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história cit., p. 334-335.
[203] DIMITRI, Dimoulis. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 260.

de ideias, ainda difusas e até desconexas[204] entre si, convencionou-se chamar de pós-positivismo.

O pós-positivismo não tira a importância da Lei, mas tem como premissa a suposta reaproximação do direito com a moral – em busca da Justiça e de outros valores – e também o seu diálogo com a filosofia política – em busca da legitimidade democrática das decisões.

Não se pretende aqui traçar os pormenores dessa corrente de pensamento. Sustenta-se que a moderna intepretação constitucional não precisa estar fundamentada na quebra de um paradigma jusfilosófico, no caso a derrocada do positivismo jurídico, mas tem relação com a evolução do próprio método proposto pelo positivismo.

A essa altura, é conveniente desfazer um dos equívocos relacionados ao modo como o positivismo jurídico encara a relação entre o direito e a moral. Não se pode pregar, de forma peremptória, o absoluto hermetismo do positivista aos elementos valorativos. Se esse era um dos intentos da objetividade científica, pode-se afirmar que o objetivo não foi plenamente atingido. Essa é a posição defendida, com maestria, por ELIVAL RAMOS[205] para quem a "objetividade metodológica [*do positivismo jurídico*] não importa necessariamente, na aceitação passiva do direito posto (legislado ou costumeiro), pela completa desconsideração dos juízos de valor nele encarnados". A justificar sua posição, o autor reconhece que "para o positivismo, o direito positivo é dotado de objetividade direta, que decorre da formalização de seus mandamentos em textos dotados de existência comprovável",[206] mas isso não significa que os valores morais "não tenham objetividade indireta", a ganhar ainda mais relevância no momento da interpretação e da aplicação do direito.[207]

---

[204] O caráter disperso das formulações que orbitam o conceito de pós-positivismo foi reconhecido por um dos seus (mais árduos) defensores, LUÍS ROBERTO BARROSO, quando afirmou que "o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional* e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana" (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história cit., p. 226). Em sentido convergente, destacaram CLÁUDIO SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO que, "no âmbito do paradigma pós-positivista, existem diferenças internas bastante consistentes. Há, por exemplo, visões mais ou menos liberais nos campos político ou econômico; posições mais ou menos favoráveis ao protagonismo do Poder Judiciário na arena constitucional" (*Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho cit., p. 201).

[205] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos cit., p. 36.

[206] Idem, p. 62-63.

[207] Nesse ponto, o argumento de ELIVAL DA SILVA RAMOS está fundamentado na doutrina de HART, que bem tratou da influência da moral sobre o direito, na órbita positivista, quando anotou que "o direito de cada Estado moderno mostra em inúmeros pontos a influência tanto da moralidade social aceita quanto dos mais amplos ideais morais. Essas influências ingressam no direito abruptamente e declaradamente por meio da legislação ou silenciosamente e aos poucos por meio da jurisprudência" (HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1961. p. 199 apud RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*:

Normalmente, os autoproclamados vanguardistas do novo modelo de pensar o estudo do direito costumam enquadrar o modelo positivista de interpretação no chamado método subsuntivo. Esse é o método tradicional de aplicação do direito pelo qual se procede a um raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor e a conclusão será a consequência do enquadramento dos fatos às normas.

Há quem diga que a subsunção em si constitui uma operação lógica que só vem amparar as normas jurídicas identificadas como regras. Regras são normas que especificam a conduta a ser perseguida pelos seus destinatários e não costumam deixar margens de livre apreciação ao intérprete. Por exemplo: somente podem candidatar-se para vereador cidadãos a partir dos dezoito anos. Logo, se o serventuário da Justiça Eleitoral receber o pedido de candidatura de alguém menor de idade, não há dúvida de que a solicitação não será atendida. A norma aplica-se aí mecanicamente, sem precisar divagar sobre as suas possibilidades linguísticas. Por outro lado, em relação às normas de princípio, alguns entendem que esse método de pura revelação não lhes serve.

O que se tem a dizer é que a subsunção é um tipo de operação aplicável a todo tipo de norma jurídica, seja ela regra ou princípio. A questão é em que medida a subsunção do fato ao texto normativo será suficiente para se alcançar a norma de decisão do caso concreto. Ainda que não seja possível com o método subsuntivo ultimar o processo interpretativo, é certo que ele atribuirá a certa proposição prescritiva o seu sentido inicial, provisório, a merecer, em alguns casos, alguma calibragem.

Não se pode dizer, entretanto, que o positivismo limitou o processo de atribuir sentido a um texto normativo ao método subsuntivo. Nesse ponto, embora tenha sido acusado de sustentar uma concepção *estática* da intepretação,[208] que deveria consistir somente na reconstrução da vontade subjetiva do legislador que criou as normas, o positivismo admite a existência de uma interpretação *dinâmica*, que busca enriquecer o

---

parâmetros dogmáticos cit., p. 37). Aliás, o argumento de que o positivismo jurídico não se afastou completamente dos elementos valorativos que circundam as normas jurídicas é confessado até pelos apoiadores do pós-positivismo. CLÁUDIO SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO integram esse rol, ao confessarem que "não repugna à maior parte das correntes do positivismo o reconhecimento da possibilidade de que o Direito possa eventualmente incorporar um conteúdo moral, quando, por exemplo, as normas ditadas pelas autoridades competentes tenham essa característica". É, por isso, que, para essas correntes, dizem os autores fluminenses, "a relação entre Direito e Moral não é de ligação nem de separação necessárias; trata-se de uma relação *contingente*" (*Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho cit., p. 201).

[208] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito cit., p. 213-214.

significado do texto interpretado, para adequá-lo às condições e às exigências histórico-sociais variadas.

É verdade que o positivismo clássico, cultuado pela Escola da Exegese, tinha um caráter estático e mesmo conservador. Ali, por questões históricas, atribuiu-se ao aplicador a tarefa de apenas revelar o direito posto, sem margens para movimentação para além da estrita intenção do legislador. O reduzido espaço que cabia ao intérprete, em face da preponderância do legislador e da sua obra, acabou refletido no discreto desenvolvimento da hermenêutica, durante esse período. Esse sintoma fora percebido entre os próprios expoentes do positivismo jurídico, entre eles KELSEN. O autor, então, desfere contra essa tese da subsunção automática do fato à norma duras críticas, especialmente ao exprimir que "a interpretação cognoscitiva [...] do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva".[209]

Hoje, falar no exercício da atividade criadora do intérprete não é mais um tabu. Noções de concretização da norma jurídica ou intepretação evolutiva não provocam inquietude mesmo entre os partidários da concepção positivista do direito. Aliás, KARL LARENZ resume bem essa impressão quando diz que "o juiz, de modo semelhante ao legislador, é de acordo com a sua própria ideia descobridor e ao mesmo tempo conformador do Direito" na medida em que "[...] ele traz sempre de novo para a realidade num processo interminável a partir da lei, com a lei e, caso necessário, para além da lei."[210] Com isso, continua o autor, "a norma é como que de novo libertada da sua 'abstração' inevitável e irrenunciável e possibilita-se enfim a sua função de regular relações 'concretas' da vida".

É justamente na interpretação das normas constitucionais que se identificou o frágil modelo mecanicista proposto pelo positivismo clássico, à medida que a interpretação estática da Constituição não é capaz de traduzir em palavras o seu espírito. Fala-se que o Direito Constitucional é a arena onde esse sintoma se revela com maior intensidade em virtude da natureza das normas constitucionais, formadas por enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos e também das questões instigantes travadas no seu âmago.

Como revela ELIVAL RAMOS,[211] a despeito de MÜLLER haver qualificado sua teoria estruturante do direito de pós-positivista, assenta seu edifício hermenêutico sobre os pilares

---

[209] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 368-369.
[210] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 271-272.
[211] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos cit., p. 99.

do positivismo jurídico. Então, pode-se dizer que o positivismo moderno está preparado para as novas nuances do Direito Constitucional, oferecendo-lhe meios para extrair das normas o seu melhor resultado.

5.2 Os "casos difíceis"

A visão moderna da interpretação constitucional, ainda dentro do ideal positivista do direito, surge para atender as demandas de uma sociedade cada vez mais complexa e dinâmica. Ela não suprime o modelo clássico, nem mesmo o método de subsunção descrito *supra*, mas o agrega a novos mecanismos de investigação dos sentidos do texto jurídico.

Se, antes, o direito positivo conferia, com certa segurança e completude, respostas pré-prontas aos problemas que se apresentavam diante dos operadores do direito, hoje essa realidade é deveras distinta. Em um ordenamento repleto de normas principiológicas, propensas a colidir umas com as outras em situações específicas, e, por isso, a exigir uma ponderação entre os valores nelas dispostos, nesse novo ambiente, as normas, o problema e o intérprete assumem novas funções.

As normas, em várias ocasiões, veiculam apenas o início da solução, previsto em um conceito jurídico indeterminado ou em um princípio. O problema deixa de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma para assumir a posição de produtor de parte dos elementos que irão criar o direito. E, no meio desse processo dialético, entre o problema e a norma, em que são testados os sentidos e os resultados possíveis, situa-se o intérprete. O intérprete, nesse meio, torna-se coparticipante do processo de criação do direito.

Essa realidade que se instaura diante do direito produz o que a doutrina convencionou chamar de casos difíceis (ou *hard cases*). Há diversas situações no cotidiano em que o ordenamento jurídico não oferece uma resposta *ex ante*.[212] A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, das diretrizes ventiladas na norma e de fatores externos ao campo jurídico. Na lição de BARROSO,[213] são três as principais situações que ensejam os chamados casos difíceis.

A primeira relaciona-se com a ambiguidade da linguagem. Como visto no Capítulo 1, as normas jurídicas, especialmente as constitucionais, se valem de expressões de textura

---

[212] *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. "Ex ante": locução adjetiva; baseado em suposição e prognóstico, sendo fundamentalmente subjetivo e estimativo.

[213] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo cit., p. 455-457.

aberta, com ampla plasticidade, seja na forma de princípios ou de conceitos jurídicos indeterminados. Ao se deparar com locuções como “função social da propriedade”, “ordem pública”, entre várias outras, o intérprete precisa fazer a avaliação dos fatores extrajurídicos presentes na realidade fática e admitidos dentro da textura normativa, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. A norma de decisão, nesses casos, não se encontra integralmente no enunciado normativo, o que exige do intérprete um trabalho de integração do comando normativo com a avalição do caso concreto.

Os casos difíceis são também produtos dos chamados desacordos morais razoáveis. A sociedade depara-se com frequência com temas moralmente controvertidos, como casamento entre pessoas do mesmo sexo, aborto de feto anencéfalo, pesquisa com células-tronco e tantos outros. Ora, esses assuntos suscitam notável controvérsia, uma vez que a posição das pessoas se fundamenta em ideologias, religiões, enfim, em pontos de vista diversificados, o que torna ainda mais difícil ao intérprete encontrar a resposta acertada para a situação específica.

Não são menos significativas para produção dos casos difíceis as colisões entre princípios. A maneira mais inteligível, talvez, de explicá-las é por meio de exemplos. Nos idos de 2007, o cantor Roberto Carlos recorreu ao Poder Judiciário para banir a publicação e circulação de uma obra biográfica que não gozava da sua autorização. Trouxe, em seu suporte, a garantia dos direitos à privacidade, imagem e honra. Do lado do autor da obra, também despontavam princípios de ordem constitucional, como o direito de informação e a liberdade de expressão do subscritor da biografia. Naturalmente, diante do choque de princípios de estatura equivalentes, constitucionais e de proteção às garantias fundamentais, um método de simples subsunção dos fatos às normas não seria suficiente para apontar a solução do caso concreto. Precisava-se, aqui, de uma técnica de ponderação de princípios, a exigir do intérprete um trabalho argumentativo e profundamente atento aos valores objetivos e subjetivos da realidade fática.

Os casos difíceis são, assim, aqueles que, por envolverem a interpretação de normas jurídicas principiológicas, em que predomina a linguagem aberta, não dispõem de uma solução abstratamente prevista e pronta no ordenamento, que possa ser retirada de uma prateleira de soluções jurídicas como produto de uma atividade puramente mecânica.

Entre as situações aptas a gerar *hard cases*, brevemente dispostas *supra*, maior atenção se dará à textura aberta das normas constitucionais. Ora, a função desta obra é examinar o caráter político da interpretação constitucional e, nesse propósito, os conceitos jurídicos indeterminados têm muito a contribuir.

5.3 Conceitos jurídicos indeterminados

Os conceitos jurídicos indeterminados são espécies de uma categoria mais ampla, formada pelas cláusulas gerais. O recurso a essa forma de enunciação das normas jurídicas não é recente nem exclusivo do Direito Constitucional.[214] A bem da verdade, as cláusulas gerais – conhecidas também como "noção de conteúdo variado"[215] – acompanham o direito privado há tempos e representam o emprego de uma linguagem intencionalmente aberta (*open textured*) e vaga,[216] de modo a repassar ao intérprete a função de completar o sentido da norma, à luz dos elementos de fato. Ao lado dos conceitos indeterminados, os princípios integram também a categoria das cláusulas gerais.

A adoção pelo legislador de expressões de conteúdo vago ou indeterminado não caracteriza, como adverte ELIVAL RAMOS,[217] "uma falha na formulação de textos legais e sim uma determinada técnica de regulação, que deixa ao intérprete-aplicador maior flexibilidade para alcançar as finalidades pretendidas". Para esse fim, os conceitos jurídicos indeterminados exercem uma função de relevo, à medida que a fluidez da sua linguagem permite ao intérprete lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no texto normativo, especificar suas hipóteses de incidência ou esgotar o comando a ser dele deduzido. Por óbvio, o emprego dessa técnica confere um notável espaço ao intérprete, o que não significa que a sua atuação será ilimitada ou arbitrária. Retornamos ao tema da discricionariedade, iniciado no Capítulo 1 deste estudo.

---

[214] Vale dizer que o Direito Civil, por exemplo, é igualmente devoto das ditas *cláusulas gerais*, como se pode perceber de locuções tais como "bons costumes" (artigo 13 e seguintes do Código Civil), "ordem pública" (artigo 20 e seguintes), "boa-fé" (artigo 113 e seguintes) e tantas outras. Apesar de não ser um instituto privativo do Direito Constitucional, o seu uso, destaca USERA, fora intensificado nas Constituições, de modo que o "seu desenvolvimento tanto via interpretativa como mediante a legislação fornece possibilidades de variação numerosíssimas". E, assim, continua: "se constata que a indeterminação refletida nas Constituições modernas tem caráter efetivamente intencional" e isso porque, ao "promover o consenso entre os grupos políticos, a maleabilidade das disposições ambíguas permite também uma adaptação às novas situações e mudanças que sofrerá uma nação durante o período mais ou menos longo de vigência de cada Constituição" (USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política* cit., p. 61-62).

[215] GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar* cit., p. 72.

[216] Na visão de GUASTINI, "a vagueza (a *open texture*, a textura aberta), diferentemente do caráter equívoco da norma, é uma propriedade objetiva da linguagem e não só da linguagem jurídica: todos os termos no sentido lógico compartilham (ao menos potencialmente) desta propriedade. A vagueza não depende, portanto, das técnicas interpretativas ou da dogmática: não se pode suprimir (ainda que se possa reduzir por meio de definições). A vagueza das expressões usadas na linguagem das fontes – que não se resolve com a interpretação em abstrato – faz com que o intérprete, frente a um caso 'marginal', isto é, a um caso que se situa nas margens da 'textura' – na 'área de penumbra' como se diz – possa decidir discricionariamente se o caso em exame deve ou não dever ser incluído no campo de aplicação da norma em questão". Para GUASTINI, como se vê, as noções de discricionariedade e indeterminação dos conceitos são lados da mesma moeda, não exigindo uma separação metodológica entre elas, tal como sustentada a seguir (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar* cit., p. 71).

[217] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos cit., p. 124-125.

Os administrativistas, em regra, costumam apartar a noção de *discricionariedade*[218] da *interpretação dos conceitos indeterminados*. Essa é a posição defendida por EROS GRAU,[219] para quem a decisão que se fundamenta em critérios extrajurídicos, não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo do intérprete, é discricionária por excelência por conferir-lhe "uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos". Já "a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei", e não do uso da discricionariedade.

Embora tanto a discricionariedade quanto a aplicação dos conceitos indeterminados tenham como pressuposto a noção de que o direito não detém condições de antecipar todas as situações de incidência da norma e, assim, regular os pormenores da conduta a ser seguida, BARROSO[220] argui que cada uma assume funções distintas no direito. Nesse ponto, revela que "atribuir sentido a um conceito jurídico indeterminado envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito". Por outro lado, reforça o autor fluminense, "o exercício de competência discricionária compreende a formulação de juízos de conveniência e oportunidade caracterizando uma liberdade de escolha dentro do círculo pré-traçado pela norma de delegação".[221]

Ao mesmo tempo em que rejeita essa separação metodológica, especialmente na seara da jurisdição constitucional, ELIVAL RAMOS[222] faz coro à ideia de que, nos casos

---

[218] Utiliza-se aqui o termo *discricionariedade* na acepção construída pelos administrativistas, que, na pessoa de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, conceitua como "a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67).

[219] GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 203.

[220] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo cit., p. 352-353.

[221] Novamente, o Direito Administrativo se revela um interessante cenário para se extrair uma situação prática a demonstrar a distinção dos institutos da discricionariedade e da aplicação de normas constituídas por conceitos jurídicos indeterminados. O exemplo a seguir fora proposto por BARROSO e bem ajuda a compreender a questão: "a Constituição prevê a possibilidade de desapropriação de uma propriedade rural improdutiva, para fins de reforma agrária (CF, arts. 184 e 185, II). Se a propriedade, por um critério razoável, for de fato improdutiva, o ato da União que vier a desapropriá-la não poderá ser impugnado judicialmente com sucesso. Por outro lado, mesmo a propriedade sendo improdutiva, o administrador público pode optar por não desapropriá-la, por ter outras prioridades para aqueles recursos. *Propriedade improdutiva* é um conceito jurídico indeterminado: uma vez presentes os requisitos para caracterizá-lo, os efeitos se produzem (no caso, a validade da desapropriação). *Desapropriação* é uma competência discricionária: mesmo presentes os requisitos para a sua prática, o administrador pode optar por não efetivá-la" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo cit., p. 353).

[222] Nem todos os autores compactuam, entretanto, dessa firme separação metodológica. Para ELIVAL, essa distinção até pode fazer sentido no Direito Administrativo, mas não no exercício da jurisdição constitucional. Seguindo a lição de LARENZ, a discricionariedade pode revelar-se em instantes diferentes: o primeiro se manifesta na liberdade de interpretar textos normativos (discricionariedade *de juízo*), enquanto o outro se

difíceis, ou seja, naqueles situados na região da penumbra[223] dos conceitos jurídicos indeterminados, "o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativa e administrativa da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso".[224] Em outras palavras, o mestre paulista defende que, tratando-se de discricionariedade judicial, as noções de conveniência e oportunidade, tão caras à atividade administrativa, não lhe servem de elemento orientador, pois o juiz, diferente do administrador, tem a sua atuação pautada pelo juízo de conveniência jurídica, e não política.

Independentemente da posição assumida pelo intérprete, o fato é que a jurisprudência constitucional está repleta de exemplos em que fora colocada em jogo a sindicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados. Assim ocorreu, por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.213, examinou a presença dos pressupostos constitucionais da "relevância e urgência", previstos no artigo 62 da Constituição Federal, para fins de edição de medida provisória.

O acórdão não negou o caráter fluido e de relativa indeterminação conceitual desses pressupostos, nem mesmo quis retirar da discricionariedade política do Chefe do Poder Executivo a avaliação sobre o enquadramento. Todavia, a tese que prevaleceu considerou possível o controle jurisdicional sobre os requisitos constitucionais, trazendo, em seu suporte, argumentos jurídicos e, especialmente, de ordem pragmática.

O Ministro Celso de Mello, relator, destacou que pressupostos da "relevância e urgência" são categorias de índole jurídico-constitucional e, como tais, expõem-se ao controle pelo Poder Judiciário. Além disso, demonstrou que a profusa edição de medidas provisórias, na realidade atual, era algo completamente inusitado na histórica política nacional. Os dados apontavam que, no período compreendido entre 05.10.1988 (data de promulgação da Constituição Federal) e 03.09.2001 (data em que fora obtida a

---

apresenta, quando findo o processo interpretativo, despontar uma norma que confira ao intérprete liberdade de agir (discricionariedade *de atuação*). Ao juiz não cabe optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, de maneira que a sua discricionariedade se limita à fase de valoração do significado do texto legal, isto é, no primeiro momento. Diferentemente, "para o Direito Administrativo é extremamente importante a diferenciação entre as duas modalidades de discricionariedade, ou para admiti-las como tal, alargando a esfera de liberdade do administrador, ou para recusar à discricionariedade na interpretação qualquer vínculo com o poder discricionário em sentido próprio, o que a torna suscetível de revisão judicial" (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos cit., p. 126; cf.: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 417).

[223] GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar* cit., p. 71.

[224] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos cit., p. 125 e 127.

informação), foram editadas 6.088 medidas provisórias (média de 470 por ano). O número mostrava-se duas vezes superior à quantidade de projetos de leis ordinárias aprovados pelo Congresso Nacional, 2.591, no mesmo período.

A unanimidade dos ministros que compunham o Plenário do STF, naquela ocasião, concluiu que a utilização excessiva de medidas provisórias convertia a prática extraordinária da competência normativa prevista no artigo 62 da Constituição Federal em exercício ordinário do poder de legislar, comprometendo o postulado constitucional da separação de Poderes. Ao se apropriar ilegitimamente de funções que não lhe são próprias, o Executivo se transformara em instância hegemônica de poder, capaz de causar grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República.

Restou, então, consignado, no âmbito daquele Tribunal, que a apreciação dos requisitos de "relevância e urgência", como conceitos jurídicos indeterminados que são, fica, em princípio, por conta do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. Todavia, caso demonstrado o excesso do poder de legislar pelo primeiro, a colocar em risco o postulado da separação de Poderes (artigo 2.º), admite-se, em sede excepcional, o controle jurisdicional.[225]

O intérprete constitucional, por vezes, depara-se com normas em rota de colisão, o que contribui para produzir os chamados casos difíceis. Passa-se a entender tal fenômeno no próximo tópico.

5.4 Colisão de normas constitucionais

As normas constitucionais podem colidir entre si. Embora polêmica, essa é a posição que parece ainda prevalecer na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Não é inusitado que isso venha a ocorrer. A sua natureza compromissária, que serve de abrigo a

[225] Aqui, mais uma vez, a *metáfora da penumbra* ajudou os ministros a firmarem o seu convencimento. O Ministro relator, em seu acórdão, faz referência à lição, sempre autorizada, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "Do fato de 'relevância' e 'urgência' exprimirem noções vagas, de contornos indeterminados, resulta apenas que, efetivamente, muitas vezes pôr-se-ão situações duvidosas nas quais não se poderá dizer, com certeza, se retratam ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata do art. 62. De par com elas, entretanto, ocorrerão outras tantas em que será induvidoso inexistir relevância e urgência ou, pelo contrário, induvidoso que existem. Logo, o Judiciário sempre poderá se pronunciar conclusivamente ante os casos de 'certeza negativa' ou 'positiva', tanto como reconhecer que o Presidente não excedeu os limites possíveis dos aludidos conceitos naquelas situações de irremissível dúvida, em que mais de uma intenção seria razoável, plausível" (*Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 100-101, itens ns. 56-57).

interesses e valores potencialmente contraditórios, torna a Constituição um campo de destaque para o choque entre as normas ali dispostas.

As colisões podem envolver tipos de normas diferentes: há colisões entre princípios, entre regras e entre princípios e regras. É objeto de calorosas discussões o confronto entre princípios constitucionais, ainda mais quando, no seu conteúdo, estiver inserido um direito fundamental. É nesse ponto que surgem as mais diversas teorias, muitas delas impregnadas da intitulada visão pós-positivista do fenômeno jurídico, dispostas a apresentar alternativas as mais diversas para solucionar esse tipo de conflito. Em comum a todas elas está a constatação de que a fórmula tradicional, baseada exclusivamente no método subsuntivo, não se mostra capaz de resolver esses conflitos.

O cerne de toda a discussão reside na proposta de enquadrar as normas jurídicas em duas categorias: regras e princípios. Por muito tempo, vigorou uma distinção *quantitativa* entre ambos, baseada no critério da generalidade. A partir desse juízo, as regras seriam normas com relato "preciso",[226] suscetíveis a uma aplicação imediata sobre as situações específicas a que se dirigem. Por sua vez, os princípios seriam normas genéricas capazes de incidir sobre uma variedade de casos.[227]

Ganhou espaço, nos últimos tempos, uma distinção *qualitativa* entre regras e princípios, proposta formulada pela doutrina estrangeira e importada para o direito brasileiro sem maiores adaptações. Nessa quebra de paradigma, destacaram-se RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, cujas ideias serão brevemente apresentadas a seguir.

Para DWORKIN, as regras e os princípios se distinguem pelo seu modo de aplicação. As regras são comandos disjuntivos aplicados de acordo com o padrão "all-or-nothing":[228] ou ela regula a matéria em sua totalidade ou é descumprida. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra incide por meio do mecanismo tradicional da subsunção. Na hipótese de conflito entre regras, o intérprete deve socorrer-se dos critérios formais para resolução

---

[226] GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar* cit., p. 189.

[227] Para os críticos desse critério, a generalidade é uma característica própria de toda norma jurídica, já que a vagueza semântica dos termos utilizados – sobretudo nas normas constitucionais – é um traço distintivo da linguagem jurídica (cf.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho cit.. p. 381).

[228] Sempre oportuno reproduzir a doutrina do autor: "the difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction the give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision" (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 24).

de antinomias[229] – cronológico, especialidade e hierárquico –, de maneira que, ao final, apenas uma delas será válida e irá prevalecer.

Os princípios, na visão de DWORKIN, assumem uma postura diferente, à medida que não são aplicáveis segundo a lógica do tudo ou nada, mas levam em consideração a "dimension of weight or importance".[230] Assim, em caso de confronto entre princípios, há que se avaliar qual a importância assumida por cada um no caso específico, de modo que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.[231]

Também contribuiu para o debate mais recente sobre a distinção entre regras e princípios o jurista alemão ROBERT ALEXY. Valendo-se também de uma separação qualitativa, ALEXY afirma que os princípios consistem em "mandados de otimização",[232] aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. No caso de colisão, a situação não se resolve com a prevalência imediata de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida a partir da técnica de ponderação, que busca a otimização dos bens jurídicos em jogo.[233]

O raciocínio desenvolvido pelos juristas estrangeiros, como um canto da sereia, parece ter entorpecido toda uma geração de autores brasileiros. Todavia, passada essa fase de deslumbramento, as dificuldades na utilização dos critérios da ponderação e do sopesamento de valores surgiram no labor hermenêutico e novamente colocaram os

---

[229] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011. p. 96.

[230] Mais uma vez, convém transcrever a lição de DWORKIN: "principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is" (*Taking rights seriously* cit., p. 26-27).

[231] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 73.

[232] Nas palavras de ALEXY, "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes" (*Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90).

[233] Na mesma obra, ROBERT ALEXY discorre: "se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência" (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 93-94).

estudiosos do direito em xeque sobre a metodologia adequada para interpretar e aplicar as normas constitucionais.

HUMBERTO ÁVILA[234] destacou-se no propósito de oferecer uma teoria crítica a tudo isso. Nesse intuito, o autor não considera apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios (ALEXY) nem que os princípios possuem uma dimensão de peso (DWORKIN). Traz em defesa dessa tese inúmeros argumentos. Não sendo o escopo deste trabalho examiná-los todos com a profundidade que o caso requer, elegeram-se dois, porque decisivos, para entender cada um dos pontos. Em desfavor da teoria desenvolvida por ALEXY, ÁVILA argumenta que a ponderação, como atividade de sopesamento de razões e contrarrazões que culminam com a decisão de interpretação, também pode estar presente no eventual conflito de regras.[235] Embora tanto as regras quanto os princípios exijam um procedimento discursivo de sopesamento de razões, o tipo de argumentação e justificação exigidos para a sua aplicação não é o mesmo. A respeito das dimensões de peso, ÁVILA destaca que essa característica também não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica. Diz, então, que a dimensão de peso não é algo que já esteja incorporado a um tipo de norma. A conexão entre a norma e o valor que lhe é sobrejacente, na verdade, depende tanto das razões utilizadas pelo aplicador em face da norma quanto das circunstâncias avaliadas no próprio processo de aplicação. Em outras palavras, a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso.[236]

---

[234] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos cit., p. 74 e ss.

[235] Os exemplos oferecidos pelo autor são sempre de grande valia, já que facilitam ao leitor compreender os argumentos puramente teóricos. A respeito da possibilidade de ponderação entre regras, cita o conflito entre o comando do artigo 1.º da Lei Federal n.º 9.494/1997, que proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso, e o disposto no artigo 1.º da Lei n.º 9.908/1993, do Estado do Rio Grande do Sul, que obriga o juiz, inclusive por medida liminar, a impelir o Poder Público a fornecer medicamentos a quem deles necessita para sobreviver. Embora essas regras disciplinem condutas notavelmente contraditórias por parte da autoridade judicial, elas ultrapassam o conflito abstrato e mantêm sua validade. O que ocorre é um conflito concreto entre as regras, o que, na visão de ÁVILA, exige do julgador a atribuição de um peso maior a uma delas, em razão da finalidade que cada uma visa a preservar (intangibilidade das receitas orçamentárias da Fazenda Pública e a vida do cidadão, respectivamente). Independentemente de a solução a ser conferida, cuja análise não é objeto deste estudo, ÁVILA afirma tratar-se de um conflito concreto de regras, cuja solução não se encontra na esfera da validade, mas sim no plano da aplicação, a depender de uma ponderação entre as finalidades em disputa (Idem, p. 75-76).

[236] A tornar mais claro o argumento o autor se valeu de um caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo a regra da anterioridade tributária (artigo 150, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal), a lei tributária precisa ser publicada na imprensa oficial até o final do exercício para que possa produzir efeitos no ano vindouro. Na situação examinada, o Diário Oficial que a continha foi posto à disposição ao público, às pressas, na noite do dia 31 de dezembro, embora a remessa aos assinantes só tenha se realizado no dia 2 de janeiro do ano seguinte. Os contribuintes insurgiram-se contra a medida, fundamentados na referida regra constitucional, que procura garantir a previsibilidade dos atos estatais. *Prima facie*, o caso deveria ser decidido com a atribuição de importância ao comando constitucional. O Tribunal, no entanto, em vez de focalizar o valor previsibilidade, empreendeu uma dissociação, inexistente

O acolhimento da teoria desenvolvida por ALEXY não foi unanimidade nem mesmo no país onde as formulou, a Alemanha. Não são necessárias maiores digressões metodológicas para fundamentar a posição de que as teorias de MÜLLER e ALEXY são incompatíveis entre si.[237] Segundo o principal teórico da teoria estruturante do direito, o trabalho de concretização exige uma análise e delimitação do âmbito de cada norma. Vencida essa fase, não haveria que falar em colisões, porque a norma simplesmente se mostra não aplicável ao caso concreto e, assim, não se vê envolvida em choque com qualquer outra. Sem colisão, não haveria sentido em falar em sopesamento ou ponderação. ALEXY, por seu turno, entende que os direitos fundamentais têm um amplo suporte fático, de maneira que toda situação que com eles tem alguma proximidade deve ser considerada abrangida por seu suporte fático, independentemente da consideração de outras variáveis.[238] No Brasil, todavia, ambas as teorias vêm sendo consideradas compatíveis entre si, o que se faz aprofundar o quadro demonstrado no Capítulo 2, da anarquia metodológica.

Independentemente da teoria a que se filie o intérprete, não é difícil perceber que as situações que envolvem colisão de direitos fundamentais configuram um relevante cenário de discussão do caráter político da interpretação constitucional.

Na técnica de ponderação, reduz-se a objetividade jurídica, quando se diz que a solução do caso concreto se opera a partir de um exercício de calibração das normas em choque e a consequente intensificação ou redução dos valores neles inseridos. Abre-se,

---

no conteúdo preliminar do enunciado normativo, entre publicação e distribuição. Prevaleceu, naquele colegiado, a tese de que o fato de não haver circulado antes do final do exercício não impedia o conhecimento do conteúdo da lei, em virtude de o Diário Oficial estar à disposição do contribuinte horas antes do final do exercício anterior. Com isso, ÁVILA quer demonstrar que "a dimensão de peso desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto" (*Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos cit., p. 83-84).

[237] Segundo MÜLLER, o sopesamento é um método irracional, uma mistura de "sugestionamento linguístico", "pré-compreensões mal-esclarecidas" e "envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos", cujo resultado não passa de mera suposição (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção cit., p. 626).

[238] Ao se referir a MÜLLER, LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA relembra que "a concretização da norma, seguindo os procedimentos da teoria estruturante, restringe o conteúdo de dever-ser de cada direito fundamental, porque delimita de antemão seu âmbito normativo" e, nesse ponto, exemplifica: "se alguém escreve um livro considerado ofensivo à honra ou à privacidade de alguém e, por essa razão, o livro é proibido por decisão judicial, não haveria que se falar em colisão entre honra e privacidade, de um lado, e liberdade de expressão, do outro. Isso porque a publicação de um livro ofensivo à honra e à privacidade não faz parte do suporte fático da liberdade de expressão. O suporte fático de cada direito fundamental é bastante restrito". Por outro lado, na perspectiva alexiana, considerando o amplo suporte fático das normas que garantam direitos fundamentais, "o simples ato de escrever um livro, isoladamente considerado, pode ser subsumido à hipótese de incidência da liberdade de expressão e não pode, de antemão, ser excluído de seu âmbito de proteção. Uma limitação a essa liberdade de expressão só poderá ocorrer após um *sopesamento* de argumentos e contra-argumentos com base nas variáveis de cada caso concreto" (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico cit., p. 138).

sem dúvida, um espaço político ao intérprete, que, por meio de escolhas fundamentadas, pode enveredar por tal ou qual caminho. A atuação política, nesse caso, é pautada segundo as valorações subjetivas do intérprete. É bem verdade que a ponderação, por não fornecer referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita, pode prestar-se, no limite, ao papel de oferecer um rótulo para o voluntarismo e soluções *ad hoc*. A preocupação da dogmática jurídica aqui é desenvolver elementos de segurança, a permitir a controlabilidade das decisões judiciais fundamentadas no sopesamento de valores.

Após a sua atuação no Supremo Tribunal Federal, EROS GRAU[239] entende, hoje, que a ponderação entre princípios tem sido operada, pela jurisprudência e pela doutrina, "discricionariamente, à margem da interpretação/aplicação do direito, conduzindo à incerteza jurídica".

As propostas teóricas desenvolvidas por MÜLLER e ÁVILA parecem oferecer vetores interpretativos mais consistentes para lidar com os ditos casos difíceis, reduzindo o risco de decisões pautadas em critérios quase que exclusivamente extrajurídicos. De toda forma, as normas constitucionais não estão livres do voluntarismo e de excessos cometidos pelos seus intérpretes.

Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, não tem se mostrado indiferente às questões aqui expostas. Pode-se até falar que a Corte incorporou a técnica da ponderação à rotina de seus pronunciamentos, trazendo consigo algumas inconsistências, tal como antecipado *supra*.

É simbólica, nesse ponto, a decisão do STF, tomada durante o julgamento do HC 126.292, em 17.02.2016, quando se decidiu pela possibilidade da execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, dando nova roupagem ao princípio da presunção de inocência (ou não culpabilidade). A ênfase que se confere ao julgado, já analisado outrora, justifica-se pela demonstração de como a técnica da ponderação pode suscitar decisões contraditórias, mesmo levando em conta as mesmas normas constitucionais.

Desde 2009, a Corte conferia profunda prevalência ao princípio da presunção de inocência, de maneira a afastar toda e qualquer privação de liberdade do acusado, até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. A partir de 2016, no entanto, os

[239] Ao reeditar a obra *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, por meio do sugestivo título *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios, EROS GRAU reformula radicalmente a sua posição sobre os princípios, ao afirmar: "eis, em síntese, o que agora desejo sustentar, os princípios são regras" (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios cit., p. 98).

julgadores entenderam possível reduzir gradativamente essa garantia constitucional, à medida que o processo criminal avançava e as provas e a condenação em desfavor do réu se concretizavam. Foram, assim, ponderados os valores ínsitos ao princípio de não culpabilidade com outros bens jurídicos também protegidos pela Constituição, como a efetividade do sistema penal e o direito à vida e à integridade psicossocial dos integrantes do corpo social.

Segundo os próprios ministros, a alteração na compreensão da realidade social foi determinante para, diante da colisão das mesmas normas constitucionais, apresentar uma solução diametralmente oposta àquela sustentada até então.

5.5 Argumentação jurídica

Não é incomum que pessoas diferentes, se confrontadas com fatos e normas idênticas, alcancem conclusões diversas. Se há várias possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual decisão deverá prevalecer? Ou, ainda que não se possa falar em uma única decisão correta, qual(quais) seria(m) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente?

O saber dogmático, quando confrontado com essa questão, não se preocupa em verificar se tal ou qual decisão se conforma com a realidade social, mas procura oferecer ao aplicador do direito critérios para a tomada de decisão.[240] Está, portanto, criado o ambiente propício para o desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica, todas obstinadas em estruturar as razões jurídicas que servem de justificação para uma determinada decisão.

A argumentação pressupõe um discurso racional, formado a partir de uma sequência de enunciados, um dos quais desempenha a função de tese ou conclusão e os demais a função de premissas, argumentos ou razões em favor daquela. Entre as diversas modalidades de argumentação (ética, moral, religiosa etc.), a argumentação jurídica pertence à classe dos raciocínios normativos. Chama-se normativo (ou prático) o raciocínio cuja conclusão é uma norma, ou seja, um enunciado do discurso prescritivo, que não pode ser considerado verdadeiro ou falso. Difere-se, portanto, dos raciocínios teóricos, cujos componentes (premissas e conclusões) são proposições do discurso cognoscitivo e como tais verdadeiros ou falsos.

---

[240] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução do estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 310.

Sob a perspectiva das teorias científicas, a argumentação jurídica situa-se no contexto da justificação. As decisões judiciais não são produtos de uma mera descoberta (ou invenção), mas consistem em conclusões alcançadas a partir de um discurso racional justificado publicamente. A validade de uma decisão jurídica é colocada à prova quando são apresentadas as razões[241] que a determinaram. Assentar o raciocínio jurídico sob as bases da justificação significa, na visão de MANUEL ATIENZA,[242] opor-se tanto ao *determinismo metodológico* (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque advêm de uma autoridade legítima ou representam a conclusão lógica de um conjunto de premissas) quanto ao *decisionismo metodológico* (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade). Em relação à primeira postura, a visão moderna do direito identifica na obrigação de justificar as decisões uma forma não só de torná-las aceitáveis perante a sociedade, mas também de cumprir a função de guia da conduta humana. Além do mais, justificar uma decisão, especialmente em um caso difícil, significa algo mais do que efetuar uma operação dedutiva baseada na extração de um resultado a partir de premissas normativas e fáticas. A segunda postura também não encontra amparo na teoria da argumentação jurídica. Ainda que vigore na sociedade a ideia de que as decisões judiciais são desenvolvidas de modo retrospectivo a partir de conclusões formuladas com caráter provisório, aqueles que assim pensam acabam por confundir o contexto de descoberta e o contexto de justificação. É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos. Isso, todavia, não anula a necessidade de justificar a decisão tampouco converte essa tarefa em algo impossível.

Não se pode avançar no tema sem, antes, compreender se a lógica dedutiva tem aplicação na argumentação jurídica. Normalmente define-se como formalmente válido qualquer raciocínio que, se as premissas são proposições verdadeiras, por conseguinte, a conclusão também o será. Assim, se é verdade que "todos os homens são mortais" e que

---

[241] RICCARDO GUASTINI enfatiza que uma coisa são os *motivos* de uma decisão, outra, bastante diferente, são as *razões* que a sustentam. De acordo com o autor, "os motivos são estados (ou eventos) mentais, psíquicos: são os impulsos, as emoções, as atitudes, os sentimentos, etc., que induzem a defender uma crença, a sustentar uma tese ou a tomar uma decisão. As razões são, por outro lado, enunciados da linguagem que se declaram publicamente para sustentar ou justificar uma tese ou uma decisão: são, em outras palavras, as premissas de um raciocínio. Observe-se: o vocábulo 'motivação', de uso comum na linguagem jurídica para denotar uma das partes constitutiva de qualquer sentença, conduz a uma confusão. 'Motivação', com efeito, significa exposição não de 'motivos', como parece ser, e sim, tecnicamente falando, de 'razões'" (GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar* cit., p. 233).

[242] ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 8.

"Sócrates é um homem", logo é *apoditicamente* verdadeiro que "Sócrates é mortal". Como se pode ver, essas noções fundamentais da lógica se exprimem em termos de verdade. Ocorre que as normas não são verdadeiras nem falsas.[243] Por isso, pergunta-se: a lógica dedutiva aplica-se às normas?

KELSEN, especialmente em sua obra póstuma, *Teoria geral das normas*,[244] sustentou que a inferência teorético-silogística não funciona relativamente às normas. A noção de que a norma jurídica goza de força vinculante e que se baseia nos valores da justiça é muito diferente do que se entende por verdade. A verdade é a objetiva correspondência entre uma proposição e o mundo ao redor: a proposição "o céu é azul" é verdadeira se, e somente se, o céu for verdadeiramente azul. A justiça, por sua vez, não corresponde objetivamente a nada, salvo a valorações subjetivas. É absolutamente possível que alguém considere obrigatória a norma geral "todos os ladrões devem ser punidos" e, todavia, considere não obrigatória (injusta) a norma individual "o ladrão Tício deve ser punido" (por exemplo, porque Tício é um homem pobre que roubou apenas uma maçã para saciar a sua fome). Assim, não é logicamente necessário que um sujeito que estabelece uma regra geral deva também estabelecer a aplicação particular dessa regra. Que isso se verifique ou não depende de fatos outros, notadamente subjetivos.[245]

Nos chamados casos fáceis, esses elementos subjetivos não assumem um papel relevante, de forma que podem ser decididos a partir da lógica formal, dedutiva, aplicando-se a norma pertinente aos fatos, mediante subsunção. Nos casos difíceis, porém, a solução precisa ser construída a partir de elementos que não estão integralmente contidos nos enunciados normativos aplicáveis. Valorações morais e políticas precisarão integrar o itinerário lógico da produção da decisão.

---

[243] Ao tratar da estrutura lógica das proposições jurídicas, que se baseia na concepção de validade, e não de verdade, LOURIVAL VILANOVA arremata: "*não se pode exigir normativamente que se faça verdadeira a proposição afeta de operador deôntico* [proposição jurídica], *porque verdadeira nunca pode ser*. Ela mesma, é deôntica. No seu interior, está o dever-ser tripartindo-se em proibição, obrigação e em permissão de fazer ou não fazer. A propriedade que lhe é inerente é a *validade*" (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010. p. 69).

[244] Diz KELSEN que "a decisão judicial de um caso concreto [...] de modo nenhum é apenas aplicação do Direito, senão simultaneamente também criação do Direito, a continuação do processo de produção do Direito que acontece no processo legislativo" (*Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 285-286).

[245] É por isso que LOURIVAL VILANOVA afirma que "a relação de condicionalidade que se exprime na proposição jurídica, entre a proposição-hipótese e a proposição-tese (ou entre a proposição-implicante e a proposição-implicada) contém um conectivo de ligação e sobre esse conectivo incide o modal deontológico: dever-ser [...]. *Na proposição jurídica não se diz que a implicação é necessária, efetiva ou possível, mas que deve-ser*. O vínculo condicional não subsistiria sem esse conectivo que, afetando o conectivo de implicação, é um conectivo-de-conectivo [...]. Na lei natural, diz-se que o vínculo implicacional é necessário, real ou possível, e nunca deve-ser" (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo* cit., p. 77).

Essa diferença no modo de argumentar, nos casos fáceis e nos difíceis, não passou despercebida pela doutrina. Nesse ponto, costuma-se dizer que a atividade argumentativa do juiz se divide em dois níveis distintos: a justificação interna e a justificação externa.[246]

Grosso modo, a justificação interna é apenas questão de lógica dedutiva. Nos casos jurídicos de menor complexidade, pode-se considerar que o trabalho argumentativo do juiz se reduz a efetuar uma inferência desse tipo. A conclusão somente estará juridicamente justificada quando: (a) a premissa normativa (i) é uma norma positiva válida; e (b) a premissa fática (ii) é uma proposição verdadeira, cuja veracidade tenha sido provada (de acordo com as normas jurídicas que regulam a aquisição e a valoração das provas).[247]

Naturalmente, além dos casos simples, há também os difíceis (de que se ocupa em especial a teoria da argumentação jurídica), para os quais, por meio da justificação externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito. A justificação externa é o conjunto de raciocínios – mais ou menos convincentes, mas, no geral, não dedutivos – mediante os quais o juiz justifica as premissas da justificação interna. Nessa tarefa, a justificação externa buscará demonstrar a eleição de tal ou qual premissa normativa, valendo-se, para tanto, dos princípios e dos métodos jurídicos.

Um exemplo ajuda a esclarecer como funcionam as decisões interna e externamente justificadas. A justificação interna de uma decisão de inconstitucionalidade de uma lei terá, basicamente, a seguinte estrutura: (i) premissa normativa: todas as leis que não se ajustam à Constituição são inconstitucionais; (ii) premissa fática: a Lei "x" não se ajusta à Constituição; (iii) conclusão: a Lei "x" é inconstitucional. Normalmente, não há maiores discussões sobre a premissa normativa, à medida que grande parte das Constituições contemporâneas[248] dispõe de norma constitucional explícita que estabelece o controle jurisdicional de constitucionalidade. O problema reside normalmente na premissa fática, uma vez que a sua compreensão pressupõe uma dupla interpretação: a primeira consiste em saber qual o alcance dos dispositivos reputados inconstitucionais, enquanto a segunda se refere à intepretação da norma constitucional que serve como parâmetro de constitucionalidade. O papel da justificação externa será de reunir argumentos e princípios a demonstrar que a Lei "x", na forma como está, ofende o texto constitucional.

---

[246] A literatura sobre esse tema é extensa, da qual se destacam: AULIS AARNIO (*The rational as reasonable*: a treatise on legal justification), ROBERT ALEXY (*Teoria da argumentação jurídica*) e NEIL MACCORMICK (*Legal reasoning and legal theory*).

[247] GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar* cit., p. 254.

[248] É sempre bom lembrar que a Constituição dos Estados Unidos da América até hoje não dispõe de regra expressa nesse sentido, de forma que o controle das normas inconstitucionais é realizado a partir da construção jurídica da Suprema Corte com a famosa decisão *Marbury vs. Madison*, 1803.

Quando se parte para o campo da interpretação constitucional, repleto de casos de difícil solução e argumentação, não faz sentido imaginar que o intérprete possa limitar-se ao nível da justificação interna, com modelos de subsunção lógico-formal.[249] No ambiente da colisão, da ponderação e da argumentação, frequentemente não será possível falar em uma única reposta logicamente deduzível para os problemas jurídicos postos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis. A legitimidade da decisão virá de sua capacidade de convencimento, da demonstração lógico-valorativa de que ela é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional *in concreto*.

É hora de apresentar um caso concreto, a fim de compreender como é composta a teia de argumentos que darão suporte à decisão judicial. A hipótese escolhida foi o julgamento da ADI n.º 3.105-9/DF, quando o Supremo Tribunal Federal discutiu a constitucionalidade da instituição, pela Emenda Constitucional (EC) n.º 41/2003, de contribuição social incidente sobre os proventos de inatividade.

A argumentação tem como ponto de partida os dispositivos legais que lhe servem de suporte. Forte neles, são anunciadas as teses defendidas pela entidade que patrocina a ação constitucional e, finalmente, dispostos os argumentos que prevaleceram no âmbito da Corte.

Basicamente, a tese da inconstitucionalidade do artigo 4.º da EC n.º 41/2003, que instituiu a contribuição previdenciária dos inativos, encontrou amparo em três argumentos principais. O primeiro se valeu de princípio aplicável às causas previdenciárias, o *tempus regit actum* (deve ser aplicada a lei vigente no momento da inativação), para considerar juridicamente inapropriada a cobrança de contribuição dos servidores que se aposentaram antes da vigência das reformas constitucionais que instituíram o regime previdenciário contributivo e solidário, as Emendas Constitucionais n.º 20/1998 e n.º 41/2003, respectivamente. Além disso, sustentou-se que a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos daqueles que, anteriormente à EC n.º 41/2003, já ostentavam a condição de servidores inativos, pensionistas ou detentores dos requisitos para a aposentadoria, teria o condão de ferir a garantia constitucional de inalterabilidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, contida no artigo 5.º, inciso XXXVI, da Constituição. Por fim, arguiu que, se o Poder Público deseja impor uma nova contribuição,

[249] JUAREZ FREITAS é enfático ao dizer que "o vetusto e insatisfatório modelo dos silogismos formais, bem como suas derivações, deveria ser exorcizado em matéria de interpretação constitucional. Nada obstante, persistem tenazes os esforços no intuito de praticá-lo, ignorando-se sua manifesta impraticabilidade" (FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional "versus" a única resposta correta. In: SILVA, Luís Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 325).

deverá criar um novo benefício que a justifique, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, à luz do artigo 195, § 5.º, da Constituição, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício.[250] Permitir que possa haver uma contribuição sem benefício seria, na verdade, admitir um *bis in idem* de caráter discriminatório. A bitributação estaria no fato de que os proventos de aposentadoria estão sujeitos ao imposto geral sobre a renda e proventos de qualquer natureza, logo outra incidência com igual natureza constituiria uma duplicação ilegítima. Discriminatório porque não atenderia aos princípios da generalidade e da universalidade (artigo 155, § 2.º, inciso I), dado que recai somente sobre uma categoria de pessoas, aposentados e pensionistas.

Os argumentos aqui dispostos, não todos, convenceram uma parcela de ministros do Supremo Tribunal Federal, nela incluída a Relatora da ação, Ministra ELLEN GRACIE. Após o Ministro JOAQUIM BARBOSA inaugurar a divergência, o Relator do acórdão, Ministro CEZAR PELUSO, se utilizou de uma das técnicas mais recorrentes da argumentação e da interpretação jurídica: a reconstituição histórica da evolução normativa da matéria e das exegeses que recebeu da Corte. Ao lançar mão desse artifício genético, foram lançados elementos retóricos valiosos para contrapor os argumentos trazidos até aqui.

A questão da chamada "tributação dos funcionários públicos inativos" não é nova em nossa história jurídico-constitucional recente e já foi analisada pelo STF em, pelo menos, duas oportunidades marcantes. Na ADI n.º 1.441, arguiu-se, à luz do texto da EC n.º 3/1993, a inconstitucionalidade da contribuição dos servidores inativos instituída pela Medida Provisória (MP) n.º 1.415/1996. Na ocasião, não foi julgado o mérito da causa em virtude da caducidade da medida provisória, mas o que se viu na apreciação do pedido cautelar, indeferido por maioria, foi um ensaio do que se observou no julgamento da ADI n.º 3.105. Mais adiante, na ADI n.º 2.010, o Tribunal apreciou o tema da compatibilidade do artigo 1.º da Lei n.º 9.783/1999, que instituiu a contribuição previdenciária para os servidores inativos, com as regras do artigo 40, *caput*, e § 12, c/c o artigo 195, inciso II, da Constituição, com a redação dada pela EC n.º 20/1998. Nessa oportunidade, a medida

[250] A ideia da inexistência de uma causa suficiente a justificar a criação de nova exação encontra amparo em parecer de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que, por sua vez, reproduziu argumento ventilado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI n.º 2.010. A tese é a de que os servidores, nos termos do artigo 40 da Constituição, contribuem para que venham a perceber proventos de aposentadoria. Cumpridos os requisitos constitucionais, o servidor adquire o direito a aposentar-se. Se o regime previdenciário se mostra deficitário e/ou os atuais aposentados não contribuíram ou contribuíram pouco para a previdência, não são causas legítimas para a imposição a eles de contribuição. Qualquer exação incidente sobre os proventos não tem mais natureza previdenciária, pois, se o inativo já aufere a vantagem, não há mais finalidade em sua participação. Assim, as razões para instituição da contribuição não são causas reais, vinculadas. São utilizadas como simples pretexto para a sua criação, mas não satisfazem os princípios constitucionais da tributação (generalidade e universalidade, artigo 155, § 2.º, inciso I, da Constituição).

cautelar fora deferida, por unanimidade. O juízo que, diametralmente oposto ao afirmado na ADI n.º 1.441, reputou inconstitucional a tributação dos inativos deu-se noutra moldura, configurada pelas mudanças dos parâmetros constitucionais operadas pela EC n.º 20/1998, a qual criou regime previdenciário contributivo voltado aos "servidores públicos titulares de cargo efetivo" (artigo 40, § 12, com a redação da EC n.º 20/1998), e por deliberada exclusão, no processo legislativo, que retirou do texto previsão que autorizaria a tributação dos inativos.

Em seguida, foram alinhados os argumentos que, de fato, deram suporte à decisão pela constitucionalidade da exação, tal como instituída pela EC n.º 41/2003. Todas as teses trazidas à discussão foram esquadrinhadas e discutidas em Plenário pelos ministros da Corte, em uma notável demonstração da prática argumentativa.

Tornou-se traço característico de toda a narrativa a identificação das contribuições previdenciárias como espécie de tributo. O que o impugnado artigo 4.º da EC n.º 41/2003 fez foi estender a exação a um grupo de pessoas sobre o qual até então ela não incidia. Trata-se, portanto, de imposição de natureza tributária, que deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais próprios. Como tributos que são, não há como nem por onde lhes opor, no caso, a garantia constitucional outorgada ao "direito adquirido" (artigo 5.º, inciso XXXVI), para fundar pretensão de se eximir do pagamento devido por incidência da norma sobre fatos posteriores ao início de sua vigência. Não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade de tributo eleito. No rol dos direitos subjetivos inerentes à situação de servidor inativo, não consta o de imunidade tributária absoluta dos proventos correlatos. E mais: ainda que se falasse em direito subjetivo a um suposto direito adquirido, nessa matéria vigora a máxima – que o STF tem assentado inúmeras vezes – de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Em relação ao argumento de que a contribuição é despida de causa suficiente, posto que não corresponderia à necessária contrapartida de novo benefício (artigo 195, § 5.º, da Constituição), a atividade de justificação externa levada a efeito no STF elencou as diversas premissas a infirmar essa consideração inaugural. Aduziu-se, em primeiro lugar, que sustentar a inexistência de causa à exação significa desconhecer a sua natureza tributária típica. O sujeito passivo da contribuição não se define como tal por manifestar capacidade contributiva (como se dá nos impostos), nem por auferir benefício ou contraprestação do Estado (como se passa nas taxas), mas apenas por pertencer a certo

grupo (social, econômico, profissional), identificável em função da finalidade constitucional específica do tributo de que se cuide.

Além do mais, a compreensão do histórico evolutivo pelo qual passou o regime previdenciário público, desde a promulgação da Constituição de 1988, afasta a tentativa de imputar-lhe um caráter contratual, a justificar a ideia de que qualquer obrigação tributária para fins previdenciários deva ter no futuro um benefício que corresponda de um modo exato àquele ônus. Os termos originais da Constituição de 1988 desenhavam um sistema de previdência de teor distributivo, em que os trabalhadores em atividade subsidiavam, em certa medida, os benefícios dos inativos. O sistema passou por substancial alteração com a EC n.º 20/1998, que lhe introduziu feitio contributivo, baseado já não no "tempo de serviço", mas no "tempo de contribuição". Com a EC n.º 41/2003, o regime deixou de ser eminentemente contributivo para se tornar contributivo e solidário. Vários foram os motivos que conduziram a essa transmudação, especialmente a noção de que o equilíbrio atuarial do sistema não deve ser visto isoladamente (ou seja, o direito individual de receber aquilo que pagou), mas a do sistema como um todo e a sua necessidade de ser autossuficiente, além de viável financeiramente. O novo panorama constitucional deixou de lado a lógica do benefício definido, em que a premissa era de que o servidor, após contribuir por certo período, teria, então, o direito adquirido a aposentar-se com proventos integrais, fundada em uma concepção contratual e sinalagmática do regime, para instituir a noção de solidariedade.[251] O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos de aposentadoria durante a velhice, e, conforme o *caput* do artigo 195 da Constituição, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta. Com efeito, quando o sujeito passivo paga a contribuição previdenciária, não está apenas subvencionando, em parte, a própria aposentadoria, senão concorrendo também, como membro da sociedade, para a alimentação do sistema. O Supremo Tribunal Federal não chegou a ponto de sugerir que o valor da contribuição seja de todo alheio à dimensão

[251] Em parecer jurídico apresentado pela Advocacia-Geral da União, com as suas alegações, LUÍS ROBERTO BARROSO enfatiza que "o sistema de previdência social é fundado, essencialmente, na ideia de solidariedade, especialmente quando se trata do regime próprio dos servidores públicos. Em primeiro lugar, existe solidariedade entre aqueles que integram o sistema em um dado momento, como contribuintes e beneficiários contemporâneos entre si. Além disso, no entanto, existe solidariedade entre gerações, um pacto de confiança entre elas. À vista de tais premissas, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada a benefícios próprios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema". Em suma, o compromisso do contribuinte inativo ou pensionista, ao pagar esse específico tributo, é com o sistema como um todo, e não apenas com a sua conta no órgão previdenciário. Daí o argumento de não haver qualquer incoerência na inclusão dos inativos e pensionistas entre os contribuintes do sistema.

do benefício, mas conferiu notável dimensão à solidariedade que, hoje mais do que nunca, é traço característico do sistema. Diante disso, a maioria dos ministros que compunha a Corte, na ocasião, não acolheu o argumento da ausência de uma causa suficiente para a cobrança da exação.

Quanto ao suposto *bis in idem*, a Corte considerou de todo irrelevante o fato de as contribuições apresentarem a "mesma base de cálculo do imposto sobre a renda" em relação aos inativos, porque isso o autoriza de maneira expressa o artigo 195, inciso II, da Constituição Federal. Aliás, essa técnica de tributação que faz recair, ao mesmo tempo, sobre a base de cálculo mais de uma exação não é novidade e, em não poucos casos, já foi reconhecida pelo STF como legítima, por não configurar bitributação nem confisco, como o do imposto de renda e contribuição sobre lucro das empresas, bem como o do Finsocial, PIS/Pasep e Cofins sobre a receita bruta ou faturamento. Tal como enfatizou o Ministro ALIOMAR BALEEIRO (RE n.º 77.131, *DJ* 06.11.1974), é possível que o *bis in idem* represente uma política legislativa má, mas não há óbice jurídico a implementá-la.

Quanto à irredutibilidade do valor dos proventos, invocada pelos requerentes como outro óbice à sujeição tributária dos servidores inativos, o Plenário da Corte relembrou-lhes a aturada posição da Corte de que a cláusula constitucional de irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos não se estende aos tributos, porque não implica imunidade tributária.

Assim estruturado o raciocínio jurídico, a maioria dos ministros do STF considerou constitucionalmente válida a cobrança de contribuição previdenciária a incidir sobre os proventos de aposentadoria e pensão. Embora aqui não seja o momento de investigar os critérios que orientam a argumentação jurídica, dois parâmetros devem sempre acompanhar a atividade jurisdicional.

Não restam dúvidas de que os argumentos alinhavados em Plenário encerravam nítido suporte jurídico, com especial referência às normas contidas nos artigos 40 e 195 da Constituição. Esse, por óbvio, deve ser o critério norteador das decisões judiciais. O intérprete deve sempre respeito às normas jurídicas, produto das deliberações majoritárias, que, mesmo não veiculando por vezes significado unívoco, oferecem sentidos mínimos. No entanto, ao apreciar os chamados casos difíceis, como este, é comum que o Poder Judiciário justifique o seu posicionamento não só com base nos elementos normativos que informam a situação concreta, mas também em aspectos metajurídicos. Noções de solidariedade envolvem discussões que não se limitam ao âmbito jurídico do conceito, adentrando no aspecto moral e político de suas consequências. Tal situação, como visto até

aqui, não é incomum nem deve merecer censura. Existem situações em que o direito constitui mera consubstanciação formal das circunstâncias, que, na realidade, possuem natureza política, econômica ou de outra ordem. O ponto é que essas perspectivas precisam ser bem ditas e explicadas pelo órgão julgador, de modo transparente, convincente e democrático. O jurisdicionado tem o direito de saber detalhadamente os motivos utilizados pela Corte ao decidir de uma forma ou de outra. Essa transparência é medida essencial para a controlabilidade das decisões judiciais. De todo modo, a argumentação utilizada deve preservar o seu caráter jurídico, pois não se trata de uma argumentação que possa ser estritamente moral ou política.

O segundo critério que deve ser perseguido pelo intérprete, sobretudo o constitucional, é não perder de vista a realidade e as consequências práticas que a decisão tomada pode representar. Nessa linha, destaca BARROSO que "sua atividade envolverá um equilíbrio entre prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo)".[252] Ao mesmo tempo em que os juízes não podem se valer de uma argumentação inspirada exclusivamente pelas consequências práticas de suas decisões, também não podem ser indiferentes à repercussão de sua atuação perante a realidade social. No julgamento da ADI n.º 2.010, o amplo debate que tomou conta do Plenário demonstrou a preocupação dos ministros com as repercussões que a solução ali alvitrada poderia causar sobre as finanças da Previdência Social e também sobre os direitos subjetivos dos inativos e dos pensionistas. Os apelos do Poder Executivo, tanto no momento da criação da contribuição previdenciária (tal como se viu da Exposição de Motivos da EC n.º 41/2003) quanto por ocasião da sua manutenção (*ex vi* das alegações ofertadas pela Advocacia-Geral da União) a respeito do equilíbrio atuarial do regime previdenciário público e a sua solvibilidade futura, bem como os reclamos das entidades que figuraram no processo como *amici curiae* quanto ao retrocesso nos direitos e garantias individuais dos contribuintes, ressoaram nas discussões entre os ministros, como se infere

[252] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo cit., p. 383. A concepção de "consequencialismo" adotada por BARROSO, nessa passagem, não coincide com a perspectiva de MAQUIAVEL de que "os fins justificam os meios" nem com a tradição utilitarista, mas se aproxima da doutrina de NEIL MACCORMICK, assim descrita por MANUEL ATIENZA: "a concepção consequencialista de MacCormick pode ser compatível com a ideia de que, para justificar as decisões judiciais, utilizam-se dois tipos de razões substantivas: as razões finalistas (uma decisão se justifica por promover um determinado estado de coisas, considerado desejável) e as razões de correção (uma decisão se justifica por se considerada correta ou boa em si mesma, sem levar em conta nenhum outro objetivo posterior). De certo modo, a orientação de acordo com fins e a orientação segundo um critério de correção são as duas faces da mesma moeda, pois os fins a levar em conta são, em última instância, os *fins corretos* de acordo com o ramo do Direito de que se trate" (*As razões do direito*: teoria da argumentação jurídica cit., p. 156-157).

das notas taquigráficas do julgamento. A avaliação das consequências prováveis de uma decisão é assunto que interessa ao mundo do direito, por se orientar à promoção dos fins tutelados pela ordem jurídica. Quando, nos casos difíceis, o ordenamento não fornece uma única solução para a situação em exame, as avalições consequencialistas ganham espaço. Ora, diante das opções possíveis, é de esperar que o aplicador do direito eleja aquela que melhor atenda ao espírito da Constituição ou, quando menos, deixe de constituir ameaça aos direitos nela protegidos.[253]

Em abordagem sociológica sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira, FRANCISCO GÉRSON[254] aponta que, em certas ocasiões, a Corte não tem se pautado segundo esses dois critérios norteadores da argumentação jurídica. Citando expressamente o caso da reforma da Previdência,[255] o autor alega que argumentos meramente jurídicos ou incompletos têm sido utilizados para decidir questões sob o pálio da economia, da política, da religião etc. Assim, considera que, se o que estiver por trás da decisão do STF for uma questão econômica, a Corte precisará apresentar à população, claramente, os elementos em que se baseou para decidir, rechaçando certos argumentos e acatando outros, ou, nas suas palavras, "não é certo jogar uma falácia jurídica para sustentar uma razão econômica".

A questão levantada por FRANCISCO GÉRSON não está no acerto ou no desacerto das decisões do STF, mas, sim, na falta de transparência nos julgamentos. É importante consignar que, no momento em que a Corte passa a decidir sobre questões sob o viés da economia ou da política, abre o flanco a um questionamento de seus atos, eis que não recebeu poderes do povo para resolver casos assim, sem discuti-los antes com a população.

---

[253] Interessante abordagem sobre o assunto fora realizado por CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, quando analisou o uso de argumentos consequencialistas e sua compatibilização com uma leitura moral da Constituição com referência a julgados do Supremo Tribunal Federal (*vide* Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 37, maio-jun. 2006).

[254] LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 98.

[255] Discorre FRANCISCO GÉRSON que "outro exemplo foi o caso da reforma da Previdência (EC 41/03), implementada no Governo Lula, oportunidade em que se dizia ter razões econômicas, financeiras, orçamentárias, e não propriamente jurídicas, para modificar o sistema da previdência pública. Houve deficiência na forma de explicitar as coisas, pois se utilizou o Direito para dar sustentação a uma medida econômica, com argumentos (ou desculpas) impróprios. E não se discutiu devida nem amplamente números, projeções dos encargos da previdência pública etc. Mas o STF deu inteira sustentação ao plano de Governo, o qual também não primou pela transparência. Ao final, tudo ficou meio nebuloso, com a única certeza da implementação da reforma. [...] A destacada crítica que aqui se faz ao julgamento do Colendo STF diz respeito à ausência de maior discussão sobre os números que justificaram a EC 41/2003. Sim, pois eles assumiram tamanha importância que se sobrepuseram, até, à discussão propriamente jurídica. Logo, para apreciar a ADI, este ponto não poderia passar despercebido. Era preciso mergulhar mais a fundo na discussão, a fim de preservar a moralidade pública e a moralidade no escamoteamento dos dados" (*O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira* cit., p. 98-99 e 563).

Em outras palavras, a discussão retorna ao tema da legitimação democrática dos juízes para decidir tais questões a partir de certas perspectivas. Os membros dos Poderes Legislativo e Executivo se sujeitam às críticas políticas e à resposta das urnas, com mandatos temporários, enquanto os integrantes do Judiciário (e, mais especificamente, do STF) ficam imunes à vontade popular, porque são vitalícios, e não têm se sujeitado às sanções políticas nem às críticas metajurídicas. Por isso, mais do que o Legislativo e o Executivo, o Judiciário tem o dever de bem justificar as suas decisões, sob pena de se tornar um Poder sem controle, desequilibrando a balança democrática.

5.6 O protagonismo do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal enfrentou, desde a sua instituição com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, grande dificuldade de impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores e até mesmo sobre os outros Poderes constituídos.

A ideia de se um criar um Tribunal semelhante à Suprema Corte americana, objetivo defendido inclusive no período pré-Republicano,[256] não se aperfeiçoou. O modelo de jurisdição adotado não se pautou na doutrina do *stare decisis* do *common law*, de forma que a decisão da mais alta Corte não tinha o condão de vincular os demais membros do Poder Judiciário, produzindo uma persistente fragilidade ao longo da história do STF.

A grande expectativa pelo início do funcionamento de um órgão dessa relevância na Constituição do novo regime republicano foi sucedida por momentos de frustração e outros de resignação. A causa não reside propriamente no modelo adotado, inerente aos países de tradição romano-germânica, mas especialmente nas circunstâncias históricas pelas quais o País passou no início do século XX.

Os regimes de exceção que chegaram ao poder em 1930 e 1964, por exemplo, provocaram intervenções importantes não só no Supremo Tribunal Federal, mas em toda a magistratura. O Governo Provisório instituído por Getúlio Vargas suspendeu as garantias

[256] Em sua obra *História do Supremo Tribunal Federal*, LEDA BOECHAT RODRIGUES destaca que a ideia de criar um órgão responsável pela proteção do sistema constitucional, com inspiração norte-americana, antecedeu a própria República. Dom Pedro II encarregou-se de enviar dois emissários aos Estados Unidos para colher informações sobre o Tribunal instalado em Washington. Se, por um lado, a Monarquia não resistiu, de outro, o objetivo de colocar em funcionamento um órgão que servisse como guardião da Constituição foi levado adiante pelos republicanos (*História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. t. I, p. 1-2).

constitucionais dos juízes[257] e aposentou seis ministros do Supremo Tribunal Federal.[258] Na ditadura militar, a situação não foi diferente. Por força do Ato Institucional n.º 5, as garantias da magistratura foram novamente suspensas,[259] o que levou à aposentadoria compulsória de três integrantes do STF, entre eles o Ministro Victor Nunes Leal.

Fala-se que os momentos de intervenção foram sucedidos por outros de resignação porque, ultrapassados os primeiros embates e afastados os ministros que não se submetiam ao regime de exceção, o Supremo Tribunal Federal não mais opunha resistência ao governo autoritário. Assim ocorreu, quando, poucos dias após a tomada do poder por Getúlio Vargas, o presidente do STF congratulou-o e transmitiu-lhe os "melhores votos para o governo de fato, que se instalara".[260] Adiante, o regime militar é marcado pelo grande silêncio e apatia por parte do STF. Em diversas ocasiões em que se buscou o auxílio do guardião da Constituição, as pretensões restaram frustradas por um tribunal subserviente à vontade dos militares.

Os primeiros cem anos do Supremo Tribunal Federal não foram marcados exclusivamente por esses momentos de frustração e pessimismo. Intercalaram-se períodos auspiciosos, como aquele vivido na Primeira República. Foi uma época extremamente fértil para a jurisprudência político-constitucional, quando, sob o entusiasmo de Rui Barbosa, o Tribunal desenvolveu a doutrina brasileira do *habeas corpus*. As discussões em torno dos direitos defensáveis por meio desse remédio legal tiveram grande repercussão na esfera política nacional.

A situação mudou de figura com o advento da Constituição de 1988. Embora a nova Carta não tenha produzido mudanças significativas em sua estrutura, o fez nas suas competências. Foram as alterações no âmbito de sua jurisdição que impuseram uma redefinição do seu papel no sistema político-constitucional brasileiro.

O sistema jurisdicional de controle manteve-se híbrido, com a combinação dos modelos americano e europeu. No controle difuso, arguiu-se incidentalmente no processo, em qualquer grau de jurisdição, a constitucionalidade de um dispositivo legal ou regulamentar. Todavia, foi no controle pela via principal e abstrata que a jurisdição

---

[257] Decreto n.º 19.398, de 11.11.1930: "Art. 5.º Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores".

[258] Decreto n.º 19.711, de 18.02.1931: "Art. 1.º São aposentados, com as vantagens que lhes assegura a legislação vidente, dispensado o exame de sanidade, os ministros Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antonio C. Pires e Albuquerque, Pedro Affonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca".

[259] Ato Institucional n.º 5, de 13.12.1968: "Art. 6.º Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo".

[260] VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Leya, 2011. p. 31.

constitucional assistiu a mudanças capazes de permitir ao Supremo Tribunal Federal perfilhar uma postura diferente daquela adotada até então.

Além de eliminar o monopólio para propor a ação direta genérica declaratória de inconstitucionalidade, que antes recaía sobre o Procurador-Geral da República, o texto de 1988 preocupou-se com o problema das omissões inconstitucionais. Em função disso, ao lado do mandado de injunção, foi instituída, como instrumento de controle principal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Outra novidade da Carta foi a arguição de descumprimento de preceito fundamental, instituto previsto na redação original, porém de reduzidíssima densidade denotativa, o que impediu sua aplicação até a edição da norma integrativa, Lei Federal n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Ademais, o Constituinte derivado instituiu, por meio da EC n.º 3/1993, outra ação direta genérica, e dessa vez o objetivo não era a declaração de inconstitucionalidade, mas a de sua constitucionalidade, o que, na visão de ELIVAL RAMOS,[261] "trazia ao sistema brasileiro de fiscalização jurisdicional um dado inteiramente novo: a possibilidade de declarar, com eficácia geral (e 'vinculante'), a constitucionalidade de um ato legislativo".

A redefinição das competências do Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988 e emendas constitucionais subsequentes, somada às causas que impulsionaram o Judiciário a assumir um protagonismo diante dos demais Poderes,[262] tudo isso deslocou o Supremo Tribunal Federal para o "centro de nosso arranjo político", assegura OSCAR VILHENA.[263]

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal passa, a partir de 1988, a desempenhar três diferentes papéis (que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididos em pelo menos três tipos de instituições): Tribunal Constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro especializado.

Como *Tribunal Constitucional*, o Supremo tem por função processar e julgar, por via de ação direta, a constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como de apreciar as questões constitucionais relevantes que tenham tido repercussão geral reconhecida. Enfim, trata-se da verdadeira vocação do Tribunal. Se, por um lado, é verdade que o STF, ao contrário das Cortes Constitucionais europeias, não dispõe do monopólio da fiscalização de

---

[261] RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*: perspectivas de evolução cit., p. 234.
[262] No Capítulo 3, foram analisadas algumas das causas que impulsionam o Judiciário a assumir uma posição protagonista diante dos demais Poderes: o advento do Estado intervencionista, o desenvolvimento de um controle de constitucionalidade das leis, o desencanto com a política majoritária e, até mesmo, a confiança do mercado.
[263] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia cit., p. 445.

constitucionalidade, de outro também é certo que o conjunto de competências que lhe são deferidas torna evidente sua missão precípua de guardião da Constituição. É por isso que ELIVAL RAMOS[264] considera "mais acertado e reverente à tradição republicana preservar o Supremo Tribunal Federal e atribuir-lhe a condição de Corte Constitucional em sentido estrito".

A Constituição, ademais, conferiu ao STF a missão de *foro especializado*. Isso significa que o Supremo também atua como um tribunal de primeiro grau e de instância única de julgamento para inúmeras demandas, entre as quais se destacam os processos criminais de agentes públicos que gozam do foro por prerrogativa de função, por exemplo, os parlamentares.

Por fim, mas não menos expressivo, são as *competências recursais* exercidas pelo Supremo Tribunal Federal. Vale lembrar que a Corte funciona como última instância, revisando milhares de casos já solucionados pelos tribunais inferiores. Esse papel, que poderia seguramente ser exercido por outro tribunal, consome em demasia os esforços do STF e só contribui para alargar o déficit operacional da Corte.

Esse conjunto de competências tem levado o Supremo a exercer um notável poder político, ao mesmo tempo em que lhe atribui a responsabilidade por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza social ou moral, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias.

Quando o Supremo Tribunal Federal resolve invalidar leis e atos normativos emanados do Legislativo e do Executivo, órgãos compostos por representantes eleitos pelo povo, é de dizer que o Supremo se comportou como uma instituição *contramajoritária*. Por trás dessa assertiva encontra-se um dos temas mais debatidos na teoria constitucional: a possibilidade de juízes não eleitos sobreporem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos.[265] A despeito das posições divergentes, entende-se que esse é um

---

[264] RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*: perspectivas de evolução cit., p. 467.

[265] Na doutrina estrangeira, esse debate ficou conhecido como "the counter-majoritarian difficulty". Ao tratar do tema, ALEXANDER BICKEL buscou apoio em HAMILTON e assinalou: "onde a vontade do legislador, declarada em suas leis, se opõe à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem se pautar por estes últimos e não pelos primeiros. [...] quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou uma ação de um agente público eleito, ela frustra a vontade dos representados. Exerce o controle, não em favor da maioria prevalecente, mas contra ela. Isso é o que realmente acontece e, sem maiores divagações, é a razão pela qual se pode acusar o *judicial review* de antidemocrático". Em seguida, explica o que entende por democracia, ao afirmar que "as decisões aprovadas no processo eleitoral não são continuamente submetidas a novas apreciações pelos representantes do povo. Privilegia-se aqui a estabilidade, que não deixa de ser um valor contramajoritário. No entanto, embora a democracia não demande uma reconsideração constante da decisão tomada, ela se traduz na possibilidade de uma maioria representativa modificar as decisões anteriores. Este poder é a essência da democracia e, por isso, é mantido em reserva" (BICKEL, Alexander M.

papel legítimo dos tribunais, especialmente quando atuam, em nome da Constituição, para assegurar o respeito aos direitos fundamentais, que constituem uma reserva mínima de justiça em toda sociedade civilizada, e para proteger as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade da maioria ocasional.

Em trabalho acadêmico sobre o assunto, BARROSO[266] aponta que o STF desempenha essa competência contramajoritária com parcimônia e autocontenção. Primeiro chama atenção para o fato de que a judicialização é uma realidade atual, na medida em que um grande número de demandas é levado à apreciação do Judiciário, que, provocado, não pode deixar de se pronunciar. No entanto, na visão desse autor, o fato de haver judicialização não significa que a decisão, ao final, é ativista.

Questões como pesquisa com células-tronco embrionárias, cotas raciais para ingresso nas universidades públicas e demarcação de terras indígenas, para citar três exemplos, passaram pelo crivo do Supremo Tribunal Federal. Em todos eles, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi autocontida, mantendo as leis aprovadas pelo Congresso, nos dois primeiros exemplos, bem como o ato do Presidente da República, no terceiro. Há, de outro modo, situações em que o STF fora evidentemente ativista, como a recente decisão que declarou inconstitucional lei que regulava a participação de empresas no financiamento eleitoral.[267]

O Supremo Tribunal Federal também pode exercer uma função *representativa*.[268] Isso ocorre quando atua para atender as demandas sociais e os anseios políticos não satisfeitos a tempo e a hora pelo processo político majoritário ou, ainda, para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.

The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. New York: Bobbs-Merrill, 1962. p. 16-17).

[266] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República cit., p. 385.

[267] No julgamento da ADI n.º 4.650, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, acolheu, em parte, o pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 23, § 1.º, incisos I e II; 24; e 81, *caput* e § 1.º, da Lei n.º 9.504/1997 (Lei das Eleições), de maneira a tornar inconstitucionais as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Na ocasião, alguns ministros entenderam que o direito de participação política só valia para cidadãos, não para empresas. Outros, por sua vez, defendiam a participação das empresas no financiamento de campanhas, desde que o Congresso assim decidisse, mas a lei era inconstitucional por não impor restrições mínimas a esse direito, tais como a impossibilidade de a empresa doadora firmar contratos com o poder público e a proibição de a pessoa jurídica financiadora conseguir empréstimos de bancos públicos.

[268] Ao advogar o ponto de vista que a Corte Constitucional desempenha um papel *representativo*, BARROSO argumenta que "a legitimidade política não decorre apenas da representação por via eleitoral", à medida que "ao lado dos conceitos de eleições e do princípio majoritário, a ideia de democracia deliberativa não só comporta como exige um outro componente: uma representação argumentativa ou discursiva" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo cit., p. 477).

Assim ocorreu quando o STF proibiu a nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos públicos de livre nomeação nos três Poderes. Apesar da ampla cobrança por parte da sociedade, inexistia, em âmbito federal, ato legislativo que impedisse o nepotismo. Diante disso, o Tribunal extraiu tal proibição dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da impessoalidade.[269] Pode-se também enxergar o papel representativo do STF no caso da greve dos servidores públicos. Nessa hipótese, embora a Constituição Federal tivesse outorgado a essa categoria de trabalhadores o direito à greve, subordinou o seu exercício a uma lei integrativa. Diante da inércia contumaz do Legislativo em disciplinar a matéria, o próprio Tribunal acabou por fazê-lo, mandando aplicar, por analogia, a legislação que cuida do tema no setor privado, até que o Congresso se digne a legislar sobre o assunto.[270]

Quando discutimos, anteriormente, a decisão do Supremo Tribunal Federal que assentou o direito dos casais do mesmo sexo a constituírem uma relação sob o instituto jurídico da união estável, tivemos a oportunidade de adiantar a posição do professor LUÍS ROBERTO BARROSO, que enxerga nas Cortes Constitucionais um papel de "vanguarda iluminista". Certas decisões dos Tribunais não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica, tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Nas palavras do autor

[269] Partindo de julgamentos proferidos no âmbito do controle principal de constitucionalidade, ADI n.º 1.521 (quando o Tribunal considerou legítimo o tratamento dado ao tema do nepotismo pelo dispositivo inserido por meio da EC n.º 12, na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, ao proibir, de forma uniforme nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o exercício do cargo pelos parentes consanguíneos e afins até o segundo grau) e ADC n.º 12 (ocasião em que a Corte declarou constitucional a Resolução n.º 07/2005, do CNJ, que trouxe condicionamentos ao provimento de cargos em comissão e funções de confiança, de modo a vedar a prática de nepotismo no âmbito do Poder Judiciário), o STF deliberou por editar a Súmula Vinculante n.º 13, que possui a seguinte redação: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

[270] Essa orientação está pautada no julgamento dos Mandados de Injunção n.os 670, 708 e 712, ajuizados por entidades representativas de servidores públicos. O STF, em importante decisão, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado, Lei Federal n.º 7.783/1989. Nesse caso, o STF justificou a sua postura, nitidamente ativista, em função da inércia desarrazoada e injustificada do Legislativo. Até por isso, abandonou a sua usual posição não concretista (quando decreta a mora do Poder omisso, reconhecendo formalmente a sua inércia) ou, no máximo, concretista individual (hipótese em que a decisão implementa o direito, mas somente para o autor da ação constitucional) para adotar uma postura concretista geral, que ocorre quando o STF exerce a função de legislador positivo, ou seja, produz a norma do caso concreto, produzindo a decisão efeitos *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa do Legislativo.

fluminense, o papel iluminista manifesta-se quando os Tribunais "atuam para empurrar a história, para avançar o processo civilizatório".[271]

É sem sombra de dúvida questionável a classificação do Supremo Tribunal Federal como um órgão representativo e iluminista. A influência dos anseios da sociedade sobre o Judiciário não é, em si, uma questão negativa. Não é errado nem nocivo que os juízes enxerguem a realidade para além dos seus gabinetes e, ao decidir, levem em consideração a vontade da maioria e o sentimento social. Isso, todavia, não pode (nem deve) convertê-los em mais uma instância da política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pelas pressões da mídia. Inúmeras vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Na hipótese de as normas do sistema jurídico e a vontade popular dominante não coincidirem, os juízes devem sempre pautar-se pelas primeiras. Além do mais, há certo sobejo na eleição do STF como órgão responsável por refletir as opções valorativas da sociedade, na medida em que essa função não deve recair exclusivamente em um Poder, mas em todos, especialmente naqueles cujos membros têm o batismo da representação popular.

A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, apontam para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de Poderes no Brasil.

É verdade, como já discutido, que o Legislativo assiste a uma crise de representatividade e de funcionalidade, com larga dificuldade para extrair consensos. É, no entanto, preciso maior deferência para com as instituições constituídas por representantes eleitos pelo voto popular, caso contrário deixaremos de perceber o controle mútuo entre os Poderes para presenciar o desabrochar do Judiciário como uma instância hegemônica.

BARROSO acredita que o equilíbrio pode estar na postura dos Tribunais quando se depararem com duas situações distintas. A primeira se dá quando o Legislativo e o Executivo tenham efetivamente deliberado sobre determinado assunto. É o caso da pesquisa com células-tronco embrionárias, das cotas raciais para ingresso nas universidades públicas e da demarcação de terras indígenas. Nesses três exemplos, agentes públicos legitimados pelo voto popular fizeram escolhas legislativas ou administrativas fundamentadas e procuraram apontar o rumo da política nacional. Embora exista controvérsia a respeito dos caminhos traçados, os juízes devem ser deferentes para com essas escolhas. Não compete ao Judiciário sobrepor a sua própria valoração política àquela

[271] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República cit., p. 387.

dos órgãos cujos membros foram eleitos pelo sufrágio universal. Arremata BARROSO[272] que "a jurisdição constitucional somente deve se impor, nesses casos, se a contrariedade à Constituição for evidente, se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado democrático".

Hipótese diversa ocorre quando o Legislativo, por qualquer motivo, não tenha atuado, embora a Constituição impusesse alguma providência. Identifica-se aí uma lacuna no ordenamento, a reclamar, em certas ocasiões, a intervenção do STF. Voltemos aqui ao exemplo da união estável homoafetiva. A relação pública e duradoura entre casais do mesmo sexo existe; é um fato da vida. O Congresso, todavia, não dava a devida importância ao tema. Diante dessa circunstância, o Supremo Tribunal Federal teve que decidir se essas relações continuariam invisíveis, do ponto de vista jurídico, ou se iria consagrá-las como uma entidade familiar legalmente admitida, pela importância moral desse reconhecimento e por uma série de questões práticas (pensão alimentícia, herança, divisão de patrimônio). É evidente que a instância adequada para resolver essa contenda é o Legislativo, mas, enquanto esse Poder não delibera, a questão é saber se há algo que o Judiciário, dentro da sua competência e dos seus limites, possa fazer.

Como se percebe, o Supremo Tribunal Federal exerce um poder político de maior destaque quando o Legislativo e o Executivo não atuam. Por isso, pode-se dizer que a chave para o maior ou menor grau de judicialização pertence, no final, ao Congresso, pois, quando delibera, diminui a interferência do Judiciário, mas, quando não o faz, ela se revela em toda a sua extensão.

[272] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República cit., p. 389.

6 CONCLUSÃO

1. A interpretação não é exclusividade do fenômeno jurídico. Trata-se de atividade própria a toda ciência humana. Interpretação jurídica consiste em atribuir significado a um texto normativo, o que se faz no contexto da decisão do caso concreto, a partir das condições fáticas existentes. Interpretar o direito pressupõe compreendê-lo e aplicá-lo dentro do seu alcance e limite.

1.1 A teoria tradicional interpreta o direito a partir de uma lógica silogística, em que a premissa maior é o texto normativo, a premissa menor, os pressupostos de fato e a conclusão é a consequência jurídica.

1.2 Esse modelo clássico não atende as situações mais complexas e plurais, comuns nos dias de hoje. A concretização do direito surge como alternativa e implica um caminhar do texto normativo em direção à norma de decisão, que se inicia pela definição dos dados linguísticos e se encerra quando o intérprete atua sobre os dados da realidade, recortados pelos primeiros.

1.3 Há um relativo consenso sobre a ideia de que as decisões judiciais constituem manifestação do poder discricionário inerente à atividade interpretativa. A discricionariedade judicial é a liberdade do juiz de escolher entre as possibilidades semânticas do texto aquela que melhor se adéqua à hipótese concreta. Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não cumpre o seu papel livre de vínculos.

2. Do mesmo modo em que não há uma unanimidade a respeito do caráter específico da interpretação constitucional, não existe uma uniformidade sobre os traços que a singularizam. Nesse quesito, as particularidades vão desde os caracteres especiais do objeto interpretado – vagueza e flexibilidade da norma constitucional e a matéria por ela regulada – até a supremacia hermenêutica exibida pelos Tribunais Constitucionais, cuja superioridade influencia as decisões políticas dos demais Poderes. Há em oposição a esses outros tantos argumentos a infirmar a pretensa especificidade da interpretação da Constituição. Mesmo reconhecidas as diferenças entre os preceitos constitucionais e outros enunciados normativos que integram o ordenamento jurídico, todos são espécies do gênero norma jurídica e, por isso, submetem-se aos elementos gerais da interpretação.

2.1 As particularidades das normas constitucionais levaram ao desenvolvimento de níveis de estudo do fenômeno interpretativo. Primeiro, fala-se no conjunto de postulados

específicos que servem como ponto de partida para a atividade que dali se inicia, entre os quais se destacam a unidade e a supremacia da Constituição bem com a máxima efetividade. A interpretação constitucional serve-se também das categorias da interpretação jurídica em geral, inclusive os elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Por último, despontam os princípios, cuja missão é orientar e coordenar os diferentes valores que concorrem na interpretação constitucional.

2.2 A teoria a que se vincula o intérprete é também decisiva para determinar como o direito será aplicado. Preocupados em garantir o princípio democrático, os interpretativistas permitem que se extraia da atividade hermenêutica apenas o significado linguisticamente possível de uma dada norma constitucional. Postura distinta é seguida pelos não interpretativistas, ao defender que, no trabalho hermenêutico, ao lado da vontade da maioria, precisam ser invocados valores como justiça, liberdade e igualdade, todos ideais para a adequada compreensão do projeto de Constituição.

2.3 A legitimidade da atividade judicial encontra-se circunscrita aos limites da interpretação. Não é tarefa fácil estabelecê-los. Considera-se interpretativo o processo que atribui a uma norma significado consistente com uma das possibilidades semânticas do texto. Os limites da linguagem, extraídos a partir dos critérios tradicionais, definem, em último caso, o alcance da interpretação jurídica. Outro limitador da atividade jurídica é a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição.

2.3.1 Não há como distinguir a interpretação evolutiva da construtiva e ambas da mutação constitucional. Todas elas agem nos limites da interpretação e revelam-se sempre quando se atribui novo significado a uma norma constitucional, ou se amplia a abrangência da norma para alcançar situações dantes não consideradas como nela inseridas.

3. A relação entre direito (o domínio da razão) e política (o domínio da vontade) assiste a momentos de aproximação e outros de distanciamento.

3.1 No plano de sua criação, não há como o direito se apartar da política, na medida em que é produto dela. É, como dizem, o troféu das muitas batalhas disputadas na arena política.

3.2 As divergências aparecem no plano da aplicação.

3.2.1 A visão formalista tradicional prega a absoluta separação de direito e política, pois enxerga o ordenamento jurídico como um sistema completo, cientificamente neutro e operado por meio de processos mecânicos de concretização das normas jurídicas. A

independência do Judiciário e a vinculação do juiz ao sistema legal bastariam em si para tornar o direito imune às influências políticas.

3.2.2 Opostos a essa visão estão os céticos da autonomia entre direito e política, cujas teorias põem em xeque a crença na objetividade do direito e a existência de soluções prontas no ordenamento jurídico. Para eles, todo caso difícil pode ter mais de uma solução, desde que razoavelmente construída pelo intérprete.

3.2.3 A realidade demonstra que cada uma das visões mencionadas tem uma dose de acerto. O direito é diferente da política, mas não é isolado dela. É legítimo que o direito almeje separar-se da política, no campo da aplicação do direito. Isso é essencial no Estado constitucional democrático. Entretanto, a autonomia será sempre relativa. A interpretação jurídica envolve elementos cognitivos e volitivos e, com frequência, refletirá fatores extrajurídicos. Em vez de negar, a teoria jurídica hoje se preocupa em identificar esses elementos e, na medida do possível, controlá-los.

3.3 O Judiciário, ao assumir o papel de intérprete final e definitivo das questões controvertidas, situa-se em uma posição de primazia perante os outros Poderes. A ascensão dos Tribunais vem acompanhada da judicialização da política e das relações sociais, a revelar o Judiciário como última instância para a decisão de assuntos relevantes do ponto de vista político, social ou moral, em prejuízo das instâncias político-representativas, o Legislativo e o Executivo. Estão assentadas as bases para o ativismo judicial, caracterizado pelo exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que lhe dá sustentação.

4. A mudança de perspectiva da interpretação jurídica, notadamente a constitucional, não significou a superação do positivismo como modelo de compreensão do fenômeno jurídico.

4.1 É verdade que o positivismo clássico tinha um caráter estático e mesmo conservador. Esse modelo não se ajusta ao pluralismo e à complexidade da sociedade atual. Não se desconhece hoje que as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto e principiológico, não se prestam ao sentido unívoco que a tradição exegética lhe conferia. A visão moderna da interpretação constitucional não abandona o método de subsunção tradicional, mas o agrega a novos mecanismos de investigação dos sentidos do texto jurídico.

4.2 Essa realidade que se instaura diante do direito produz os *hard cases*, isto é, situações que não dispõem de uma solução abstratamente prevista e pronta no ordenamento. Os

casos difíceis muito têm a revelar do caráter político da interpretação constitucional, especialmente quando a sua causa advém da textura aberta das normas constitucionais.

4.3 Os conceitos jurídicos indeterminados exercem uma função de relevo, à medida que a fluidez da sua linguagem permite ao intérprete lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis especificar, no texto normativo, as hipóteses de incidência. Por meio dessa linguagem vaga, manifesta-se a discricionariedade dos intérpretes.

4.4 A teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, especialmente nos casos difíceis. Nessas situações, frequentemente não será possível falar em uma única reposta logicamente deduzível para os problemas jurídicos postos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis, dentro das possibilidades linguísticas do texto. A legitimidade da decisão virá de sua capacidade de convencimento, da demonstração lógico-valorativa de que ela é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional *in concreto*.

4.5 Nos casos difíceis tratados em sede de jurisdição constitucional, cabe ao Supremo Tribunal Federal, em último caso, determinar o sentido e o alcance das normas em jogo. Tudo isso denota a supremacia judicial quanto à determinação do que é o direito, o que envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as suas repercussões para a legitimidade democrática.

4.6 A politização da Justiça torna os juízes responsáveis pelo sucesso das escolhas políticas efetuadas sob o véu da jurisdição. Discute-se a quem competirá o controle sobre o acerto ou desacerto dessas escolhas. No modelo em que cabe ao Judiciário a última palavra sobre a adequada interpretação das normas jurídicas, se o caminho traçado pelo juiz não se mostrar politicamente viável, quem poderá alterá-lo? *Quis custodiet custodes*? O próprio Judiciário, no tempo e no modo que melhor lhe aprouver?

4.7 No contexto da interpretação das normas constitucionais, fica registrado que os caracteres políticos acompanham o direito, no momento de criação das normas jurídicas (*antes*), adiante, na aplicação desses preceitos (*durante*) e, enfim, na influência que irradiam no comportamento das instituições e da sociedade (*depois*).

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AFTALIÓN, Enrique et al. *Introducción al derecho*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 87, v. 751, p. 32-50, maio 1998.

ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função*: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e o controle do Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Globalização e direito: a influência dos espaços políticos sobre a estrutura do ordenamento jurídico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 102, v. 388, p. 429-440, nov.-dez. 2006.

ARENDT, Hannah. *¿ Qué es la politica?* Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARAK, Aharon. A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 116, p. 19-162, 2002-2003.

_____. *Purpositive interpretation in law*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

BARRETO, Tobias. *Introdução ao estudo do direito.* Política brasileira. São Paulo: Landy, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, n. 270, p. 377-391, set.-dez. 2015.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan.-mar. 2009.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTIDE, Carlos. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos do governo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 7-16, abr.-jun. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Peculiaridades justificantes de uma hermenêutica constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, ano 5, n. 21, out.-dez. 1997.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*: teoria generale e dogmatica. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1971.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*: the Supreme Court at the bar of politics. New York: Bobbs-Merrill, 1962.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

_____. *Teoria generale della politica*. Torino: Einaudi, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BUENO, Roberto. Política e direito em Norberto Bobbio. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, ano 12, n. 46, jan.-mar. 2004.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. O papel da constituição sob uma visão autopoiética do direito. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, ano 5, n. 20,jul.-set. 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo *versus* governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, ano 8, n. 30, jan.-mar. 2000.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process*: the storrs lectures delivered at Yale University. Virginia: Yale University Press, 1991.

CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares. O regime próprio de previdência dos militares e a inclusão do companheiro homossexual como pensionista: os reflexos da jurisprudência do STF sobre a legislação bandeirante. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 79, p. 271-286, jan.-jun. 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 221, jul./set. 2000.

_____. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010.

DIMITRI, Dimoulis. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofia Política*, n. 17, p. 31-45, 2001.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, v. 5, p. 5-24, out.-dez. 1993.

_____. *Processos informais de mudança da Constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução do estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Luís Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Constitutions, constitutional courts and constitutional interpretation at the interface of law and politics. In: IANCU, Bogdan (Ed.). *The law/politics distinction in contemporary public law adjudication*. Utrecht: Eleven, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Trad. Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2014.

_____. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trad. Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HASSEMER, Winfried. Hermenéutica y derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* 25. Universidad de Granada, p. 63-85, 1985.

HESPANHA, Benedito. O político, o jurídico e o justo na Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, ano 10, n. 39, abr.-jun. 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JHERING, Rudolf von. *Lo scopo nel diritto*. Trad. Mario G. Losano. Torino: Nino Aragno, 2014. v. 1.

KAUTZ, Steve. et al. *The supreme court and the idea of constitutionalism*. Philadelphia: PENN, 2009.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? In: _____. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, ano 7, n. 29, out.-dez. 1999.

LEITE, Glauco Salomão. A "politização" da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, ano 16, n. 64, jul.-set. 2006.

LEITE, Marcelo Santos. A influência dos grupos de pressão na interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, ano 12, n. 48, jul.-set. 2004.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo G. Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. Trad. Menelick de Carvalho Netto et al. *Rechthistorisches Journal*, v. IX, p. 25, 1990.

_____. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MATTOS, Francisca. A constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político e uma abordagem autopoiética do direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, ano 14, n. 57, out.-dez. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência*: elementos de uma teoria constitucional I. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. *Métodos de trabalho do direito constitucional.* Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. Vários tradutores. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. Entre juridicismo e politicismo: o falso dilema da revisão constitucional. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, Editora Universitária da UFPE, v. 1, n. 75, p. 43-47, 1992.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Constituição entre o direito e a política: uma reflexão sobre o sentido performativo do projeto constituinte do estado democrático de direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. et al (Org.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. v. 2.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1970.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Politização do judiciário e a judicialização da política. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, ano 8, n. 33, out.-dez. 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Controle de constitucionalidade no Brasil*: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

RESTREPO, Gabriel Mora. *Justicia constitucional y arbitrariedade de los jueces*: teoria de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales. Madrid: Marcial Pons, 2009.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. t. I.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSENFELD, Michel. *Just interpretations*: law between ethics and politics. Berkeley: University of California Press, 1998.

ROSS, Alf. *On law and justice*. Berkeley: University of California Press, 1959.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución.* Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1983.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1/607-630, 2003.

SIMON, Dieter. *La independencia del juez*. Trad. Carlos Ximenez Carrillo. Barcelona: Ariel, 1985.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A interpretação constitucional: uma abordagem filosófica. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.) *Teoria da constituição*: estudo sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 37, p. 64-94, maio-jun. 2006.

_____; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins et al. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

_____ et al. *Are judges political?*: an empirical analysis of the federal judiciary. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2006.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*: constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul.-dez. 2006.

_____. *Supremo Tribunal Federal*: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. *Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 38, n. 157, p. 58-76, jan.-mar. 1981.

_____. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010.

VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Leya, 2011.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional interpretation*: textual meaning, original intent, and judicial review. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *La legge e la sua giustizia*: tre capitoli di giustizia costituzionale. Bologna: Il Mulino, 2007.

_____. *Principios y votos*: el Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008.