



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**GELSON ANTONIO DO NASCIMENTO**

**INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA E ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**

**MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA**  
**ESPECIALIDADE DIREITO CONSTITUCIONAL**

Lisboa  
2019



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**GELSON ANTONIO DO NASCIMENTO**

**INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA E ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito e Ciência Jurídica, especialidade Direito Constitucional, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Miguel Nogueira de Brito.

**LISBOA**  
2019

## **Agradecimentos**

Inicialmente, agradeço a Deus, por ter-me concedido à vida e por me fortalecer espiritualmente.

Agradeço minha esposa Fátima, pelo incentivo, confiança, amor, carinho e paciência ao longo desta caminhada.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Miguel Nogueira de Brito, pessoa de vasto conhecimento e muito solícito, pela disponibilidade, críticas construtivas, sugestões sempre assertivas.

Agradeço a meus pais e irmãos, pelo carinho e por confiarem em mim.

Agradeço aos amigos Wagner, Diego, Dolivar, Rodrigo Joaquim, Edilson, Tarcísio e Franciene pelo incentivo e debates sobre o tema.

*Mas o que quer dizer este poema? – perguntou-me  
alarmada a boa senhora. E o que quer dizer uma nuvem? –  
respondi triunfante. Uma nuvem – disse ela – umas vezes  
quer dizer chuva, outras vezes bom tempo.*

*(Mário Quintana).*

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade  
AResp – Agravo em Recurso Especial  
art. – artigo  
Cfr. – Conferir  
CPPB – Código de Processo Penal brasileiro  
CPB – Código Penal brasileiro  
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil  
CRP – Constituição da República Portuguesa  
DF – Distrito Federal  
FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
HC – *Habeas Corpus*  
MERCOSUL – Mercado Comum do Sul  
Min. – Ministro  
ONU – Organização das Nações Unidas  
PR – Estado do Paraná  
RE – Recurso Extraordinário  
REsp – Recurso Especial  
RJ – Estado do Rio de Janeiro  
SP – Estado de São Paulo  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
TC – Tribunal Constitucional  
TRF – Tribunal Regional Federal  
UE – União Europeia  
§ - parágrafo

## RESUMO

A interpretação evolutiva surge como alternativa aos métodos tradicionais e princípios de interpretação, ao pretender atualizar o direito, a partir da evolução da sociedade, sem alterar o texto legal. Por outro lado, trata-se de mecanismo de alteração informal que fomenta o ativismo judicial em sua acepção negativa, elevando o Poder Judiciário a uma posição privilegiada em relação aos demais poderes, em razão da falta de controle das decisões que avançam sobre as opções políticas. Em razão disso, propõe-se analisar os fatores de desenvolvimento da interpretação evolutiva enquanto processo informal de alteração da Constituição a partir da teoria do poder constituinte concebida na França e nos Estados Unidos da América, bem como sua relação com o poder de reforma formal e seus reflexos na relação entre os poderes constituídos. Busca-se, ainda, estabelecer as características e diferenças entre os institutos da interpretação evolutiva e da mutação constitucional, a partir de casos práticos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, a análise dos métodos interpretativos, das teorias filosóficas em torno da interpretação do direito como o originalismo em Robert Bork, minimalismo em Cass Sunstein, o direito como integridade em Ronald Dworkin e o processo de densificação dos conceitos indeterminados, torna-se imprescindível para conformação da interpretação evolutiva à teoria do poder de reforma, bem como a consideração do tema frente à cláusula de separação dos poderes, a questão da legitimidade segundo a teoria da soberania popular, e, por último, em relação à democracia dualista de Bruce Ackerman. O estudo fixou, por fim, limites à interpretação evolutiva.

Palavras-chave: interpretação evolutiva, legitimidade, poder de reforma, alteração informal da Constituição.

## ABSTRACT

Evolutionary interpretation emerges as an alternative to traditional methods and principles of interpretation, when it intends to update the law, from the evolution of society, without changing the legal text. On the other hand, it is an informal alteration mechanism that foments judicial activism in its negative sense, elevating the Judiciary to a privileged position in relation to the other powers, due to the lack of control of the decisions that advance on the political options . For this reason, it is proposed to analyze the development factors of the evolutionary interpretation as an informal process of alteration of the Constitution from the theory of constituent power conceived in France and the United States of America, as well as its relation with the power of formal reform and reflected in the relationship between the constituted powers. It also seeks to establish the characteristics and differences between the institutes of evolutionary interpretation and the constitutional mutation, based on practical cases faced by the Federal Supreme Court. In addition, the analysis of interpretive methods, philosophical theories about the interpretation of law as originalism in Robert Bork, minimalism in Cass Sunstein, the right as integrity in Ronald Dworkin and the process of densification of indeterminate concepts, becomes essential for the conformation of the evolutionary interpretation to the theory of the power of reform, as well as the consideration of the subject before the clause of separation of the powers, the question of the legitimacy according to the theory of the popular sovereignty, and, finally, with respect to the dualistic democracy of Bruce Ackerman. The study finally established limits to evolutionary interpretation.

**Keywords:** evolutionary interpretation, legitimacy, reform power, informal amendment of the Constitution.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2. CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO.....</b>	<b>17</b>
2.1. Interpretação constitucional: objetivismo, subjetivismo e o contributo dos métodos interpretativos. ....	17
2.1.1. Métodos clássicos de interpretação. ....	21
2.1.2. Princípios de interpretação constitucional.....	23
2.1.3. Métodos modernos de interpretação constitucional .....	27
2.2. Interpretação evolutiva. ....	30
2.3. Hermenêutica: profusão de métodos e princípios de interpretação e a crise em sua aplicabilidade (intersubjetividade do ser enquanto exegeta) .....	33
2.4. Terias do segundo pós-guerra: em busca da preservação da opção política.....	39
2.4.1. Minimalismo judicial: aspectos procedimental e substancial.....	39
2.4.2. O rigor do originalismo e a vertente minimalista.....	41
2.4.3. O direito como integridade: alternativa ao minimalismo .....	43
2.5. Regras e princípios.....	47
2.6. Interpretação evolutiva: alternativa à estagnação dos conceitos e os princípios constitucionais .....	54
2.7. Evolução e realidade social: o direito como sistema em Canaris, Kelsen e Schmitt....	58
2.8. Regime jurídico dos conceitos indeterminados: convite à interpretação evolutiva.....	65
<b>3. TEORIA DO PODER CONSTITUINTE E O DESENVOLVIMENTO DOS PROCESSOS INFORMAIS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....</b>	<b>73</b>
3.1. A teoria do poder constituinte no constitucionalismo francês na concepção de Emmanuel Sieyès: o esforço contratualista e suas lacunas.....	73
3.2. A influência do constitucionalismo pré-revolucionário americano no desenvolvimento do constitucionalismo moderno .....	81
3.3. A Democracia Dualista de Bruce Ackerman e o reforço do poder do povo.....	88

3.4. Características do poder constituinte. ....	93
3.5. Poder constituinte ilimitado e permanente: perpetuação dos conceitos pré-constitucionais?.....	96
3.6. Poder constituinte como instrumento catalisador de mudança: entre os paradoxos da interpretação evolutiva e da representatividade.....	106
3.7. Mutação e processo de alteração informal da Constituição: origem, evolução histórica e conceito. ....	115
3.7.1. Espécies de mutação e suas fontes de produção: normalidade e normatividade..	122
3.8. Diferenças entre interpretação evolutiva e mutação constitucional.....	129
3.8.1. Mitigação da presunção de inocência (ADC's 43 e 44) e mutação por interpretação contrária ao texto expresso da Constituição. ....	135
3.8.2. Evolução da(s) concepção(ões) de liberdade no século XIX. ....	140
3.8.3. Presunção de inocência vs. liberdade: a evolução dos conceitos pré-constitucionais. ....	143
3.9. Poder de reforma: o regime jurídico das cláusulas pétreas e sua (ina)aplicabilidade aos processos informais de alteração da Constituição. ....	145
3.10. Força normativa da Constituição: contraponto entre a interpretação evolutiva e a mutação constitucional .....	156
<b>4. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA E ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>161</b>
4.1. O papel da justiça constitucional na interpretação da Constituição.....	161
4.2. A insuficiência do Originalismo, do Minimalismo judicial e do Direito como integridade como alternativa à interpretação evolutiva. ....	166
4.3. Alteração de conceitos constitucionais pelo tribunal constitucional e mutação constitucional .....	174
4.4. O silêncio como opção política e a interpretação evolutiva como meio de colmatação de lacunas: análise a luz da separação de poderes .....	182
4.5. Leitura do texto constitucional a partir da realidade social: a questão da soberania popular como pressuposto de legitimidade do poder constituinte.....	190

4.6. Democracia dualista na concretização do poder constituinte: a Suprema Corte na alteração da Constituição .....	197
4.7. Limites à alteração da Constituição pela interpretação evolutiva.....	204
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>214</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>224</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A lei é submetida, a todo o momento, ao escrutínio da atividade interpretativa, circunscrita no tempo e no espaço, muitas vezes adstrita às concepções filosóficas, políticas e culturais do intérprete. Isso permite a atribuição de diversos sentidos ao texto legal, sem que isso caracterize atecnia, quando obedecidos o parâmetros e limites que decorrem do núcleo intangível da Constituição e dos princípios estruturantes, viga mestra de sustentação do Estado de Direito.

Ao lado dos métodos clássicos, modernos e princípios estruturantes da escola da exegese, a interpretação evolutiva, nas palavras de Luís Roberto Barroso, é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes<sup>1</sup>.

A interpretação evolutiva constitui importante mecanismo de atualização do direito, ao permitir que a evolução social seja incorporada ao conteúdo da norma constitucional, impedindo, assim, a condenação das gerações futuras aos ideais das gerações passadas, sem descuidar de toda a importância histórica que também pode influir no processo interpretativo, tal como enuncia o originalismo. É alternativa à estagnação dos conceitos e os princípios constitucionais.

Todavia, o ativismo judicial, no âmbito das Cortes Constitucionais, causa uma ruptura que enfraquece a interpretação evolutiva como fio condutor do dinamismo que permeia as relações sociais e, conseqüentemente, a própria sociedade, por se tratar do ponto médio entre o processo de alteração formal do texto da constituição e as mutações constitucionais, ao mesmo tempo em que deflagra a crise da hermenêutica, seja enquanto ciência propulsora dos métodos e princípios, em sua acepção prática, ou enquanto desenvolvimento e atribuição de significados.

Nesse sentido, há conceitos constitucionais cujo grau de abstração e indeterminação facilita a escalada ativista. Desse modo, é de suma importância analisar a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais, dos princípios e das regras, justamente para apresentar alternativas ao ativismo judicial prejudicial, com vistas a manter a

---

<sup>1</sup> Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

espinha dorsal da Constituição fincada nos princípios estruturantes, fundamentos, direitos e garantias fundamentais.

E, por essa razão, o objetivo deste trabalho não se limita apenas a abordar aspectos conceituais, classificatórios e procedimentais acerca do tema “interpretação evolutiva e alteração da Constituição”. Propõe-se abordar, criticamente, a interpretação dos conceitos jurídicos pelos tribunais, especialmente quando o resultado do processo interpretativo for desconforme a Constituição, ou incompatível com outros institutos jurídicos nela consagrados, além de apontar possíveis soluções para contornar ou, ao menos, mitigar esta prática.

Ademais, constitui objetivo principal a investigação dos fatores de desenvolvimento da interpretação evolutiva da constituição, sua relação com o procedimento formal de alteração do texto constitucional (poder constituinte derivado), e seus reflexos na relação entre os poderes constituídos.

De sorte que, em sintonia com foi exposto acima, constitui problema deste estudo – embora não único – a seguinte indagação: a interpretação evolutiva da constituição permite a alteração do texto constitucional em detrimento do poder de reforma, formalmente delegado ao Legislativo? Há limites? Quais seus reflexos sobre o procedimento formal de alteração do texto constitucional, legitimação democrática, separação dos poderes e constitucionalismo transnacional? Há limites à interpretação evolutiva? Há diferenças entre interpretação evolutiva e mutação constitucional? A democracia dualista é compatível com a alteração informal da Constituição praticada pelas Cortes Constitucionais?

A partir destes problemas, no primeiro capítulo, serão analisadas três teorias interpretativas sedimentadas na filosofia. São elas o originalismo, o minimalismo judicial e o direito como integridade, sendo que no último capítulo será demonstrado que todas elas apresentam problemas de aplicabilidade prática, revelando-se insuficientes para combater o ativismo judicial, ao mesmo tempo em que permitem o uso da interpretação na modificação indevida dos conceitos constitucionais.

Em razão disso, este trabalho tem por finalidade analisar esta problemática, a luz da ciência do direito, tendo por tema central “interpretação evolutiva e alteração da constituição”.

Além dos fatores externos que podem influir negativamente na interpretação, a própria intersubjetividade do ser enquanto exegeta o coloca numa condição especial na construção da interpretação dos conceitos, o que não pode passar despercebido. A intersubjetividade do ser é

aqui tratada a partir de Heidegger, para quem a constituição ontológica do ser se dá na presença.

Destaca-se, ainda, a possibilidade de conflitos entre os diversos sentidos e conteúdos atribuídos a um mesmo conceito constitucional pelos sujeitos ou instituições engajados na interpretação evolutiva da Constituição. Os intérpretes, aqui, são considerados em sua concepção ampla, tal como defendido por Peter Häberle<sup>2</sup> na “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, o que permite confrontar o direito enquanto sistema aberto em Canaris, a teologia política em Schmitt e a teoria pura do direito em Kelsen.

Um dos fatores de motivação do desenvolvimento deste estudo é a crescente escalada da jurisdição constitucional no desenvolvimento da Constituição sem a alteração formal de seu texto, o que traz a tona também a discussão em torno da legitimidade democrática e, por consequência, da separação dos poderes. De qualquer modo, o processo de construção do sentido do texto constitucional passa, necessariamente, pela interpretação, que é evolutiva, na medida em que exprime o novo conteúdo em relação àquele até então prevalecente<sup>3</sup>.

Tudo isso é tratado a partir da teoria no poder constituinte na França, tendo Sieyès como principal referência, e nos Estados Unidos da América, pois a interpretação evolutiva implica alteração da Constituição, sendo imprescindível situá-la entre a hermenêutica e a teoria do poder de reforma. Assim, são descritas as características do poder constituinte de modo a permitir a análise da sua vinculação aos conceitos pré-constitucionais e imanentes.

A vinculação do constituinte aos conceitos pré-constitucionais é controvertida. Em primeiro lugar, esta análise é realizada a partir da classificação das Constituições proposta por Paulo Bonavides<sup>4</sup>, que as distingue, quanto à origem, em outorgada, pactuada e promulgada<sup>5</sup>. Em segundo lugar, serão analisados os anseios defendidos pela sociedade, que acabam por moldar e criar conceitos, e o modo como estes conceitos tidos por pré-constitucionais

---

<sup>2</sup> Cfr. PETER HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Direito Público, vol. 01, nº 60, 2014, p. 27.

<sup>3</sup> Cfr. MANUEL ATIENZA. *Interpreación Constitucional*. Bogotá: Universidade Libre, 2010.

<sup>4</sup> Para PAULO BONAVIDES, do ponto de vista jurídico, a Constituição outorgada é ato unilateral de uma vontade política soberana – a do outorgante, mas do ponto de vista político, representa quase sempre uma inelutável concessão feita por aquela vontade ao poder popular ascendente, sendo pois o produto de duas forças antagônicas que se medem em termos políticos de conservação ou tomada de poder. A Constituição pactuada é aquela que exprime um compromisso instável de duas forças políticas rivais: a realeza absoluta debilitada, de uma parte, e a nobreza e a burguesia, em franco progresso, doutra. Surge então como termo dessa relação de equilíbrio a forma institucional da monarquia limitada. As Constituições populares ou democráticas são aquelas que exprimem em toda a extensão o princípio político e jurídico de que todo governo deve apoiar-se no consentimento dos governados e traduzir a vontade soberano do povo. In. *Curso de direito constitucional*, 2011, pp. 89-90.

<sup>5</sup> Cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *Lições de introdução à teoria da Constituição*. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p 48 e ss.

(precedem a nova ordem) são levados em consideração pelo constituinte originário nas Constituições promulgadas, a exemplo da brasileira e da portuguesa, na tentativa de responder às questões propostas, sem ignorar do impacto que o direito internacional exerce sobre a ordem constitucional interna, inclusive sobre o poder constituinte, sendo a União Europeia e o MERCOSUL dois bons exemplos<sup>6</sup>.

Soma-se a isso o fato de que, muitas vezes, a interpretação evolutiva é tida por sinônimo de mutação constitucional, já que ambos são meios informais de alteração da Constituição. Entretanto, serão apresentadas as características de cada instituto para, em seguida, serem elencados os traços diferenciadores, a partir das classificações de Hsü Dau-Lin, Anna Cândido Ferraz e de Carlos Blanco de Moraes.

Ainda no capítulo segundo são tratados dois exemplos de ativismo interpretativo modificadores da Constituição. O primeiro, as ADC's 43 e 44 que versam sobre a mitigação da presunção de inocência, célebre caso de mutação por interpretação contrária ao texto expresso da Constituição que restringe direito fundamental elevado à categoria de cláusula pétrea. O segundo, mostra a evolução da(s) concepção(ões) de liberdade ao longo século XIX, a justificar verdadeira evolução na interpretação daquele conceito que, sob a égide de uma mesma constituição, permitiu a escravidão e a abolição.

Como reação ao ativismo judicial e interpretativo contrário a Constituição, a partir da obra de Konrad Hesse, a força normativa da Constituição e o regime jurídico das cláusulas pétreas são destacados como dois importantes limites da interpretação evolutiva, o que permite ainda fazer o contraponto entre esta e a mutação constitucional.

O terceiro e último capítulo destaca, inicialmente, o papel da justiça constitucional na interpretação da constituição, bem como o modo essa prática se consolidou na cultura norte-americana ao longo dos tempos, com destaque para momentos como *Marbury v. Madison* e *New Deal*, e como esta noção se desenvolveu na Europa ao longo do século XX a partir do debate Kelsen *vs.* Schmitt.

Em seguida, busca-se demonstrar como é comum o Tribunal Constitucional atribuir novo sentido a conceitos constitucionais (inviolabilidade do direito a vida, por exemplo), sem qualquer evolução ou respaldo histórico-social a embasar a alteração e, via de consequência, a mutação constitucional, sendo evidente que os métodos interpretativos não são suficientes para evitar a criação *ex lege* e *contra lege* do direito. Ao contrário, os métodos servem de

---

<sup>6</sup> Trata-se dos chamados limites Heterónomos. Cfr. JORGE MIRANDA, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e CARLOS BLANCO DE MORAIS.

estratagemas para o exegeta fundamentar qualquer interpretação, seja para manter o conteúdo do conceito, ou para alterá-lo, indiscriminadamente, como se viu no HC 124.306/RJ e parece ser um debate infundável nas ADC's nº 43 e 44.

Com vistas a impedir o avanço desmedido do Tribunal Constitucional sobre competências de outros poderes, também a omissão legislativa é tratada. Sob este aspecto, o silêncio também pode ser visto como opção política, sendo que qualquer investida do tribunal para suprir ativamente a omissão sobre competências alheias caracterizaria afronta a cláusula da separação de poderes, a menos que estivesse caracterizada a afronta a direitos e garantias fundamentais.

Isso também coloca em causa o poder de reforma, pois cabe ao Legislativo alterar formalmente a Constituição. Baseado nisso, a primeira questão que se coloca é saber se a omissão legislativa autoriza a atuação positiva do Tribunal Constitucional para alterar, informalmente, a Constituição, via interpretação evolutiva e sua possível conformação com a cláusula de separação dos poderes. A segunda questão buscar verificar se a da omissão legislativa pode ser usada como justificativa legitimadora da atuação ilimitada dos tribunais constitucionais.

Além da separação dos poderes, o debate em torno da interpretação do texto constitucional, a partir da realidade social, também de ser analisada a luz da doutrina da soberania popular como pressuposto de legitimidade do poder constituinte. Baseado nisso, é realizada a diferenciação entre soberania popular e soberania nacional a partir das doutrinas de Carré de Malberg, Miguel Nogueira de Brito e Sieyès. Busca-se demonstrar que o poder constituinte é órgão de soberania popular criados dos poderes constituídos, detentores de soberania nacional, encarregados de exercer as competências por ele definidas.

A doutrina da soberania popular do poder constituinte, tanto na França como nos Estados Unidos, busca no povo sua maior fonte de legitimação, sendo que na França<sup>7</sup>, a Constituinte seria o povo por estar condicionada a vontade deste, na concepção de Sieyès, e nos Estados Unidos a constituinte seria uma assembleia cujo trabalho só se legitima com a

---

<sup>7</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. “Nesta perspectiva, a função o constituinte aparece como uma dependência da função legislativa. Para Carré de Malberg, o direito constitucional francês não assenta sobre a existência reconhecida de uma soberania popular, mas sobre a ideia de soberania nacional e, por isso, não é sustentável que o poder constituinte pertença aos cidadãos”. In. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 85.

aprovação do povo<sup>8</sup>. Assim dentre os poderes constituídos, o Legislativo goza e legitimidade representativa, ao passo que o Judiciário goza de legitimidade nacional.

Com isso, a questão que se coloca, no âmbito dos poderes constituídos, dentro da matriz americana e francesa, é a seguinte: se o legislador, detentor de legitimidade representativa consubstanciada no voto popular, não pode alterar conceitos constitucionais sem observar o processo formal, como os tribunais constitucionais estariam autorizados a alterá-los por meio da interpretação, já que desmunidos de legitimidade representativa e sem obediência ao processo formal estabelecido pelo poder constituinte que, inclusive, prescreve *quórum* qualificado?

Vencido o debate em torno da legitimidade do tribunal constitucional, o trabalho avança sobre a democracia dualista em Bruce Ackerman, na concretização do poder constituinte que confere ao povo o protagonismo maior, com destaque para o papel da Suprema Corte no processo de alteração da Constituição.

A teoria da democracia dualista em Bruce Ackerman é apresentada no capítulo segundo, na medida em que confere ao povo o poder de iniciar o movimento alterador da Constituição, os chamados momentos constitucionais.

Por último, são elencados os limites à interpretação evolutiva, enfrentando-se a questão em torno vinculação do resultado interpretativo ao texto constitucional e o problema em relação aos conceitos indeterminados, já que não teriam, a princípio, como vincular algo, por não terem conteúdo definido. Diante disso, são traçadas as formas de fixar o conteúdo dos conceitos indeterminados em Karl Engisch, bem como outros limites aos quais os intérpretes estariam sujeitos quando diante deste tipo de conceitos, além dos limites materiais e circunstanciais inerentes ao poder de reforma e sua aplicação dos mecanismos informais de alteração da Constituição.

---

<sup>8</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. Curso de direito constitucional. 34<sup>a</sup>. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 160.

## 2. CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO

### 2.1. Interpretação constitucional: objetivismo, subjetivismo e o contributo dos métodos interpretativos.

A compreensão da Constituição não se extrai automaticamente, embora, muitas vezes, pareça cristalino aos olhos do intérprete, ainda mais quando de está diante de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

E de modo a conferir sentido aos dispositivos constitucionais, a doutrina coloca a disposição do intérprete métodos de interpretação clássicos<sup>9</sup> concebidos por Friedrich Carl von Savigny (interpretação sistemática, histórica, lógica e gramatical) e modernos<sup>10</sup>, dentre os quais J.J. Gomes Canotilho destaca (método hermenêutico clássico, o método tópico-problemático, o método hermenêutico concretizador, o método científico-espiritual, o método normativo-estruturante, e a interpretação comparativa) além de princípios<sup>11</sup> (o da unidade, o da identidade, o da adequação ou de concordância prática, o da efetividade, da supremacia e do efeito integrador) que, ao que parece, nem sempre são os mais adequados diante dos desafios que a realidade impõe. Tanto é que a doutrina, sem desprestigiar ou desconsiderar os

---

<sup>9</sup> Sobre os métodos clássicos de interpretação, cfr. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Cfr. EMERSON GARCIA. *Interpretação constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 517-518. Cfr. FRANCESCO FERRARA “o sentido literal é apenas o conteúdo possível da lei: para se poder dizer que ele corresponde à mens legis, é preciso sujeitá-lo a crítica e a controle”. In: *Interpretação e aplicação das leis*. Traduzido por Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1933, p. 33. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*. 1. ed. Tomo II, 2º Vol. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 636. Cfr. CARLOS MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 183. Cfr. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 446.

<sup>10</sup> Sobre métodos clássicos de interpretação cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 1194-1198. Cfr. HANS Kelsen. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976, p. 464. Cfr. UADI LAMMÊGO BULOS. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 458. Cfr. DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 207. Cfr. THEODOR VIEHWEG. *Topica y jurisprudencia*. Trad. Luis Diez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964, p. 49. Cfr. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 480.

<sup>11</sup> Sobre os princípios aplicáveis à interpretação, cfr. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 120-121. Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Cfr. JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*. Vol. 01. Tomo I, Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 320. Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1207. Cfr. KONRAD HESSE. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

métodos clássicos de interpretação da Constituição, aborda, com ênfase, a nova interpretação da Constituição ou interpretação moderna da Constituição calcada em sólidas bases filosóficas<sup>12</sup>, principalmente a partir do século XX<sup>13</sup>.

O ato de interpretar constitui importante instrumento de atribuição de sentido e conteúdo aos conceitos indeterminados presentes no texto constitucional. Isso não significa que a sistemática constitucional impõe a observância exclusiva dos métodos de interpretação, porquanto o regime jurídico dos conceitos indeterminados, como vimos, contém regras de interpretação, o que denota o desafio que é interpretá-los. Acontece que o exegeta, na maioria dos casos, se esquece do regime dos conceitos jurídicos indeterminados, e passa a interpretá-los, unicamente, a partir dos métodos de interpretação. Resultado disso são o ativismo, e a panaceia de conceitos deturpados que são inseridos, diuturnamente, na ordem jurídico-constitucional.

Para Karl Engisch, interpretar é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos. A indicação do conteúdo é feita por meio duma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais (espaço fechado é um espaço que...). A indicação do alcance (extensão) é feita pela apresentação de grupos de casos individuais que são de subordinar, quer dizer, subsumir, ao conceito jurídico<sup>14</sup>.

Já Karl Larenz conceitua interpretação como “atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático<sup>15</sup>”. Um dos motivos que tornam o texto da lei problemático é o fato de o legislador, ao invés de adotar conceitos cujo âmbito esteja rigorosamente fixado, optar por termos mais ou menos flexíveis, “cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo

---

<sup>12</sup> “É que a pretensão de uma ciência e de uma filosofia jurídica, longe de ser um capricho subjetivo, fundamenta-se em exigências objetivas; logo, havendo o seu desconhecimento, isso resulta em confusão e pretensões epistemológicas desmedidas. [...]. Desse modo, o cientista, sem as respostas jusfilosóficas, fica impossibilitado de cumprir completamente a sua imprescindível missão cognitiva. Ou seja, a realidade jurídica, enquanto é objeto de conhecimento, somente pode ser alcançada mediante a união e colaboração do cientista e do filósofo, pois ambos os níveis de conhecimento se avocam e se complementam reciprocamente”. In. RODOLFO LUIS VIGO. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX as novas perspectivas*. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, p. 294 e ss.

<sup>13</sup> Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004; e BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>14</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*. Traduzido por João Baptista Machado. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p.126.

<sup>15</sup> Cfr. KARL LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 7ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 439.

as circunstâncias, a relação objetiva, e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entoação de uma palavra<sup>16</sup>”.

Por outro lado, Jerzy Wróblewski<sup>17</sup>, analisa a interpretação sobre várias acepções: interpretação *sensu largissimo*, interpretação *sensu largo*, interpretação *sensu stricto*. A primeira acepção se define como a compreensão de um objeto como fenômeno cultural, a qual se atribui algum valor. A segunda acepção significa a compreensão de qualquer signo, atribuindo um significado de acordo com as regras de sentido dessa linguagem.

É na interpretação *sensu stricto*, terceira acepção, que o autor identifica a interpretação judicial. Para ele, esta interpretação “quer dizer determinação de um significado de uma expressão linguística quando existem dúvidas referentes a este significado em um caso concreto de comunicação”. E arremata: “sucede o mesmo com o discurso jurídico exemplificado na decisão judicial justificada. Em alguns casos não há dúvidas de interpretação e não se discute nenhum problema referente ao significado das regras utilizadas, mas também se dão situações em que surgem controvérsias sobre o significado destas regras”.

Por sua vez, J.J. Gomes Canotilho<sup>18</sup> leciona que “interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou a vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundamentada”.

A problemática em torno da interpretação constitucional é relevante, na medida em que não se restringe ao Judiciário, pois afeta os demais Poderes constituídos, ainda mais no caso da interpretação de normas constitucionais, em que o produto da interpretação pode jogar por terra o trabalho do legislador, esvaziando sua competência constitucional, ou ainda colocar em cheque a atuação do Executivo na concretização e efetivação da norma.

O ativismo interpretativo, que extrapola os limites de competência dos Poderes estampados na Constituição, é um problema recorrente no debate doutrinário, ainda mais quando a interpretação transborda os limites semânticos do termo a ser interpretado. E esta é uma constatação diuturna, até porque “interpretar” não é tarefa simples, muito pelo contrário.

E claro, o ativismo não decorre, unicamente, de mera faculdade. Muitas vezes, o Judiciário é instado a se manifestar sobre casos que envolvem conceitos que não encontram

---

<sup>16</sup> Cfr. KARL LARENZ. Metodologia da ciência do direito, 2014, p. 439.

<sup>17</sup> Cfr. JERZY WRÓBLEWSKI. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traduzido por Arantxa Azurza. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1985, pp. 21-26.

<sup>18</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1074.

sentido e conteúdo definido na lei porque o Legislativo foi omissivo e não legislou sobre determinada matéria, ou porque o Executivo não tomou as providências com vistas a concretizar e garantir a efetividade da norma, principalmente àquelas que visam a garantir direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana<sup>19</sup>. E o fundamento será extraído da norma constitucional.

Ao tratar da interpretação judicial, Luís Roberto Barroso<sup>20</sup> menciona que o subjetivismo busca identificar a *mens legislatoris*, ou seja, a vontade do legislador, enquanto que o objetivismo busca a revelação da lei, ou seja, a *mens legis*.

Mas o fato de se buscar a revelação da lei, concepção esta objetivista, em detrimento da identificação da vontade do legislador, não torna mais fácil à vida do intérprete. É que os aspectos pessoais do intérprete, como ideologias, sentimentos, religião e crenças, não pode extrapolar os limites semânticos do próprio texto legal, tornando a norma extraída incompatível com a Constituição ou até mesmo com outras normas infraconstitucionais.

E é neste sentido que Lênio Streck<sup>21</sup> aponta que a discussão acerca da “vontade da lei” e “vontade do legislador” e o segmento objetivista e subjetivista está ultrapassada. A interpretação não pode se resumir a vontade do legislador, se não, a cada legislatura, as leis oriundas das legislaturas anteriores deveriam ser reeditadas ou, ao menos, ratificadas pelos novos legisladores.

Do mesmo modo, não pode desconsiderar a realidade social e a própria evolução da sociedade nos diversos segmentos em nome da vontade da lei. Lênio Streck, ao citar Tércio Sampaio Ferraz Jr, afirma que o objetivismo “levado também ao extremo, favorece um certo anarquismo, pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a própria norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador para os intérpretes, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas americanos, que direito é “o que decidem os tribunais<sup>22</sup>”.

A ciência do direito é uma engrenagem em que os conceitos indeterminados são importantes elementos de ligação dentro do sistema. Quando a interpretação é malsucedida,

---

<sup>19</sup> Cfr. TIAGO ALVES BARBOSA RODRIGUES e ANDRÉ LUÍS VIEIRA. Visto sob outro ângulo, a temática do ativismo judicial deve estar inserida em um círculo virtuoso, no qual será necessário amadurecimento dos atores envolvidos nesse processo, e, em especial, o aprimoramento técnico e institucional dos Poderes Legislativo e Executivo, a fim de cumprirem de maneira eficiente suas funções e de modo a não tornar o ativismo judicial uma válvula de escape de controle social, apta a combater a ineficiência dos demais poderes do Estado. In. *Ativismo judicial: evolução, relevância e limites*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público, 2015, p. 229.

<sup>20</sup> Cfr. LUIS ROBERTO BARROSO. *Interpretação e aplicação da constituição*, 2004, pp. 112-113.

<sup>21</sup> Cfr. LENIO LUIZ STRECK. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, pp. 78 e ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 82.

seja qual for o motivo, o intérprete passa a ser a ferrugem que corrói toda essa engrenagem. E com o Direito Constitucional não é diferente, o que reclama atenção especial da jurisdição constitucional.

### 2.1.1. Métodos clássicos de interpretação.

A doutrina, de um modo geral, atribui os métodos clássicos de interpretação ao jurista Alemão Friedrich Carl von Savigny. Para Gilmar Ferreira Mendes<sup>23</sup>, o método clássico preconiza a interpretação da Constituição a partir dos mesmos recursos interpretativos utilizados em relação às demais leis, segundo as fórmulas desenvolvidas por Savigny: a interpretação sistemática, histórica, lógica e gramatical. O problema é que o texto normativo constitucional não possui a mesma densidade normativa das normas infraconstitucionais.

Acerca dos métodos clássicos de interpretação, Emerson Garcia<sup>24</sup> leciona que “tem sido tradicionalmente caracterizada pelo emprego de métodos bem definidos, como o literal, o lógico, o histórico e o sistemático, aos quais, por influência da *jurisprudência dos interesses*, posteriormente se juntou o método teleológico”.

O método literal<sup>25</sup>, nas palavras de Emerson Garcia, “é direcionado a análise dos aspectos semânticos e sintáticos do enunciado linguístico interpretado. Busca identificar os significados passíveis de serem reconduzidos aos enunciados linguísticos de natureza normativa<sup>26</sup>,”. A crítica que o mesmo jurista faz a este método é no sentido de que, “caso utilizado de modo isolado, tende a dissociar o texto do contexto, passando ao largo da funcionalidade da norma a ser individualizada e da necessidade de compatibilizá-la com as demais normas do sistema”.

Já o método lógico, conforme Emerson Garcia, “é utilizado na identificação de um referencial de racionalidade na relação entre os distintos fatores que concorrem para o delineamento do significado, como é o caso do enunciado linguístico interpretado, da razão que justificou sua edição e da funcionalidade assumida pelo direito do ambiente sociopolítico<sup>27</sup>”.

---

<sup>23</sup> Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO G.G. BRANCO. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

<sup>24</sup> Cfr. EMERSON GARCIA. *Interpretação constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 517-518.

<sup>25</sup> Cfr. FRANCESCO FERRARA “o sentido literal é apenas o conteúdo possível da lei: para se poder dizer que ele corresponde à mens legis, é preciso sujeitá-lo a crítica e a controle”. In. *Interpretação e aplicação das leis*. Traduzido por Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1933, p. 33.

<sup>26</sup> Cfr. EMERSON GARCIA. op. cit., p. 518.

<sup>27</sup> Ibidem, pp. 519.

Em relação ao método de interpretação histórico<sup>28</sup>, ensina Luís Roberto Barroso<sup>29</sup> que consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*. Com propriedade, Carlos Maximiliano assenta que “o recurso aos materiais legislativos serve para descobrir apenas uma ideia do passado; o apego à mesma acarretaria a estagnação, a imobilidade; constituiria um obstáculo ao progresso jurídico e um elemento para ossificar a jurisprudência<sup>30</sup>”.

A seu turno, a interpretação sistemática (método sistemático ou harmonizador), para Carlos Blanco de Moraes, “pressupõe a unidade do sistema jurídico e o primado da Constituição e postula que o preceito que é objeto da interpretação, que é objeto desse sistema, não pode ser revelado isoladamente, antes em necessária conexão com outros preceitos<sup>31</sup>”. Para Emerson Garcia, a interpretação sistemática engloba a realização de três operações básicas: “individualização dos significantes a serem interpretados”; “verificação do significado a ser atribuído aos significantes interpretados”; e, o “intérprete deve identificar, dentre os significados possíveis, aquele que mais se compatibiliza com as demais normas existentes, evitando, tanto quanto possível, o surgimento de antinomias<sup>32</sup>”.

Por fim, o método teleológico ou funcional se preocupa com o fim a que a norma se destina. Carlos Blanco de Moraes<sup>33</sup> aponta que é necessário perscrutar o fim qualificado, a justificação social, o alcance político e as consequências relevantes de um preceito constitucional objeto de interpretação.

Alguns doutrinadores fazem combinações e análise conjunta dos diferentes métodos. Mas a classificação aqui adotada tem prevalecido em toda a doutrina.

A propósito, vem a calhar observação, na medida em que Paulo Bonavides combina os métodos histórico e teleológico, o chamando de método histórico-teleológico, conquanto deixe clara a distinção existente entre os métodos<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS destaca o papel dos precedentes interpretativos, admitindo atualizações doutrinárias e contextuais, que, certamente, deve ser levado em consideração quando do enfrentamento reiterado da matéria, mesmo que para superar o entendimento outrora adotado, bem como as circunstâncias em que a lei foi elaborada (*occasio legis*), das mais variadas vertentes e não apenas política. In. *Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*. 1. ed. Tomo II, 2º Vol. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 642-645.

<sup>29</sup> Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO. *Interpretação e aplicação da constituição*, 2004, p. 132.

<sup>30</sup> Cfr. CARLOS MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 183.

<sup>31</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, op.cit., p. 636.

<sup>32</sup> Cfr. EMERSON GARCIA. *Interpretação constitucional*, 2015, pp. 520-521.

<sup>33</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, 2014, loc. cit.

<sup>34</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES “os fins que o intérprete intenta determinar, mediante o critério teleológico, tanto se acham fora como dentro das proposições legislativas, sendo igualmente importante na pluridimensionalidade

### 2.1.2. Princípios de interpretação constitucional

Há vários princípios que regem a interpretação da Constituição. E como não poderia ser diferente, a doutrina utiliza critérios diferentes para abordá-los. Por exemplo, J.J. Gomes Canotilho, Luís Roberto Barroso e Uadi Lammego Bulos os definem como princípios, enquanto Jorge Miranda os chama de postulados, e Paulo Bonavides de métodos. É importante destacar que J.J. Gomes Canotilho também aborda os métodos de interpretação, distinguindo-os em relação aos princípios.

Independentemente da terminologia adotada, os princípios, postulados ou métodos, constituem o alicerce do que a doutrina chama de métodos modernos de interpretação da Constituição, do que se faz necessário destacar o contributo de toda a doutrina no estudo da matéria.

Mas no campo doutrinário há controvérsias. Virgílio Afonso da Silva critica a propagação que os ditos princípios de interpretação constitucional ganharam no Brasil, em detrimento da pouca difusão que estes princípios ganharam no próprio país de origem – Alemanha – diante da pouca relevância prática que eles teriam para a interpretação constitucional<sup>35</sup>.

Já Gilmar Ferreira Mendes<sup>36</sup> adota tom mais ameno ao falar dos princípios de interpretação constitucional, reconhece a utilidade deles, mas alerta que não devem ser ingenuamente superestimados, na medida em que podem entrar em contradição entre si.

Ao tratar dos postulados de interpretação constitucional, Jorge Miranda<sup>37</sup> cita os seguintes: o da unidade, o da identidade, o da adequação ou de concordância prática, o da efetividade e o da supremacia. Para o renomado jurista, “eles servem de cânones hermenêuticos que se projetam sobre os elementos clássicos – gramatical, histórico, teleológico e sistemático – e lhes requerem adaptações”.

---

desse método estabelecer a vinculação histórica, visto que esta consente uma captação mais precisa do sentido da norma”. In. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 446.

<sup>35</sup> Cfr. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 120-121.

<sup>36</sup> Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO G.G. BRANCO. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 91-92.

<sup>37</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*. Vol. 01. Tomo I, Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 320.

Já J.J. Gomes Canotilho<sup>38</sup> elenca os seguintes princípios de interpretação da Constituição: unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efectividade, da justeza ou conformidade funcional, concordância prática ou da harmonização e da força normativa da Constituição.

Pelo princípio da unidade, a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas<sup>39</sup>. Busca-se, em verdade, a análise do texto constitucional como um todo integrado que ao mesmo tempo dialoga com os dispositivos que o compõem, com vistas a evitar discrepâncias.

Sem desprezar o elemento histórico e comparativo, Jorge Miranda<sup>40</sup> leciona que “a partir da unidade se chega à Constituição material de cada Estado e cada momento, assim como, encontrada esta, se torna possível e seguro descer para a dilucidação do sentido de disposições particulares”.

Para Virgílio Afonso da Silva, o princípio da unidade da Constituição nada mais seria do que aquilo que há pelo menos século e meio vem se chamando de interpretação sistemática<sup>41</sup>.

Todavia, é digno de registro que embora haja elementos comuns à interpretação sistemática, aplicável também na interpretação da legislação infraconstitucional, o princípio da unidade da Constituição é relevante diante das nuances e da complexidade que envolve as normas constitucionais. Como diz Gilmar Mendes<sup>42</sup>, a legislação infraconstitucional é muito mais densa do que as normas constitucionais. E esta densidade relaciona-se com o grau de especificidade conferido pelo legislador ordinário a determinada matéria regulada pela lei. Não que isso facilite a vida do exegeta. Mas oferece outros elementos para se realizar a interpretação.

O princípio da concordância prática, nas lições de Jorge Miranda, determina que as normas constitucionais prossigam os correspondentes fins, pelo que as formulações linguísticas donde constam devem ser interpretadas à luz desses fins procurando-se resultados que sejam com eles os mais consentâneos<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1207.

<sup>39</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>40</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*. Vol. 01. Tomo I, 2014, p. 320.

<sup>41</sup> Cfr. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126.

<sup>42</sup> Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO G.G. BRANCO. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

<sup>43</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, op. cit, pp. 322-323.

Umbilicalmente ligado aos princípios da unidade da constituição e da máxima efetividade, o princípio da concordância prática “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros<sup>44</sup>”. Desta feita, segundo Gilmar Ferreira Mendes<sup>45</sup>, objetiva resolver os problemas que “surgem, sobretudo, em caso de colisão de princípios, especialmente de diretos fundamentais, em que o interprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário”.

Já o princípio da máxima efetividade visa extrair o sentido de máxima eficácia das normas constitucionais, em caso de dúvidas decorrentes da interpretação a ser extraída<sup>46</sup>. Nas palavras de Jorge Miranda<sup>47</sup>, “tem de lhe ser conferida, ligada a todas as outras, a máxima capacidade de regulamentação e concretização”.

E de fato, no âmbito dos direitos fundamentais, é imprescindível que a interpretação adotada alcance a maior abrangência possível, a considerar, é claro, toda a normatividade constitucional. Também serve de sucedâneo ao controle de constitucionalidade, como bem pondera Jorge Miranda<sup>48</sup>, na medida em que o “desvio de poder legislativo” revela a contradição entre os fins da norma e os atos praticados em relação às normas constitucionais.

Pelo princípio da força normativa da Constituição, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho<sup>49</sup>, “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental”.

Konrad Hesse, em sua obra “A força normativa da Constituição”, afirma que a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-a, assim, em força ativa, destacando dois pressupostos: conteúdo da Constituição, a incorporar o estado espiritual de seu tempo, e a práxis constitucional, representada pela consolidação da normatividade constitucional ao longo do tempo, mantendo-a estável, condição fundamental de eficácia da Constituição<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1209.

<sup>45</sup> Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO G.G. BRANCO. *Curso de direito constitucional*, 2016, p. 95.

<sup>46</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, op. cit, p. 1208.

<sup>47</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*. Vol. 01. Tomo I, 2014, p. 323.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 324.

<sup>49</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, op. cit, p. 1210.

<sup>50</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, pp. 20-23.

Nesta seara, a interpretação atua como fator de preservação da força normativa da Constituição, na medida em que deve buscar concretizar o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação, sem perder de vista seu caráter evolutivo, mas ciente de que o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa<sup>51</sup>.

O princípio da justeza ou conformidade funcional, de acordo com J.J. Gomes Canotilho, “tem em vista impedir, em sede de concretização da Constituição, alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida<sup>52</sup>”.

O processo de interpretação não pode levar a um resultado interpretativo que “subverta” a distribuição de competências constitucionalmente estabelecida, em despreço ao Legislativo e ao Executivo, ou que avance sobre o pacto federativo (competências dos Estados e Municípios), no caso do Brasil, ou, no caso de Portugal, sobre as regiões autônomas e autarquias locais.

O princípio do efeito integrador visa dar “primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política<sup>53</sup>”.

A interpretação não pode ser voltada unicamente a um segmento social ou político. Imperiosa a necessidade de preocupar-se com todo o sistema da normatividade constitucional, desde os poderes constitucionalmente estabelecidos, aos segmentos sociais, em sua individualidade e também coletivamente, principalmente no que diz respeito a direitos fundamentais e sociais. A integração não é entre as normas, até porque o princípio da unidade já trata disso, mas transcende a norma e visa promover a integração com a realidade numa sociedade multifacetada.

Já o postulado da supremacia, de acordo com Jorge de Miranda, “significa que não é a Constituição que deve ser interpretada de acordo com a lei; é a lei e é todo o Direito infraconstitucional que devem ser interpretados em conformidade com a Constituição; e entre duas ou mais interpretações plausíveis de certo preceito deve adotar-se o mais conforme com a Constituição”. Kelsen<sup>54</sup> define bem a relação entre a relativa indeterminação do ato de aplicação do direito: “a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de

---

<sup>51</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *A força normativa da Constituição*, 1991, pp. 22-23.

<sup>52</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1208.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Cfr. HANS KELSEN. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976, p. 464.

determinação e vinculação, onde a norma de escalão superior regula o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata”.

E como esta determinação nunca é completa, já que a Constituição “não pode vincular todas as direções”, o que fica a margem constitui campo fértil para o intérprete, que buscará a moldura constitucional daquela norma<sup>55</sup>.

### 2.1.3. Métodos modernos de interpretação constitucional

Dentre os métodos modernos de interpretação da Constituição<sup>56</sup>, J.J. Gomes Canotilho destaca: método jurídico (método hermenêutico clássico), o método tópico-problemático, o método hermenêutico concretizador, o método científico-espiritual, o método normativo-estruturante, e a interpretação comparativa<sup>57</sup>.

O método jurídico ou método hermenêutico clássico, com base nas lições de J.J. Gomes Canotilho, determina a interpretação da Constituição com se lei fosse, utilizando-se, para tanto, dos métodos clássicos de hermenêutica como o elemento filológico (literal, gramatical, textual), elemento lógico, elemento histórico, elemento teleológico e genético<sup>58</sup>. Em complemento, Dirley da Cunha Jr., destaca que o método jurídico não é repellido pela doutrina, e que, por sinal, vem sendo empregado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, embora deixe claro que este método é insuficiente e não satisfaz, por si, a interpretação constitucional, que carece de métodos mais adequados com o seu objeto (as normas constitucionais)<sup>59</sup>.

Por sua vez, o método tópico-problemático teve como precursor Theodor Viehweg, segundo o qual “o ponto mais importante no exame da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma técnica do pensamento que se orienta para o problema”. Afirma ainda que a “tópica se destina a fornecer dados para saber como se comportar em uma situação semelhante, a fim de não ser detido sem remissão. É, por conseguinte, uma técnica de pensamento problemático<sup>60</sup>”.

---

<sup>55</sup> Cfr. HANS KELSEN. *Teoria pura do direito*, 1976, p. 464.

<sup>56</sup> Cfr. No mesmo sentido: UADI LAMMÊGO BULOS. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 458; e DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 207.

<sup>57</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, pp. 1194-1198.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 1194-1195.

<sup>59</sup> Cfr. DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, pp. 208-209.

<sup>60</sup> Cfr. THEODOR VIEHWEG. *Topica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964, p. 49.

De acordo com J.J. Gomes Canotilho<sup>61</sup>, “os aplicadores-interpretadores servem de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema”. Ou seja, este método visa identificar, dentre as várias opiniões, visões ou maneira de ver o conteúdo da norma, aquela que melhor se encaixa na resolução do problema proposto.

O método hermenêutico concretizador, nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos<sup>62</sup>, busca suprir deficiências normativas, preenchendo, se necessário for, lacunas constitucionais. Para o renomado jurista, ao contrário do método tópico, que parte do caso concreto para a norma, o hermenêutico-concretizador parte da constituição para o problema, valendo-se das pré-compreensões do intérprete sobre o tema (pressupostos subjetivos), o qual atua como se fosse um mediador entre a norma e o caso concreto, que brota da realidade social (pressupostos objetivos)<sup>63</sup>.

O método científico-espiritual, idealizado por Rudolf Smend, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, parte de duas premissas: as bases de valoração (ordem de valores, sistemas de valores) subjacentes ao texto constitucional, e o sentido e a realidade da constituição como elemento do processo de integração.

Ao tratar deste método, elogia Paulo Bonavides<sup>64</sup>:

Graças, pois a esse nono meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Já não se menosprezam, em consequência, os chamados fatores extraconstitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por metajurídicos, mas que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição. Disso decorre, portanto uma plasticidade maior dos textos constitucionais, bem como uma consideração mais larga e expressiva daquilo que se tem chamado “o espírito da Constituição”, que o intérprete deve buscar tanto quanto Montesquieu perscrutava o espírito das leis.

De fato, os valores encontrados na Constituição funcionam como fios condutores na solução dos problemas colados, que não podem estar desconectados com o sentido da realidade. São estes valores vivos que revelam o espírito da Constituição, ainda mais numa

---

<sup>61</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1195.

<sup>62</sup> Cfr. UADI LAMMÊGO BULOS. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 458.

<sup>63</sup> No mesmo sentido leciona J.J. GOMES CANOTILHO, ao afirmar que o método hermenêutico-concretizador assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema. In. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2002, p. 1196.

<sup>64</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 480.

realidade que se altera a cada dia. Sem levar em consideração estes valores, o espírito da Constituição se distanciaria dos seus destinatários.

Pelo método normativo-estruturante, idealizado por Friedrich Müller, “o interprete constitucional não pode separar o programa normativo, inserido nas Constituições, da realidade social<sup>65</sup>”. A norma não compreende apenas o texto, que é apenas a ponta do *iceberg*, pois abrange também um pedaço da realidade social<sup>66</sup>.

Por último, a interpretação comparativa faz apelo a elementos do direito comparado acerca da aplicação do direito nos casos mais variados. Busca-se a solução de um problema ante a experiência já vivenciada em outro lugar, principalmente no âmbito do direito internacional.

Sobre este método adverte J.J. Gomes Canotilho<sup>67</sup> que o “problema do método comparativo é, assim, o de saber se ele consegue mais do que recortar *standards* (medidas regulativas médias correspondentes a condutas sociais correctas) típicos de determinados modelos culturais”.

E a preocupação é válida. A importação do direito muitas vezes torna-se obsoleta justamente por ignorar a realidade social e cultural do país de onde o direito é importado. A direção interpretativa, como diz Uadi Lammêgo Bulos<sup>68</sup>, pode variar na medida em que a realidade social varia.

De saída, cumpre destacar que tais métodos implicam intenso debate doutrinário, justamente por se revelarem alternativa frente aos chamados métodos clássicos, conferindo um poder excessivo ao intérprete, muitas vezes refém do subjetivismo que pode escambar o próprio limite da lei e da realidade em que se aplica.

E neste sentido são as lições de Paulo Bonavides<sup>69</sup>, *verbis*:

**Descortina-se assim um campo de imprevisível extensão para o florescimento de distintas posições interpretativas no domínio da hermenêutica constitucional. Perde, porém essa hermenêutica a firmeza do modelo clássico, que se assentava numa lógica confiante, sólida, imbatível. Sua plasticidade é fraqueza. A manipulação dos fins e do sentido faz deveras fácil o tráfego a soluções de conveniência, a conclusões pré-concebidas, a subjetivismos, em que o aspecto jurídico sacrificado cede complacente a solicitações do aspecto político, avassalador da norma e produtor exuberante de perplexidades e incertezas inibidoras.**

<sup>65</sup> Cfr. UADI LAMMÊGO BULOS. *Curso de direito constitucional*, 2014, p. 458.

<sup>66</sup> Cfr. DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 212.

<sup>67</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1214.

<sup>68</sup> Cfr. UADI LAMMÊGO BULOS, op. cit, loc. cit.

<sup>69</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, p. 477.

Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do interprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de Justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição.

José Geraldo de Alencar Filho também demonstra preocupação com os contornos que envolvem a interpretação constitucional, e aponta, dentre umas das consequências, o ativismo judicial. Leciona que “o limite do poder de interpretação dos tribunais faz parte da própria racionalização do poder, conferindo estabilidade, posto que, ao mesmo tempo em que se permite a interpretação da norma constitucional, essa mesma premissa impede a modificação da Constituição, por meio da sua interpretação<sup>70</sup>”.

No âmbito da hermenêutica, a definição do limite entre o que é interpretação e subjetivismo (achismo que extrapola o conteúdo, o sentido e espírito do texto) é objeto de amplo estudo na doutrina atual, cujo enfoque tem sido voltado às análises jusfilosóficas, embora não avance na mesma medida entre os tribunais. Não é uma tarefa fácil, na medida em que nenhuma consideração deve ser feita a margem da realidade social.

## **2.2. Interpretação evolutiva.**

A tendência que prevaleceu na doutrina não foi a concepção de que a vontade do legislador primevo deve ser buscada quando da análise de algum diploma constitucional. Com isso, as teorias originalista, minimalista e objetiva não predominam na atualidade, embora sejam sempre lembradas quando o judiciário se arvora, com excessos, sobre matérias afetas à competência de outros poderes.

A concepção prevalecente não é a *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência. Este é o fundamento da chamada interpretação evolutiva<sup>71</sup>. Se coaduna com a interpretação moderna as teorias filosóficas que contribuem para a análise crítica do direito, sem perder de vista o que foi escrito e a realidade circunscrita ao fato.

---

<sup>70</sup> Cfr. JOSÉ GERALDO ALENCAR FILHO. *Judicialização da política e ativismo judicial: Estudos dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial*. Recife: Nossa Livraria, 2013, p. 97.

<sup>71</sup> Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 2009, p. 151.

Com efeito, a realidade pode se alterar de tal modo que uma interpretação antes predominante também tenha que ser alterada para se adequar às novas práticas<sup>72</sup>. Se o direito não acompanhar a mudança perderá sua força normativa, na medida em que outros instrumentos serão erigidos para regular as novas relações, substituindo-o. Para que isso não aconteça, o direito precisa ocupar esse espaço.

Daí, a interpretação que recai sobre determinado texto legal também tem que evoluir, até porque não faz sentido revogar todo o bloco de normas já existentes, na medida em que as situações que reclamam atualização podem ser pontuais.

Para Luís Roberto Barroso a interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes<sup>73</sup>.

Na verdade, o renomado jurista toma emprestado o conceito adotado por Ana Cândida da Cunha Ferraz em sua obra “*Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*”, para quem a interpretação evolutiva admite novos conteúdos sem contrariar o texto literal da Constituição, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais, que não estavam presentes na mente dos constituintes quando elaboraram a Constituição<sup>74</sup>.

Nota-se, portanto, que não há alteração formal do texto constitucional, mas sim da interpretação que até então recaía sobre o texto. Até porque a nova interpretação deve ser compatível com os termos legais empregados, sob pena de ser inconstitucional. Por isso as constituições se valem de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais como válvula de escape a permitir sua atualização<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Nesse sentido, Adilson Abreu Dallari ensina que “toda norma legal, inclusive constitucional, decorre de um ambiente político, social e econômico vigente no momento de sua edição. Mas esse ambiente muda com o decorrer do tempo, exigindo do intérprete e aplicador da lei um esforço de adaptação, para que possa dar a correta solução aos problemas emergentes. E certo, portanto, que a melhor interpretação da lei (entre as várias possíveis) vai variar ao longo do tempo de sua vigência. Uma interpretação incontestavelmente correta adotada em um momento do passado, pode tornar-se inaceitável em ocasião posterior, pois obviamente, não faz sentido dar-se a mesma solução para um mesmo problema que se tornou diferente, em razão de alterações no plano da realidade fática”. In. *Privatização, eficiência e responsabilidade*. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2004, p. 02.

<sup>73</sup> Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 151.

<sup>74</sup> Cfr. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 45.

<sup>75</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. “O Tribunal Constitucional criou interpretativamente um verdadeiro parâmetro normativo de valor constitucional embora com reporte direto ao direito posto ou decidido, cuja indeterminação foi propositadamente equacionada pelo legislador para que o citado parâmetro fosse densificado pela Justiça Constitucional”. In. *As mutações constitucionais implícitas*, p. 79. Cfr. PAULO BONAVIDES.

A seu turno, Raul Canosa Usera ensina que é legítimo afirmar que a evolução e manifesta como imanente a Constituição que, em sua rigidez, propõe um plano de adaptação e transformação da sociedade. A mencionada rigidez opera, pois, como garantia da própria evolução. Uma Constituição moderna estável é aquela que evolui, não a que perpetua um pensamento conservador para o qual a manutenção das estruturas sociais se considera fundamental de uma constituição. Pelo contrário, os instrumentos constitucionais modernos, precisamente porque aspiram a prolongar sua vigência no tempo, pretendem, também, assegurar sua eficácia prevendo, mediante a indeterminação de suas disposições, vias suficientes que propiciem sua evolução<sup>76</sup>.

De acordo com Paulo Bonavides, a análise interpretativa da Constituição não pode, por conseguinte, prescindir do critério evolutivo, mediante o qual se explicam as transformações ocorrentes no sistema, bem como as variações de sentido que tanto se aplicam ao texto normativo, como à realidade que lhe serve de base - a chamada realidade constitucional, cuja mudança é, não raro, lenta e imperceptível ao observador comum<sup>77</sup>.

De todo modo, a interpretação evolutiva não pode ser analisada isoladamente. É imprescindível que a construção hermenêutica em torno desse método de interpretação seja conjugada com a teoria do Poder Constituinte. É que o Poder constituinte originário delegou a atribuição de alterar o texto constitucional ao Poder Legislativo. Nos capítulos seguintes se buscará estabelecer o diálogo permanente entre a teoria do poder constituinte, instituto que cuida da realização da alteração formal da Constituição, e a interpretação evolutiva enquanto mecanismo de atualização e alteração da Constituição.

Como se verá, a interpretação evolutiva é analisada ao lado da mutação constitucional, muitas vezes como expressões sinônimas, o que traz à tona a problemática em torno da atribuição de novos sentidos contrários ao próprio texto constitucional. Os detalhes dessa relação devem se trazidos às claras, com vistas a fixar limites que tornem possíveis a relação harmoniosa entre interpretação evolutiva, mutação constitucional e poder constituinte.

---

“Com efeito, os métodos tradicionais, embora aplicáveis satisfatoriamente às leis no campo do Direito Privado, são, porém, de todo inadequados e insuficientes para captar o sentido das cláusulas não raro principais de uma Constituição ou o alcance normativo pluridimensional de um direito fundamental. A Constituição, de natureza, se apresenta tanto quanto aquele, aberta e indeterminada, contendo cláusulas gerais e principais, cujo conteúdo só se completa no ato concreto de aplicação em face do problema”. *Curso de direito constitucional*. 34ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 604.

<sup>76</sup> Cfr. RAUL CANOSA USERA. *Interpretacion constitucional y formula politica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 111.

<sup>77</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 34ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 140.

### 2.3. Hermenêutica: profusão de métodos e princípios de interpretação e a crise em sua aplicabilidade (intersubjetividade do ser enquanto exegeta)

A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar<sup>78</sup>. Celso Ribeiro Bastos complementa o conceito ao afirmar que a hermenêutica estuda abstratamente os enunciados que podem presidir uma determinada interpretação, ao passo que esta é a aplicação desses enunciados, aclarando-lhe o sentido<sup>79</sup>. A partir do jurista italiano Emilio Betti, Raul Canosa Usera vislumbra correto enquadramento da interpretação jurídica numa classe de atividade humana mais ampla estudada pela hermenêutica, embora reconheça que tal enquadramento tenha pouco efeito prático sobre sua teoria desenvolvida<sup>80</sup>.

A palavra hermenêutica, segundo Richard Palmer, teve sua origem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por «interpretar», e no substantivo *hermeneia*, «interpretação»<sup>81</sup>.

Em sua obra *Ser e Linguagem*, Heidegger relaciona a hermenêutica com o Deus grego Hermes, mensageiro do Olimpo<sup>82</sup>. Para o autor, o processo de «tornar compreensível», associado a Hermes enquanto ele é mediador e portador de uma mensagem, está implícito nas três vertentes básicas patentes no significado de *hermeneuein* e *hermeneia*, no seu antigo uso. As três orientações, usando a forma verbal (*hermêneuein*) para fins exemplificativos, significam: 1) exprimir em voz alta, ou seja, «dizer»; 2) explicar, como quando se explica uma situação, e 3) traduzir, como na tradução de uma língua estrangeira. Aliás, a teoria hermenêutica de Richard Palmer também parte destas premissas<sup>83</sup>.

Com isso, Heidegger, inicialmente, desenvolve a hermenêutica a partir da saga do dizer<sup>84</sup>. Em adesão e complemento a obra de Heidegger, Richard Palmer trata de dois

---

<sup>78</sup> Cfr. CARLOS MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2011, p. 01.

<sup>79</sup> Cfr. CELSO RIBEIRO BASTOS. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 25.

<sup>80</sup> Cfr. RAUL CANOSA USERA. *Interpretacion constitucional y formula politica*, 1988, p. 3.

<sup>81</sup> Cfr. RICHARD E. PALMER. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 23.

<sup>82</sup> Cfr. MARTIN HEIDEGGER. *A caminho da linguagem*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Caminhos da linguagem. Petrópolis: Editora Vozes, 2003, p. 96.

<sup>83</sup> Cfr. RICHARD E. PALMER, op. cit., p. 24.

<sup>84</sup> A saga do dizer é mostrar. Em tudo que nos fala alguma coisa, em tudo que nos aclama, conclama e reclama, em tudo o que nos aguarda como o que não foi falado e também na fala que nós cumprimos, em tudo isso vigora o mostrar, que deixa aparecer toda vigência e que tira do brilho toda ausência. Em sua saga, o dizer não é, de forma alguma, uma expressão linguística acrescentada posteriormente ao que aparece. Ao contrário. Tanto o brilho do aparecer como a sombra do desaparecer repousam na saga mostrante do dizer. Ela libera toda vigência para o seu vigor e confina tudo o que está ausente à sua ausência. Em sua saga, o dizer perpassa e articula o livre da clareira, esse que busca um aparecer e deve abandonar o desaparecer, e no qual toda vigência e ausência deve se mostrar e dizer. A saga do dizer é a reunião articuladora de tudo que aparece no mostrar múltiplo que, em toda

elementos hermenêuticos: o explicar e o traduzir. Em relação ao dizer, Palmer exprime sua preocupação com o fato de a teologia e a interpretação literária reconverter a escrita em discurso. Os princípios de compreensão que permitem esta conversão constituem uma preocupação dominante da moderna teoria hermenêutica<sup>85</sup>. Já em relação ao explicar, sugere o autor que o significado tem a ver com o contexto; o processo explicativo fornece o palco da compreensão<sup>86</sup>. Não se trata apenas de uma abstração humana<sup>87</sup>. E o traduzir, segundo o autor, “há sempre dois mundos, o mundo do texto e o mundo do leitor, e por consequência há sempre a necessidade de que Hermes «traduza» de um para o outro”.

De fato, há de se reconhecer o grande contributo da teoria de Heidegger e de seu discípulo Gadamer em pensar a hermenêutica a partir da filosofia, numa concepção ontológica<sup>88</sup> em que o ser humano também faz parte do contexto e traz consigo axiomas e compreensões pré-estabelecidas inseparáveis do processo interpretativo<sup>89</sup>. Diante da letra fria da lei, o exegeta volta-se, também, para o plano externo do caso enfrentado, indo além ou até mesmo recuando a conceitos pré-determinados.

Em sua obra “Ser e Tempo”, Heidegger percorre a questão do ser. O conceito de ser é indefinível, e se constrói a partir do ente<sup>90</sup>. O ente pode vir a ser determinado em seu ser sem que, para isso, seja necessário já dispor de um conceito explícito sobre o sentido do ser.

---

parte, deixa o que se mostra repousar em si mesmo. Cfr. MARTIN HEIDEGGER. A caminho da linguagem. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Caminhos da linguagem. Petrópolis: Editora Vozes, 2003, p. 206.

<sup>85</sup> Cfr. RICHARD E. PALMER. Hermenêutica, 1969, p. 30.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>88</sup> A investigação fenomenológica de Heidegger é de caráter ontológico, isto é, busca as determinações essenciais do ser dos entes. Dessa maneira, pretende sempre situar-se aquém do plano empírico ou ôntico (dos entes) e constituir-se na condição de possibilidade do mesmo. Assim, as estruturas ontológicas explicitadas na análise do *dasein* (como ocupação, disposição, compreensão, discurso) não devem ser confundidas com aqueles que seriam os seus correlatos ônticos ou empíricos (afeto, desejo, conhecimento, linguagem) - na verdade, tais estruturas são a fundamentação existencial dos mesmos. A analítica existencial "está antes de toda psicologia, antropologia e, sobretudo, biologia." (Heidegger, 1995: 81). Ela corresponde à abertura de um a priori, mas sem que isso signifique uma construção apriorística" (ibid:87), isto é, desvinculada de toda "empíria". Com efeito, a pesquisa científica e a pesquisa ontológica podem até convergir, esta última tendendo sempre para uma maior "purificação" e transparência do que se descobriu onticamente. A investigação científica realiza uma primeira e tosca "fixação dos setores dos objetos", e só o faz a partir da abertura originária ao modo de ser dos entes pela qual a experiência ordinária do mundo é responsável. Para que o questionamento científico possa abordar uma determinada região dos entes, é preciso antes que essa região seja elevada do horizonte da experiência original - o horizonte da relação fundamental do ente que questiona com o mundo questionado. In. MÁRCIO BARBOSA. A Noção de Ser no Mundo em Heidegger e sua Aplicação na. Psicopatologia Psicologia, Ciência e Profissão, 1998, p.3.

<sup>89</sup> Para Arthur Kaufmann, em Heidegger, “a interpretação é o processo pelo qual a compreensão se apropria/atribui da compreensão do ser”. In. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 383.

<sup>90</sup> Cfr. MARTIN HEIDEGGER. Ser e tempo. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 29.

Não fosse assim, não poderia ter havido até hoje nenhum conhecimento ontológico, cujo fato não pode ser negado<sup>91</sup>.

A constituição ontológica do ser se dá na presença. Na própria presença e para ela, esta constituição ontológica é, desde sempre e de alguma maneira, conhecida. O reconhecimento do mundo requer o conhecimento da própria presença, como relação exemplar entre «alma» e mundo. Por isso, reconhecer o mundo e interpelar e discutir o “mundo” funcionam como modo primário do ser-no-mundo, embora este último não seja concebido como tal. Porque, no entanto, esta estrutura de ser permanece ontologicamente inacessível, ela é experimentada onticamente como “relação” de um ente (mundo) com outro ente (alma)<sup>92</sup>. É que a presença não constitui experiência isolado do ser no mundo, mas também a conjugação ontológica que considera, para todos os efeitos, o ser enquanto alma, marcado por diversas experiências acumuladas.

Ao assumir a influência da história e da temporalidade sobre a presença e ao tratar da forma como o ser lida com essa influência, Heidegger ensina que a presença se temporaliza como atualidade na unidade do porvir e do vigor de ter sido. A atualidade abre, como instante, o hoje em sentido próprio. Mas na medida em que este é interpretado a partir da compreensão por vindoura nas repetições de uma possibilidade de existência assumida, a historiografia própria desatualiza o hoje, isto é, separa-se, com sofrimento, da publicidade decadente do hoje. Em sentido próprio, a historiografia monumental e antiquária é, necessariamente, uma crítica do «presente»<sup>93</sup>.

Nesse sentido, Mafalda Blanc, a partir da obra de Heidegger, separa o “ser” e o “ente”. O ser, que não é o ente embora nele se dê e descubra, foi interpretado pelos Gregos como “aparecer” (*fainestai*), vir à presença e aí subsistir, e o ente, sua contraparte, como o que aparece num modo sempre próprio de aceder e de estar. O ser significava, com efeito, não um conceito abstracto e indeterminado, mas uma experiência concreta e efectiva, essa mesma que a vida histórica faz da contingência do seu estar sendo, implementando possibilidades<sup>94</sup>.

De acordo com Mafalda Blanc, é essa distinção que abre caminho a uma hermenêutica da facticidade que desembocaria na tese essencial de Ser e Tempo: o sentido do

---

<sup>91</sup> Cfr. MARTIN HEIDEGGER. Ser e tempo. Parte I, 2005, p. 33.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>93</sup> Cfr. MARTIN HEIDEGGER. Ser e tempo. Parte II. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 204.

<sup>94</sup> Cfr. MAFALDA BLANC. Desconstrução e retomção: Heidegger e a demanda do originário. Philosophica, 45, Lisboa, 2015, p. 59.

ser, embora de forma não temática, é extraído da experiência do tempo, colhida nas “coisas mesmas” por essas estruturas de ser que presidem à relação do homem com o mundo<sup>95</sup>.

Em “Ser e Tempo”, Heidegger deixa claro a interferência do caminho na vida do ser, e o modo com isso interfere e amolda a maneira de pensar. Esses influxos interferem, sobretudo, na compreensão humana dos fatos concretos e também dos actos abstratos, campo em que se situaria a lei ainda não normada, de acordo com Heller.

Ninguém pode prever seu caminho. A experiência humana traduz-se num constante caminhar em que a previsibilidade é quase impossível. A título de exemplo, certamente um indivíduo de classe baixa tem uma visão de mundo completamente distinta de outro indivíduo de classe alta, na medida em que os caminhos foram diferentes. Essas concepções acumuladas ao longo do caminho interferirão na análise dos fatos colocados a sua disposição de um ou outro modo.

Outro exemplo paralelo a ser citado são as considerações de John Rawls, segundo o qual não se pode falar em meritocracia entre pessoas quando as posições de partida são distintas<sup>96</sup>. É nítida a disparidade entre a classe mais alta e a classe mais baixa. Do contrário, não trataríamos da garantia de um nível mínimo de subsistência como um direito refratário da dignidade da pessoa humana<sup>97</sup>.

A partir disso, Mafalda Blanc apregoa que a “interpretação” (*Auslegung*) é assim um existencial concomitante da “compreensão” (*Verstehen*), a sua explicitação discursiva, que revela como todo o apreendido é já sempre entendido a partir de um horizonte prévio de sentido, isto é, remetido para um conjunto articulado de reenvios de carácter ante-predicativo e pré-linguístico<sup>98</sup>. De acordo com Heidegger, o ser encontra-se a maior parte das vezes encoberto, obscurecido ou mesmo distorcido, sendo esse o motivo por que se torna necessária uma prévia Analítica da existência enquanto fundamento da Ontologia, na medida em que o

---

<sup>95</sup> Cfr. MAFALDA BLANC. Desconstrução e retomação: Heidegger e a demanda do originário, 2015, p. 61.

<sup>96</sup> Ora, parece evidente, a luz dessas observações, que a interpretação democrática dos dois princípios não conduziria a uma sociedade meritocrática. Essa forma de ordem social segue o princípio das carreiras abertas a talentos, e usa a igualdade de oportunidades como um modo de liberar as energias dos homens na busca da prosperidade econômica e do domínio político. Existe uma visível disparidade entre a classe mais alta e a classe mais baixa, tanto nos meios de vida quanto nos direitos e privilégios da autoridade organizacional. A cultura dos estratos mais baixos e empobrecida, enquanto a da elite governante e tecnocrática é solidamente baseada no serviço em prol dos objetivos nacionais de poder e riqueza. A igualdade de oportunidades significa uma chance igual de deixar para trás os menos afortunados na busca pessoal de influência e posição social. Cfr. JOHN RAWLS. Uma teoria da justiça. Traduzido por Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 114.

<sup>97</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. O ordenamento constitucional português e a garantia de um nível mínimo de subsistência. In. *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra, 2014, pp. 1097-1124.

<sup>98</sup> Cfr. MAFALDA BLANC, op cit, loc cit.

ser não pode ficar escondido<sup>99</sup>. Daí, o ser, sob a ótica da fenomenologia<sup>100</sup>, se manifesta, o que não impede que volte a ser encoberto casual ou necessariamente.

A autora confronta a concepção heideggeriana da compreensão do ser, a partir de um horizonte prévio de sentido, com os falsos conceitos herdados dessa pré-compreensão. Com isso, se a pré-compreensão do ser é indispensável para fornecer elementos à interpretação, do mesmo modo será imprescindível para desconstruir os falsos conceitos pré-estabelecidos<sup>101</sup>.

A desconstrução, assim, tem seu papel positivo. Sob este jaez, não elimina as pré-compreensões adquiridas ao longo do caminho, mas possibilita uma metamorfose criadora, uma verdadeira releitura dos conceitos herdados e a serem empregados diante da factualidade.

Tatiana Benevides Magalhães Braga e Marciana Gonçalves Farinha apontam que “a compreensão do ser ocorre a partir dele próprio, com as possibilidades mediadas pelos feitos que componham a cotidianidade desse ser<sup>102</sup>”. Com isso, trilhamos nosso caminho, lidando com o sentido das vivências presentes em nosso contexto existencial. Nada faz sentido isolado.

A partir de Alexandre Pasqualini, “é como se o fluxo hermenêutico, em sua universalidade, emanasse da constituição mesma do real. O mundo e a vida são, desse modo, hermenêuticos. Eis porque alguém já disse [Heidegger], com alguma liberdade poética, que a casa do ser é a linguagem<sup>103</sup>”.

Não se pode olvidar que os influxos das concepções prévias adquiridas ao longo do caminho interferem, sobremodo, na maneira de ser e de enxergar a vida, bem como interfere na dogmática jurídica, quando o exegeta está diante da letra fria da lei. O dilema é interpretá-la. Mas a partir de que?

---

<sup>99</sup> No entanto, como se mostrou nas considerações precedentes, o que, num sentido extraordinário, se mantém velado ou volta novamente a encobrir-se ou ainda só se mostra "desfigurado" não é este ou aquele ente, mas o ser dos entes. O ser pode-se encobrir tão profundamente que chega a ser esquecido, e a questão do ser e de seu sentido se ausentam. O que, portanto, num sentido privilegiado e em seu conteúdo mais próprio, exige tornar-se fenômeno é o que a fenomenologia tomou para objeto de seu tema. A fenomenologia e a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. A ontologia só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. Pois, o mostrar-se não é um mostrar-se qualquer e, muito menos, uma manifestação. O ser dos entes nunca pode ser uma coisa "atrás" da qual esteja outra coisa "que não se manifesta". Cfr. MARTIN HEIDEGGER. Ser e tempo. Parte I, 2005, p. 66.

<sup>100</sup> Só é possível conquistar o modo de encontro com o ser e suas estruturas nos fenômenos a partir dos próprios objetos da fenomenologia. É por isso também que o ponto de partida das análises, o acesso aos fenômenos e a passagem pelos encobrimentos vigentes exigem uma segurança metódica particular. Cfr. MARTIN HEIDEGGER. Ser e tempo. Parte I, p. 67.

<sup>101</sup> Cfr. MAFALDA BLANC. Desconstrução e retomagem: Heidegger e a demanda do originário, 2015, p. 62.

<sup>102</sup> Cfr. TATIANA B. M. BRAGA e MARCIANA GONÇALVES FARINHA. Heidegger: em busca de sentido para a existência humana. Rev. abordagem gestalt. [online]. 2017, vol.23, n.1, pp. 65-73. ISSN 1809-6867.

<sup>103</sup> Cfr. ALEXANDRE PASQUALINI. Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p.18.

A concepção heideggeriana, como vimos, estabelece que as concepções pré-estabelecidas interferirão, além das nuances inseridas no caso concreto. Mas até que ponto? Lênio Streck sugere que o processo de produção de sentido do discurso jurídico não pode ser guardado sob um hermético segredo, como se fosse uma abadia do medievo. Para o autor, as palavras da lei não são unívocas; são, sim, plurívocas, questão que o próprio Kelsen já detectara de há muito. Mas isso não significa que o processo hermenêutico admita discricionariedades e decisionismos. É possível encontrar respostas corretas em direito, justamente pelo caráter antirrelativista da hermenêutica filosófica<sup>104</sup>.

No entanto, para evitar discricionariedades e decisionismos, condutor inevitável do ativismo, *mister* se faz observar as lições de Mafalda Blanc, no sentido de desconstruir os falsos conceitos pré-estabelecidos. Se estes falsos conceitos alimentam interpretações distorcidas ou carregadas de valores que negam a lei, precisam ser superados, sob pena de suplantar a função primária do judiciário que é julgar de acordo com a lei geral e abstrata, justamente para impedir que o jurisdicionado se torne refém das convicções pessoais do julgador, muitas vezes diferentes das suas.

O ser é dotado de capacidades para desconstruir paradigmas. A desconstrução dos falsos conceitos também é um novo caminho, cujo percurso proporcionará o aprendizado de novos conceitos. Já o ente é dependente do ser. Para Lenio Streck, o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento, e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, “o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado<sup>105</sup>”.

A legalidade é o primado maior do Estado, na medida em que a lei é igual para todos. Mas não basta a igualdade abstrata. O descumprimento da lei é a negativa do Estado enquanto organização democrática, e quando é praticada por integrantes dos poderes constituídos caracteriza infração lesa pátria, o que relega a legalidade a um segundo plano, ao mesmo tempo em que compromete a emersão da igualdade material<sup>106</sup>. A hermenêutica não pode ser usada pelo exegeta como mecanismo de manipulação do caminho previamente traçado pelo legislador, numa aplicação apodítica que varia a depender dos atores do processo.

---

<sup>104</sup> Cfr. LÊNIO STRECK. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p. 18.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>106</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”. In: Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho. *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 105-133.

## 2.4. Terias do segundo pós-guerra: em busca da preservação da opção política.

### 2.4.1. Minimalismo judicial: aspectos procedimental e substancial

A teoria dos acordos incompletos, na concepção de Cass Sunstein, permite que os membros do tribunal, de comum acordo, deixem o espaço que envolve discussões de ampla relevância política sem preenchimento na decisão, contribuindo para a construção de uma cultura democrática. Acordos teóricos incompletos também têm a vantagem de permitir que as pessoas mostrem um alto grau de respeito mútuo. Ao se recusar a resolver casos concretos a partir de questões fundamentais de consciência, permitem que os cidadãos se anunciem que a sociedade não deve tomar partido em tais questões até que seja obrigado a fazê-lo<sup>107</sup>.

Desse modo, ao adotar a teoria dos acordos incompletos, numa vertente minimalista, a Suprema Corte evitaria que suas decisões fossem demonizadas pela sociedade. É que a depender do grau de profundidade expresso na decisão, o Tribunal, inevitavelmente, se imiscuirá em questões filosóficas, religiosas e políticas profundas<sup>108</sup> que, certamente, regozijarão o núcleo social, fomentando uma contrarreação popular deslegitimadora da própria decisão, por parte daqueles que se sintam subjugados do processo democrático de construção do entendimento adotado.

Na sua forma procedimental, o minimalismo é orientado a deixar as questões controversas em aberto, sem decidir, adotando fundamentação tão estreita quanto possível, suficiente apenas para decidir o caso enfrentado. Um acordo teórico incompleto pode ser possível em qualquer conjunto específico de compromissos. Como vimos, um forte princípio de liberdade de expressão pode dar suporte a várias posições diferentes. Mas também é fácil imaginar minimalistas de muitas listras substantivas diferentes. Um minimalista conservador pode tentar preservar o que é essencial para o conservadorismo, mas deixa muitas questões importantes indecisas, por exemplo, que, para certos fins, as disputas internas entre os conselheiros não precisam ser resolvidas ou que é desnecessário e imprudente decidir

---

<sup>107</sup> Cfr. CASS SUNSTEIN. *Legal Reasoning and Political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 35.

<sup>108</sup> Cfr. HANS KELSEN. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 169-170. “É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional. Para evitar tal deslocamento de poder - que ela com certeza não deseja e que é totalmente contraindicado do ponto de vista político - do Parlamento para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível”.

concursos particulares entre conservadores e seus antagonistas. Um minimalista que também é um democrata deliberativo tentaria promover o núcleo desse compromisso<sup>109</sup>.

Os compromissos substantivos do minimalismo constitucional, portanto, pertencem à mesma família básica que os esforços filosóficos para descrever um núcleo substantivo de política liberal que funcione bem. É claro que a identidade precisa do núcleo exigiria uma declaração extensa, contendo uma série de qualificações. O núcleo consiste em abstrações incompletamente especificadas, ou de fortes presunções, refutáveis em circunstâncias incomuns. Mas a declaração a seguir, embora seja, captura a maior parte do território<sup>110</sup>.

Enquanto o minimalismo procedimental se preocupa em subtrair das mãos do Judiciário as questões de grande controvérsia, deixando-as em aberto, o minimalismo, em seu aspecto substancial, se preocupa com o conteúdo das decisões expresso na fundamentação daquilo que é enfrentado pelo Tribunal<sup>111</sup>. Deve partir de concepções amplamente difundidas e aceitas no seio social, além de sintéticas. Isso não significa, porém, que uma corte minimalista permita, sob esse mesmo argumento, que os direitos fundamentais sejam violados.

No Estado de Direito, a deferência para com as opções políticas legitimamente construídas pelos órgãos políticos e legislativos, deve ser a regra, quando compatíveis com a Constituição. Todavia, o mesmo não se pode dizer em relação a atos que põem em xeque direitos e garantias fundamentais, o que exige a atuação conformadora do tribunal de modo a extirpá-los da ordem jurídica. Talvez essa seja a principal medida do controle de constitucionalidade.

Ora, se o minimalismo judicial tem por objetivo lançar ao debate democrático as questões controversas, não as deixando, exclusivamente, a cargo das Cortes Constitucionais, aqui reside o ponto de ligação com o princípio da legalidade, já que as leis são produzidas pelos legítimos representantes do povo, eleitos democraticamente, tal como determina o princípio democrático. De modo que desrespeitar a lei, é desrespeitar o processo legiferante como expressão máxima da vontade popular. É ferir a democracia, o que constitui prática grave e inaceitável por qualquer dos poderes, não estando o Judiciário imune às consequências dessa violação. É isso que o minimalismo, tanto em sua vertente procedimental como substancial, procurar elidir.

---

<sup>109</sup> Cfr. CASS SUNSTEIN. *One case at a time: judicial minimalismo on the Supreme Court*. London: Harvard University Press, 1999, pp. 61-62.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>111</sup> Cfr. CASS SUNSTEIN “[...]. The argument therefore has a great deal to do with the problem of collective choice”. In. *Legal Reasoning and Political conflict*, 1996, p. 39.

## 2.4.2. O rigor do originalismo e a vertente minimalista

O minimalismo surgiu numa época em que o originalismo estava em franca ascensão e tinha em Robert Bork<sup>112</sup> um de seus principais expoentes. O originalismo ganhou novos contornos como resposta ao ativismo da Suprema Corte Americana nas décadas de 1960 e 1970, durante as Cortes *Warren* e *Burger*<sup>113</sup>. Na era inicial de Reagan, o debate do originalismo na teoria constitucional americana contemporânea passou a ser a peça central da agenda jurisprudencial conservadora. “O debate explodiu nos confins da academia de direito e na conscientização pública em 1985 no famoso e extraordinário intercâmbio entre o Procurador-Geral Edwin Meese e o juiz William Brennan<sup>114</sup>”. Como leciona Dennis Goldford, “em um discurso perante *American Bar Association* em Washington/DC, em julho de 1985, Meese revisou o período de 1984-5 da Suprema Corte, com particular atenção às questões constitucionais nas áreas de federalismo, direito penal e religião. Tal revisão das decisões do Tribunal, sugeriu Meese, revelou uma falta de coerência que equivale a uma jurisprudência de idiosincrasia<sup>115</sup>”.

A ideia do originalismo, nas palavras de Dennis Goldford, é ler a Constituição de acordo com as normas ou princípios constitucionalizados pelos seus escritores e ratificadores. Para o autor, “derramar um novo significado em palavras antigas, ou vinho novo em uma garrafa antiga, é central, pois sugere que não ler a Constituição em termos de intenção original, é necessariamente não ler a Constituição<sup>116</sup>”.

O movimento característico e controverso do originalismo é traduzir o princípio geral de que os intérpretes devem ser vinculados pelo texto constitucional ao princípio mais estreito, geralmente definitivo do originalismo em suas formas particulares, de que os

---

<sup>112</sup> Cfr. ROBERT H. BORK. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, 1990 BYU L. Rev. 665 (1990). Ver também: *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*. Indiana Law Journal: 1971, vol. 47: Iss. 1, Article 1. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol47/iss1/1>.

<sup>113</sup> Digo “ganhou novos contornos” porque, como leciona CESAR MECCHI MORALES a ideia do originalismo tem profundas raízes no sistema jurídico americano. Já no *Federalista 78*, Alexander Hamilton afirmava que os juízes não poderiam interpretar a Constituição substituindo “as intenções constitucionais por seus próprios desejos” e que o sentido da constituição deveria vigorar até que o povo tenha, por um ato solene e oficial, anulado ou mudado a forma estabelecida. O juiz da Suprema Corte Joseph Story, em 1833, afirmava que tem um significado “fixo e uniforme independente das opiniões e paixões de cada época; é o mesmo ontem, hoje e sempre”. In. *Originalismo e interpretação constitucional*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 36.

<sup>114</sup> Cfr. DENNIS GOLDFORD. *The American Constitution and the debate over originalism*. New York: Cambridge University Press 2005, p. 24.

<sup>115</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>116</sup> Cfr. DENNIS GOLDFORD. The idea here of pouring new meaning into old words, or new wine into an old bottle, is central, for it suggests that not to read the Constitution in terms of original intent is necessarily not to read the Constitution – that is, that collection of norms or principles “constitutionalized” by the writers and ratifiers – at all. In: *The American Constitution*, 2005, p. 96.

intérpretes devem ser vinculados pela compreensão dos escritores e dos ratificadores do texto constitucional<sup>117</sup>. Algo fora disso deveria ser concebido via emenda constitucional.

Todavia, vincular o intérprete ao sentido atribuído ao texto constitucional pelos seus escritores e ratificadores nunca foi o propósito do minimalismo judicial. Longe disso, Sunstein não propõe uma interpretação vinculada aos sentidos vigentes à época da criação da Constituição, com recurso à interpretação histórica ou ao predomínio da vontade do constituinte<sup>118</sup>. A preocupação de Sunstein volta-se a aspectos de congruência interna da decisão judicial que afetam a sua fundamentação, com vistas a não produzir efeitos externos indesejáveis, em nome da deliberação democrática. São recomendações para a adoção de argumentos estreitos e o não enfrentamento de questões políticas, morais, econômicas e sociais controversas. Isso fica muito claro nos acordos teóricos incompletos e nos aspectos procedimental e substancial do minimalismo.

Os acordos teóricos incompletos visam levar os juízes à convêrgencia, apesar de posições teóricas divergentes, em nome da solução possível e adequada para o caso concreto. Para isso, não é necessário converter-se à posição teórica de outrem. Basta o comprometimento no sentido de que tais questões controversas, por exigirem fundamentação profunda, não sejam levantadas naquele momento, até porque o voto destinado ao convencimento dos demais pares, nestas questões, exige densidade e profundidade teórica.

De todo modo, enquanto o aspecto procedimental objetiva abstrair as questões controversas da alçada decisória do Tribunal, o aspecto substancial, por outro lado, se preocupa com o teor da fundamentação daquilo que será enfrentado.

Percebe-se, assim, que o originalismo, ao contrário do minimalismo, não possui qualquer recomendação no sentido de deixar questões em aberto, mas concentra-se tão somente em decidi-las de acordo com o entendimento vigente à época da criação da Constituição, e com a vontade de seus subscritores, um convite à estagnação do direito constitucional frente à realidade, agravado ainda pela dificuldade de saber qual seria a real intenção do constituinte originário.

---

<sup>117</sup> Cfr. DENNIS GOLDFORD. *The American Constitution and the debate over originalism*. 2005, p. 91.

<sup>118</sup> Cfr. RONALD DWORKIN. "If Bork's version of what the Constitution requires is in fact the right view, then the effect of judges following a different view would indeed be a departure from the actual Constitution. But that hardly means that scholars who disagree with Bork intend or advocate that result. For they have the same view about the effects of Bork's views: I myself think that the effect of following his version of original understanding would be - indeed, in recent years has been - a departure from the actual Constitution. But I do not accuse him of bad faith, or of wanting to subvert the American form of government". In: *Bork's Jurisprudence*, p. 660. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4684&context=uclrev>. Acesso em 16.06.2017.

Tanto é assim que uma das principais críticas de Lee Strang<sup>119</sup> confronta o originalismo com o próprio sistema jurídico americano calcado no *stare decisis*. Para ele, o originalismo não oferece resposta sobre os precedentes firmados pela Corte, em sentido diverso daqueles preconizados pelos subscritores da Constituição. Se fossem superados (*overruling*) para adequarem-se à realidade constitucional vigente à época da feitura do texto magno, trariam ainda mais insegurança jurídica e colocariam em risco uma compreensão já difundida e aceita no meio social, numa prática retrógrada.

Em comum, originalismo e o minimalismo surgiram como teorias alternativas ao ativismo judicial amplamente difundido na Suprema Corte Americana até o início da década de 1970, durante a *Warren Court*, e até 1985 com o fim da *Burger Court*.

Outros autores como Laurence Tribe, Michael Dorf defendem a atualização da norma como uma das funções precípuas da hermenêutica constitucional, de modo que rejeitam a análise baseada na teoria originalista da Constituição, apegada a aspectos que remetem ao intérprete à época da criação da norma. Ainda mais quando a própria sociedade evoluiu, assim como as relações pessoais, a tecnologia e as instituições. Os autores americanos defendem a interpretação das normas jurídicas constitucionais e das categorias jurídicas como proteção substantiva dos direitos fundamentais. O direito deve evoluir para atingir as novas relações. Do contrário, perderá sua força normativa.

Em complemento, Howard Lee McBain<sup>120</sup> defendia, já em 1928, a necessidade de atualização da Constituição por meio das emendas e da interpretação judicial, do que se denota a ideia de transpor as barreiras do originalismo. Certamente a ideia de “constituição viva” foi um dos impulsos para o ativismo da Suprema Corte Americana nas décadas seguintes.

### **2.4.3. O direito como integridade: alternativa ao minimalismo**

---

<sup>119</sup> Cfr. LEE J. STRANG. *An Originalist Theory of Precedent: Originalism, Nonoriginalist Precedent, and the Common Good*. New México Law Review, nº 419, vol. 36, (2006). Disponível em: <http://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol36/iss2/8>. Acesso em 20.08.2017, p. 434.

<sup>120</sup> Cfr. Howard Lee McBain “We say it is this document [Constituição norte americana] has amended and interpreted to date; for nineteen formal amendments have been added to the constitution since 1789, although ten of these were adopted immediately thereafter and may therefore be regarded as part of the original instrument. And wholly apart from amendments by which the actual words of the constitution have been altered or added to, a living constitution cannot remain static. Our constitution has, as we shall see, developed by the growth of custom, by the practices of political parties, by the action or inaction of Congress or the President, and especially by judicial interpretation”. In. *The Living Constitution*. New York: The Macmillan Company, 1928, p. 11.

A teoria do minimalismo judicial não está imune a críticas. Certamente, um dos maiores críticos é Ronald Dworkin, cujas razões foram expostas na obra “Justice in Robes”. Não apenas isso, Dworkin também contrasta a teoria do “direito como integridade” com a teoria do minimalismo judicial.

Os aspectos consentâneos à teoria da integridade que contrastam com o minimalismo judicial são, justamente, a profundidade teórica a ser desenvolvida com vistas a encampar da melhor maneira possível à decisão a ser tomada. Visa densificar a fundamentação jurídica, sem que nada escape aos olhos do julgador. Ensina Dworkin que “o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada - expressando uma concepção coerente de justiça e equidade<sup>121</sup>”.

Para Dworkin, “o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas<sup>122</sup>”.

Ao destacar a complexidade que envolve a interpretação jurídica, Dworkin faz analogia com o romance em cadeia em que “o veredito do juiz - suas conclusões pós-interpretativas - deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível. No direito, porém, a exemplo do que ocorre na literatura, a interação entre adequação e justificação é complexa”.

Nesse cenário, Dworkin lança mão do juiz Hércules, criterioso e metódico<sup>123</sup>, em busca da solução perfeita do caso concreto, diante do sua alta capacidade para analisar todo o material jurídico que circunda a questão litigiosa. Dworkin assenta que “Hércules deve encontrar, se puder, alguma teoria coerente sobre os direitos legais à indenização por danos morais, tal que um dirigente político com a mesma teoria pudesse ter chegado à maioria dos resultados que os precedentes relatam<sup>124</sup>”.

Apesar da abrangência da teoria do «direito como integridade», Dworkin não ignora os limites à legitimidade do tribunal, principalmente no que concerne à preservação das opções políticas consentâneas com o bloco de constitucionalidade, ao tratar dos argumentos

---

<sup>121</sup> Cfr. RONALD DWORKIN. *O império do direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 271-272.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 291.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 288.

<sup>124</sup> Ibidem, loc., cit.

de princípio e de política. Os argumentos de princípios<sup>125</sup>, a serem empregados nas decisões judiciais, definem direitos que devem ser realizados contra majoritariamente, em conformidade com o texto constitucional, enquanto os argumentos de política<sup>126</sup> definem estados ideais de coisas quanto a aspectos econômico, social e político, inerentes à quadra política, os quais são contraindicados para subsidiar as decisões, mesmo diante de casos difíceis.

Na obra “*Justice in Robes*”, Dworkin destaca três responsabilidades: (a) de julgamento, (b) de coordenação e (c) da exposição, que obriga a autoridade pública a fundamentar, devidamente, suas decisões, ainda que para isso se faça necessário imiscuir-se no debate de teorias complexas<sup>127</sup>. No âmbito da jurisdição constitucional, o princípio da publicidade obriga os juízes a expor em suas decisões as razões que os levaram a tomá-las, como forma de se fazer compreender socialmente e mostrar a todos que a decisão é sustentada em razões profundas.

Daí que se extrai o primeiro conflito de ideias lançadas entre o direito como integridade de Dworkin, e o minimalismo judicial de Cass Sunstein, que prega uma fundamentação estreita e superficial, suficiente apenas para decidir o caso concreto, o que, todavia, não pode ser confundido com ausência de fundamentação.

De acordo com Dworkin, na teoria dos acordos incompletos, dois teoremas (sobre as responsabilidades de coordenação e exposição) em nada diferem da concepção teórica do raciocínio jurídico<sup>128</sup>.

O terceiro teorema sobre as responsabilidades individuais é o de julgamento. É aqui que, segundo Dworkin, reside o gargalo diferenciador da teoria de Cass Sunstein. O julgador, para Sunstein, deve se abster de aventurar-se nos domínios mais abstratos da teoria moral política<sup>129</sup>.

Nesse aspecto, os acordos teóricos incompletos, como aponta Dworkin, poderiam “forjar alianças políticas e judiciais mesmo quando há divergência teórica<sup>130</sup>”. Ou seja, podem conduzir a um resultado que não expresse exatamente a posição teórica fundamentadora de cada magistrado. Com isso, quando a decisão for submetida ao escrutínio popular,

---

<sup>125</sup> Cfr. RONALD DWORKIN: “os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. In. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 129.

<sup>126</sup> Cfr. RONALD DWORKIN “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, In. *Ibidem, loc. cit.*.

<sup>127</sup> Cfr. RONALD DWORKIN. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006, p. 66.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>129</sup> Cfr. CASS SUNSTEIN. *One case at a time*, 1999, p. 3.

<sup>130</sup> Cfr. RONALD DWORKIN, *op. cit.*, p. 68.

possivelmente segmentos sociais simpáticos à determinada teoria sentir-se-ão relegados pela posição do tribunal.

Para Dworkin, os juízes comuns “não podem estabelecer nenhum limite a escalada justificadora para a qual um problema irá levá-los. É a natureza da indagação em si que vai determinar o nível teórico que deve ser explorado, e isso não pode ser conhecido nem estipulado de antemão”. Aqui, Sunstein aponta que é a partir do caso concreto que se define os argumentos a serem deduzidos na fundamentação para sustentar a posição adotada. Ao que parece, o minimalismo não busca se antecipar ao próprio caso. Apenas sugere que diante do caso concreto, seja lançada fundamentação condizente com a solução apontada, de forma estreita e superficial, sem adentrar em questões teóricas profundas, mas apenas o suficiente para decidir.

Como aponta Dworkin, “se Sunstein realmente pretende negar sua descrição do raciocínio jurídico, ele deve imaginar que um advogado ou juiz deva recusar-se a lidar com problemas relativos a integridade quando estes surgirem, ou que não reflita sobre tais problemas de modo a não ter consciência deles<sup>131</sup>”.

O juiz não deve ignorar o problema. Todavia, há casos excepcionais que exigem análise minimalista, com vistas a preservar a própria questão envolvida no caso concreto, o que pressupõe a ciência do problema. E os casos em que se busca o controle da opção política são exceções que exigem cautela por parte do tribunal, que não pode sobrepor-se a outro poder encarregado constitucionalmente de deliberar politicamente a questão suscitada, como órgão representativo que é. Esse sinal de deferência não significa fechar os olhos para o problema, ainda mais quando se está diante de uma opção política já tomada, o que denota o interesse dos órgãos políticos em não se omitir. Tanto é que ao tratar do minimalismo, Cass Sunstein situa o debate em torno de questões controversas nos órgãos representativos, no que chama de “deliberação democrática<sup>132</sup>”.

Dworkin afirma ainda que diante de casos difíceis, Sunstein propõe “que os juízes não devem se voltar para os níveis teóricos mais abstratos, mas para algo mais próximo da prática advocatícia, por analogia”. Mas para Dworkin, trata-se de um contraste falso porque sem teoria, a analogia é cega. Em seguida, questiona como Sunstein resolveria as questões relativas ao aborto, sem um debate teórico profundo. Sunstein, ao se referir à analogia, admite

---

<sup>131</sup> Cfr. RONALD DWORKIN. *Justice in Robes*, 2006, p. 69.

<sup>132</sup> CASS SUNSTEIN. *One case at a time: judicial*, 1999, p. 5.

o recurso a princípios de nível mediano, enquanto a teoria da integridade se utilizaria de princípios de alto nível<sup>133</sup>.

De acordo com Dworkin, o problema reside em estabelecer o limite entre princípios medianos e de alto nível, e em quais casos seriam utilizados. Essa distinção é grotesca, porque os juízes não podem definir de antemão onde devem parar, não importa quão inconcludente ou insatisfatória seja sua reflexão naquele momento<sup>134</sup>.

Mas a principal crítica de Dworkin volta-se à natureza política dos acordos teóricos incompletos. Sunstein parte da ideia de que, por razões de política e princípio, o desenvolvimento de teorias de grande alcance a respeito do que é correto e do que é apropriado é uma tarefa democrática, não judicial. A partir disso, Dworkin afirma que a lei não expressa às teorias que ensejaram sua aprovação. O legislador não deixa isso claro. Somente por meio da interpretação de legislações mais concretas é que podemos identificar os princípios que conjuntamente adotamos<sup>135</sup>. Na verdade, a lei expressa o resultado de uma deliberação política que, certamente, envolveu o debate de questões delicadas, consubstanciadas em teorias complexas. Por exemplo, se a lei proíbe o aborto, é porque o legislador enfrentou essa discussão em algum momento. Daí, para ser alterada, é necessário que esse debate seja encaminhado pelo órgão competente, que não é o tribunal.

Em resposta a essa crítica, Sunstein reconhece que os tribunais, excepcionalmente, são obrigados a enfrentar questões teóricas profundas<sup>136</sup>. Todavia, isso não impede a formação de um acordo teórico sustentado no plano material preexistente, e no caminho apontado pela sociedade, desde que subscrevam o amplo acordo da maioria. De mais a mais, é importante destacar a convergência dos membros do tribunal<sup>137</sup>, mesmo diante de teorias delicadas, pois, quanto maior a divergência, seguramente, maior será o risco de desamparo refletido no contraponto entre os precedentes e a evolução do direito encarnado na sociedade.

## 2.5. Regras e princípios

Princípios e regras despertam interesses, ao mesmo tempo antagônicos e convergentes, que revolvem a própria gênese do direito. Não há como falar de princípios sem

---

<sup>133</sup> RONALD DWORKIN. *Justice in Robes*, 2006, p. 70.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>136</sup> Cfr. CASS SUNSTEIN. "If a good theory is available and if judges can be persuaded that the theory is good, there should be no taboo on its judicial acceptance". In. *Legal Reasoning and Political conflict*, 1996, p. 54.

<sup>137</sup> *Ibidem*, pp. 57-58.

tê-los em conta como fonte do direito. Sedimentados ao longo do tempo, sobretudo no convívio social, serviram e servem de base para decisões de casos concretos<sup>138</sup>.

A esse respeito, Josef Esser aponta que os princípios são diretrizes (*guides*), o *principi informati*, para os órgãos formadores do direito, como são todas as máximas e regras das soluções transmitidas, concreções da experiência judicial. Ele afirma que são fontes do direito enquanto parte do *corpus iuris* a que pertencem, mas não como verdades existentes em potência, que devem ser descobertas e valoradas, fora do que tenha recebido uma realização institucional<sup>139</sup>. Para Esser, os princípios só integram o sistema jurídico depois de passarem pelo crivo da autoridade, ou seja, após serem aplicados, seja pelo legislador ou pelo juiz. Enquanto isso não ocorre, vagam no meio social como verdades existentes, embora possam ter conteúdo jurídico, até porque reforçados diariamente pelos usos e costumes e ante a possibilidade de serem levados em consideração para se decidir um caso concreto. Do contrário, pelo raciocínio de Esser (crivo da autoridade), jamais poderiam integrar o sistema jurídico.

Baseado nisso, Josef Esser questiona: “os princípios são direito positivo ou são diretrizes (*guides*)? São eles a fonte do direito ou este título deve reservar-se para a aplicação judicial que lhes confere eficácia positiva? A partir de que momento os princípios jurídicos possuem o caráter de direito positivo?”<sup>140</sup>.

Esses questionamentos são importantes por dois aspectos. O primeiro, porque ressalta a importância dos princípios da construção do direito. O segundo, porque, no plano dogmático, aparentemente, a maioria dos autores, como veremos, conferem maior margem interpretativa na aplicação dos princípios, enquanto as regras seriam interpretadas restritivamente, de forma quase que literal.

Mas ao responder os questionamentos propostos, Josef Esser destaca que os princípios podem ser encarados como direito positivo, desde que tenham sido encarnados numa instituição, por um ato constitutivo do poder legislativo, da jurisprudência ou da vida

---

<sup>138</sup> Para Lenio Streck, “não é correto falar em uma axiologia principiológica, mas, sim, em uma deontologia dos princípios, visto que são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito. Os princípios não autorizam a criação de novas normas jurídicas, ou seja, não necessariamente “criam direito novo”, mas são, eles mesmos, já a normatividade do direito. São eles os marcos que permitem a compreensão da história institucional do direito – por isso, eles expressam de modo complexo o momento hermenêutico do direito. A possibilidade de inovação surge apenas no contexto de uma ruptura com o elo que constitui a integridade do direito, mas que se reconhece legitimada pelo todo conjuntural da história institucional”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 560.

<sup>139</sup> Cfr. JOSEF ESSER. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traduzido por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh, 1961, p. 172.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 169.

jurídica<sup>141</sup>. O autor afirma ainda que “são direito positivo, embora não regras precisas e independentes de direito, os chamados pensamentos jurídicos gerais, as *rationes legis*, os princípios valorativos e construtivos de um sistema, mas também os princípios éticos e de justiça que privam em um âmbito jurídico a margem de seu sistema escolástico: todos, sempre que tenham obtido validade em formas concretas do ordenamento<sup>142</sup>”. Ou seja, os princípios integrarão o direito positivo desde que sejam positivados e passem a integrar o ordenamento jurídico ou passem pelo teste da autoridade, sendo aplicado a um caso prático.

Para Ronald Dworkin, princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade<sup>143</sup>”.

Ao ilustrar o conceito de princípios, Dworkin cita o exemplo do caso *Riggs vs. Palmer*, decidido no ano de 1889, em que o Tribunal de Nova Iorque foi instado a decidir se um herdeiro, nomeado no testamento de seu avô, poderia herdar, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com este repugnante propósito<sup>144</sup>. O raciocínio do Tribunal iniciou reafirmando que, se as leis reguladoras das provas, do testamento e da transferência da propriedade fossem interpretadas literalmente, sem qualquer limitação, a propriedade seria concedida ao assassino.

Todavia, o Tribunal prosseguiu observando que as leis poderiam ser limitadas na execução e em seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, adquirir bens em decorrência de seu próprio crime. O assassino não recebeu a herança<sup>145</sup>. De acordo com o conceito adotado por Dworkin, o segundo estágio de desenvolvimento do raciocínio do Tribunal contém o conceito de princípio.

Para Dworkin, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de “natureza lógica”. As “regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão<sup>146</sup>”. Dworkin usa o exemplo do jogo de beisebol para infirmar que as regras possuem exceções contidas na própria regra. Quer dizer, embora a regra encerre uma norma certa, o que permite a subsunção efetiva e

---

<sup>141</sup> Cfr. JOSEF ESSER. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, 1961, pp. 169-170.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>143</sup> Cfr. RONALD DWORKIN. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 36.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>145</sup> *Ibidem*, loc.,cit.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 39

imediate, eventual exceção à regra também deve ser considerada na mesma medida, porque “não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra<sup>147</sup>”.

Entretanto, os princípios não funcionam assim. Dworkin aponta que “mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas<sup>148</sup>”. As consequências dos princípios não são claras porque as exceções decorrem da construção dogmática, a partir do caso concreto.

Dworkin afirma ainda que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm: a dimensão do peso ou importância. Segundo o autor, aquele que for resolver um conflito tem de levar em conta a força relativa de cada princípio. Não há uma mensuração exata, até porque o entrelaçamento entre dois princípios é objeto de controvérsia<sup>149</sup>. Já as regras não são assim. De acordo com Dworkin, são funcionalmente importantes ou desimportantes, porque é admissível a sobreposição de uma regra sobre outra. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. Daí, o próprio sistema de regras é que define os critérios para se estabelecer qual regra deve prevalecer, como por exemplo, aquela ancorada no princípio mais relevante, a mais específica, a mais recente, a de hierarquia superior<sup>150</sup>.

Por último, Dworkin afirma que regras ou princípios podem, às vezes, desempenhar papéis bastante semelhantes. Para ele, palavras como “razoável, negligente, injusto e significativo desempenham frequentemente esta função”. E arremata: “quando a regra inclui um destes termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípio e políticas que extrapolam a regra”.

Esta última observação de Dworkin demonstra que nem sempre o conteúdo da norma é certo e determinado, da qual se retira as consequências. E isso ocorre em razão da ciência do direito empregar muitos conceitos jurídicos indeterminados. A dificuldade na interpretação destes conceitos permite que se recorra aos princípios para, num caso concreto, definir seu sentido e alcance. Isso não transforma a regra em princípio, porque o processo hermenêutico, neste caso, extrai a norma a partir do princípio e não o inverso.

Já Robert Alexy reúne regras e princípios sob o conceito de norma. Para o autor, “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie

---

<sup>147</sup> Cfr. RONALD DWORKIN. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 40.

<sup>148</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>150</sup> Cfr. HANS Kelsen. *Teoria pura do direito*. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 309 e ss.

muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas<sup>151</sup>”.

Alexy é adepto da tese segundo a qual “as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa<sup>152</sup>”. O critério, segundo o autor, que permite a distinção exata entre regras e princípios é aquele que vislumbra os princípios como mandamentos de “otimização”.

Para Alexy, os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados, sendo que a medida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas<sup>153</sup>”. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio<sup>154</sup>”.

Alexy defende que “o conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida<sup>155</sup>”. Se a regra não for excepcionada, uma delas deverá ser declarada inválida para que a outra seja aplicada, a partir dos critérios de solução de antinomias, como, por exemplo, especialidade, hierarquia, antecedência.

Já o conflito entre princípios é solucionado de modo diferente. Um princípio não pode simplesmente ser declarado inválido em detrimento de outro. Aqui, de acordo com Alexy, o critério a ser usado é o do peso ou ponderação, porque um dos princípios tem precedência em face do outro, sob determinadas condições<sup>156</sup>.

Canotilho concebe o sistema jurídico do Estado de direito democrático português como um sistema normativo aberto de regras e princípios<sup>157</sup>. Aqui, Canotilho segue a cisão defendida por Alexy, no sentido de que regras e princípios são espécies de normas, e também diferencia princípios hermenêuticos, que conduzem a atividade interpretativa e argumentativa

---

<sup>151</sup> Cfr. ROBERT ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>153</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>157</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1159.

daqueles que lidam com o direito, dos princípios jurídicos, estes últimos analisados em relação às regras<sup>158</sup>.

O renomado professor de Coimbra lembra que em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que, *prima facie*, devem ser realizados (validade e peso), enquanto as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias (apenas validade)<sup>159</sup>.

Por outro lado, o jusfilósofo Lenio Streck critica a proliferação indiscriminada dos princípios, o que chama de “*pamprincipiologismo*”, na medida em que promove o enfraquecimento da autonomia do direito, onde parcela considerável destes princípios é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional<sup>160</sup>. Para ao autor, ainda há forte resquício do positivismo jurídico, que, no entanto, revelam que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo não foram compreendidos nos seus sentidos rupturais e de superação.

O pamprincipiologismo reflete, em parte, a problemática da interpretação dos conceitos indeterminados, em que o intérprete, no afã de definir o sentido do texto, ultrapassa seus próprios limites semânticos. Recorre-se a elementos subjetivos como se os conceitos indeterminados conduzissem, automaticamente, a este tipo de consideração discricionária, o que não é verdade. Tanto que Karl Engisch, ao tratar os conceitos discricionários como espécies de conceitos indeterminados, adota dupla concepção de valoração: primeiro a objetiva, para só depois, se necessário, o intérprete valer-se da subjetiva, exercida não de acordo com suas convicções pessoais, mas como “uma parte integrante do material do conhecimento e não o último critério do conhecimento<sup>161</sup>”.

Ao invocar Dworkin, Lenio Streck afirma que “a normatividade assumida pelos princípios possibilita um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais, sendo que essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional como se dá com a teoria dos princípios de Alexy<sup>162</sup>”. É pelo fato de os princípios serem facticizados (vivenciados) pela sociedade que eles são elevados ao *status* da constitucionalidade.

---

<sup>158</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2007, p. 1161.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 1162.

<sup>160</sup> Cfr. LENIO LUIZ STRECK. *Verdade e consenso*, 2011, p. 538.

<sup>161</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, p. 239.

<sup>162</sup> Cfr. LENIO LUIZ STRECK, *op. cit.*, p. 540.

Para Streck, não há como princípios e regras pertencerem ao gênero norma, porque a norma decorre da aplicação prática das regras e dos princípios, de modo que não há como ser extraída antes de ser aplicada. Para ele, “os princípios e as regras são como condições de possibilidade da normatividade e não o contrário (a normatividade como condição de possibilidade de regras e princípios)<sup>163</sup>”. Há uma circularidade também entre os princípios e a normatividade. No fundo, os princípios são normas e as normas são princípios; não há como determinar uma condição apodíctica que especifique quando começa um e termina o outro. De todo modo, uma coisa é definitiva: não há um conceito *a priori* de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude.

Como aponta Streck, Alexy utiliza o conceito semântico de norma, onde o melhor argumento seria a melhor solução e, conseqüentemente, a norma. Todavia, ignora o conceito hermenêutico de norma, no sentido de que não é o melhor argumento que revelará a norma, mas a busca da verdade de modo originário e concreto, de modo a estabelecer o argumento verdadeiro<sup>164</sup>.

São interessantes as lições de Streck ao afirmar que a norma só pode ser extraída após a aplicação das regras e dos princípios ao caso concreto e não o contrário. O fato de a aplicação de regras e princípios preceder a norma, não impede, a meu ver, a ideia de Alexy em classificar regras e princípios como espécies de norma. Isso porque tanto a aplicação da regra como do princípio conduzirá à norma. Daí ser possível afirmar a existência de norma decorrente de princípios e de regras, a exigir, em qualquer dos casos, a atividade hermenêutica, não para definir o melhor argumento, mas o argumento verdadeiro a partir do caso concreto.

Por outro lado, a ideia de peso ou importância dos princípios defendidos por Dworkin é tão sustentável quanto à ponderação de Alexy no caso de colisão de princípios. A diferença entre regras e princípios está na colisão, visto que os princípios não se anulam, mas se limitam reciprocamente num caso concreto, enquanto as regras se invalidam, a partir dos critérios de solução de antinomia. As regras exprimem obrigações absolutas, pois havendo norma simultânea que verse sobre a mesma matéria, uma delas será derogada, ao passo que os princípios instituem obrigações *prima facie*, que depende da aplicação prática para se verificar aquela aplicável ao caso concreto. Independentemente do princípio que for aplicado, o outro princípio continuará a existir, podendo se sobressair noutra caso.

---

<sup>163</sup> Cfr. LENIO LUIZ STRECK. *Verdade e consenso*, 2011, pp. 549-550.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 551.

## 2.6. Interpretação evolutiva: alternativa à estagnação dos conceitos e os princípios constitucionais

A interpretação amplamente concebida difere da hermenêutica no diz respeito ao emprego do método. A hermenêutica cria o instituto, ao passo que a atividade interpretativa concretiza a subsunção do método a norma e ao fato.

De acordo com Raul Canosa Usera, a interpretação constitucional tem por finalidade a integração do ordenamento constitucional de modo a estabelecer um diálogo permanente entre os poderes que devem atuar em conjunto para preservar a Constituição<sup>165</sup>. Outra finalidade é exercer o controle formal sobre os atos dos poderes. Especificamente neste ponto, o autor ressalta que o controle a ser exercido não pode ser confundido com a intromissão sobre a esfera de atuação e competência de um poder sobre o outro<sup>166</sup>. E por último, visa defender a fórmula política. Diante de hipóteses interpretativas, deve o exegeta optar por aquela mais consentânea à fórmula política<sup>167</sup>.

De sorte que, embora a judicialização de questões políticas coloque o Judiciário numa posição desconfortável, o grande desafio volta-se em como enfrentá-las, sem ser ativista ao ponto de avançar sobre o campo de atuação de outro poder, ou como leciona Luís Pereira Coutinho, sem prescrever fórmulas no quadro político-constitucional, a constranger os demais poderes a aderi-las, numa espécie de constituição formulaica, a impedir o amplo debate no campo democrático, por parte daqueles legitimados para tanto<sup>168</sup>.

Se a preocupação de Canosa Usera já era assente na segunda metade do século XX, passa a ser necessidade premente nos dias atuais diante da crescente investida da justiça constitucional sobre assuntos afetos a outros poderes, o que resvala na fórmula política.

Luís Roberto Barroso exalta o papel dos princípios no que chama de “nova” interpretação constitucional na ordem constitucional. Para o autor, as “cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar”. Trata-se, aqui, de crítica dirigida aos métodos clássicos de interpretação, em especial a interpretação literal. O autor continua assinalando que “à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem

---

<sup>165</sup> Cfr. RAUL CANOSA USERA. *Interpretacion constitucional y formula politica*, 1988, pp. 78-79.

<sup>166</sup> *Ibidem*, pp. 79-80.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>168</sup> Cfr. LUÍS PEREIRA COUTINHO. “Formular e prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional”. In: Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho. *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 243 e ss.

realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido<sup>169</sup>”.

Todavia, os princípios e métodos não podem ser aplicados sem nenhuma refração ao texto constitucional dotado de força normativa, sob pena de extravasar e manipular o próprio conteúdo dos princípios, cuja densificação fica a critério do intérprete. Com efeito, a justificação dos princípios como fonte autorizadora e supraconstitucional de interpretação pode levar a decisões catastróficas, que agridem frontalmente a fórmula política, na medida em que se imiscui em questões afetas a outros poderes. Os fins não justificam os meios.

Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos ensina que os princípios possuem força irradiante que permeia todo o texto constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os vetores em função dos quais as demais normas devem ser entendidas<sup>170</sup>. Em complemento, o autor cita as lições de Joseph Story, segundo a qual nenhuma corte de justiça poderá interpretar uma cláusula constitucional em ordem a frustrar-lhe os óbvios fins<sup>171</sup>.

O intérprete só recorre ao princípio porque este já possui um conteúdo pré-definido, ainda que mínimo, como bem ensina Humberto Ávila<sup>172</sup>. É o conhecimento desse mínimo que permite sua aplicação. O exegeta não pode fazer o que bem entender deste princípio a partir do caso concreto, a pretexto de densificá-lo, como se partisse do zero.

Ao tratar da força normativa dos princípios, Humberto Ávila propõe, em vez do modo de aplicação e de conflito, a justificação como critério de diferenciação entre as espécies normativas: (1) *natureza da descrição normativa* (as regras descrevem condutas não permitidas, obrigatórias ou permitidas, e os princípios estados ideais a serem promovidos ou conservados); (2) *natureza da justificação* (as regras exigem um exame de correspondência

---

<sup>169</sup> Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr. 2003, p. 144.

<sup>170</sup> Cfr. CELSO RIBEIRO BASTOS. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 148.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>172</sup> Cfr. HUMBERTO ÁVILA. “*Todas as considerações anteriores visam a demonstrar que a homogeneidade conceitual mínima não pode esconder a heterogeneidade eficaz dos princípios constitucionais — há princípios que se ombreiam com outros, assim como há princípios que fundam e instrumentalizam a eficácia de outros; há princípios cuja eficácia é graduável e móvel, assim como há princípios cuja eficácia é estrutural e imóvel e que não podem ter o seu afastamento compensado com a promoção de outro princípio*. Os princípios constitucionais não formam, portanto, uma massa homogênea ou um bloco monolítico. Em outras palavras, o que distingue os princípios não é a sua defectibilidade, mas a sua indeterminação estrutural: eles não enumeram exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica e demandam a concretização por outra norma, de modo diversos e alternativos: “*As capacidades de ponderação e, por consequência, de restrição e de afastamento não são elementos essenciais dos princípios jurídicos. Princípios não são necessariamente meras razões ou simples argumentos afastáveis, mas também estruturas e condições inafastáveis*. In. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 130.

conceitual, centrado na sua finalidade subjacente, entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, e os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido); (3) *natureza da contribuição para a decisão* (as regras têm pretensão de decidibilidade, pois visam a dar uma solução provisória para um problema conhecido, e os princípios pretensão de complementaridade, pois servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema)<sup>173</sup>.

Alexy e Dworkin diferenciam os princípios com base no modo de aplicação e de colisão. De acordo com Ávila, o que caracterizaria os princípios, em contraposição às regras, segundo essas teorias, seria o modo como eles seriam aplicados – “mediante ponderação”. E a ponderação, no sentido restrito adotado, é o balanceamento concreto entre princípios por meio do qual eles são realizados em vários graus, inclusive no grau zero, equivalente à sobreposição total de um princípio sobre outro, diante de determinada situação particular. Desse modo, a ponderação conduz à restrição, em maior ou menor medida, de um princípio em razão de outro, podendo levar, inclusive, ao afastamento total de um princípio em favor de outro<sup>174</sup>.

O foco de Ávila é perquirir se a ponderação é um elemento essencial, definitório, dos princípios, de tal sorte que o uso da palavra “princípio” denote, necessariamente, a propriedade da defectibilidade no sentido restrito de “afastabilidade” por razões contrárias<sup>175</sup>. Para o autor, a ponderação pressupõe a concorrência horizontal entre princípios, e nem todos os princípios mantêm uma relação paralela entre si<sup>176</sup>. Para demonstrá-la basta atentar-se para a diversidade dos princípios<sup>177</sup>.

Há princípios que não concorrem, mas são complementares. Nem todos os princípios estão no mesmo nível, de modo que pode haver subordinação entre eles. Há princípios que não têm a mesma eficácia, na medida em que exercem várias funções, do que não se pode falar em conflito horizontal, mas apenas em vínculos de conformidade de um princípio em

---

<sup>173</sup> Cfr. HUMBERTO ÁVILA. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2011, p. 130.

<sup>174</sup> Ibidem, p.123.

<sup>175</sup> Ibidem, loc., cit.

<sup>176</sup> Há princípios que prescrevem o âmbito e o modo da atuação estatal, como os princípios republicano, federativo, democrático, do Estado de Direito, e há princípios que conformam o conteúdo e os fins da atuação estatal, como os princípios do Estado Social, da liberdade e da propriedade. Se os princípios dizem respeito a diferentes aspectos da atuação estatal, a relação entre eles não é de concorrência, mas de complementação. Cfr. HUMBERTO ÁVILA. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2011, p. 124.

<sup>177</sup> Ibidem, loc., cit.

relação a outro, ou em atuação direta de um princípio sem a interferência de outro princípio<sup>178</sup>. Ávila cita como exemplo os princípios do Estado de Direito, da separação dos poderes, republicano e federativo, dotados de força normativa.

Ao focar na justificação como critério de distinção das espécies normativas, Humberto Ávila estabelece uma nova perspectiva à ponderação em Robert Alexy. Para o autor gaúcho, há princípios inafastáveis, o que inviabilizaria a ponderação. Como já visto anteriormente, Alexy reúne regras e princípios sob o conceito de norma. Para o autor, “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas<sup>179</sup>”.

É que a ponderação permite a própria alteração do conteúdo dos princípios, de modo que um prevaleça sobre o outro. Há certa relativização do conteúdo dos princípios, quando, na verdade, Humberto Ávila defende que há princípios que se ombreiam com outros, assim como há princípios que fundam e instrumentalizam a eficácia de outros; há princípios cuja eficácia é graduável e móvel, assim como há princípios cuja eficácia é estrutural e imóvel e que não podem ter o seu afastamento compensado com a promoção de outro princípio<sup>180</sup>.

A alteração momentânea do núcleo central de um princípio, enquanto axioma essencial em que se funda o próprio direito, também esteriliza a hermenêutica e a interpretação. Isso porque é comum ignorar as regras e decidir com base em princípios, a partir da regra de ponderação, como se houvesse, necessariamente, uma colisão justificadora do afastamento de um deles. Mediante a manipulação do conteúdo dos princípios, tudo tem fundamento jurídico, até as mais absurdas decisões.

O princípio, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, vem a ajustar-se à norma para permitir, sem se tirar desta o seu mínimo imutável, seu preenchimento de acordo com os valores que o próprio princípio encampa, e que conferem unidade ao sistema<sup>181</sup>.

Baseado nisso, o jusfilósofo Lenio Streck critica a proliferação indiscriminada dos princípios, o que chama de “*pamprincipiologismo*”, na medida em que promove o enfraquecimento da autonomia do direito, onde parcela considerável destes princípios é

---

<sup>178</sup> Cfr. HUMBERTO ÁVILA. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2011, pp. 124-125.

<sup>179</sup> Cfr. ROBERT ALEXY. Teoria dos direitos fundamentais, 2015, p. 87.

<sup>180</sup> Cfr. HUMBERTO ÁVILA, op., cit, p. 130.

<sup>181</sup> Cfr. CELSO RIBEIRO BASTOS. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 150.

transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional<sup>182</sup>. Para ao autor, ainda há forte resquício do positivismo jurídico, que, no entanto, revelam que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo não foram compreendidos nos seus sentidos rupturais e de superação.

Verifica-se, portanto, que a problemática não é a estagnação dos métodos e dos princípios, mas o sentido atribuído a seus conteúdos para que um prevaleça sobre o outro. O princípio evolui na medida em que seu conteúdo é densificado segundo uma nova realidade que não se consubstancia em alterações fático-sociais mínimas. Essas alterações devem ser substanciais. Então, o conteúdo do princípio evoluirá a depender da realidade a partir da qual ele é aplicado.

Não se pode perder de vistas, no entanto, que para interpretar os princípios a partir de uma nova realidade, certamente o exegeta recorrerá aos métodos clássicos, modernos e aos próprios princípios de interpretação constitucional, consagrados na seara hermenêutica, de modo que ele também faz parte do sistema hermenêutico enquanto viga condutora, como bem salientado por Ávila. Daí a importância das lições de Ávila e Streck no sentido de que os princípios não podem ser simplesmente afastados, porque o afastamento destes inclui, necessariamente, um juízo de valor enfraquecedor do próprio conteúdo do princípio afastado, a gerar, com isso, decisionismos e preciosismos contrários a fórmula política, preocupação latente em Canosa Usera.

## **2.7. Evolução e realidade social: o direito como sistema em Canaris, Kelsen e Schmitt**

Para além do direito positivo e do método de interpretação literal, o direito deve estar atento às mudanças sociais, pois se não estiver em condições de reger as novas relações, certamente se tornará obsoleto, sendo enfraquecido diante do caos ou até mesmo substituído por outros mecanismos de regulação social<sup>183</sup>. O fato é que se não houver resposta do Estado às novas relações impostas pela globalização, principalmente aquelas de ordem tecnológicas, o seu espaço corre o risco de ser preenchido por sistemas paralelos e clandestinos, até mesmo contrários aos interesses sociais e ao próprio direito.

---

<sup>182</sup> Cfr. LENIO LUIZ STRECK. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 2011, p. 538.

<sup>183</sup> Nesse sentido, Castanheira Neves. “Por razões histórico-sociológicas, o direito seria afinal para nós simplesmente o indispensável sistematizador social da contingência, de que dependeria podermos conviver no caos da nossa complexidade. Um precário esforço de ordem, de organização reductiva e de estabilidade na contingência – tal o sentido da justiça que nos restaria pensar”. In. *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. Estudos em homenagem ao prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*. Coimbra: 1979, p. 161.

Baseado nisso, Karl Larenz ensina que a “descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios directivos do ordenamento jurídico, e sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto – quer dizer, na forma de um sistema – é uma das tarefas mais importantes da jurisprudência científica<sup>184</sup>”.

Claus-Wilhelm Canaris baseia-se na ideia de sistema jurídico<sup>185</sup> como postulado de concretização do princípio da igualdade, da segurança jurídica enquanto determinabilidade e previsibilidade do Direito, estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito<sup>186</sup>.

Diferentemente de Luhmann<sup>187</sup>, que vislumbra o direito enquanto sistema *autopoietico* capaz de estruturar-se, reproduzir-se e organizar-se internamente, para a formação de um sistema em Canaris, todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios (um direito ordenado em sistema), do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras<sup>188</sup>.

Nesse sentido, para Karl Larenz, um sistema jurídico garantiria a segurança jurídica, na medida em que garantiria a ausência de contradição lógica em relação às consequências da aplicação da norma<sup>189</sup>.

O autor reconhece a importância da formação de conceitos abstratos, pois na medida em que o grau de abstração se eleva, facilita em grande medida a clareza, porque com o auxílio de tais conceitos, um grande número de fenômenos, frequentemente de índole muito diversa, pode ser reconduzido a um denominador comum e uniformemente regulado<sup>190</sup>. Todavia, arremata que é a custa da clarificação das concatenações de sentido que resultam das

---

<sup>184</sup> Cfr. KARL LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 2014, pp. 621-622.

<sup>185</sup> “Já Niklas Luhmann, ao tratar dos diferentes sistemas e subsistemas, insere o sistema jurídico dentro do sistema social”. Cfr. CASTANHEIRA NEVES. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. Estudos em homenagem ao prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro. Coimbra: 1979, p. 159.

<sup>186</sup> Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 22.

<sup>187</sup> Não é, portanto, pura auto-organização no sentido de autodeterminação e mudanças nas próprias estruturas, nem simplesmente autonomia no sentido de auto-regulação do sistema. É mais um entendimento que tanto as estruturas quanto os elementos do sistema podem ser executados se a autopoiese permanecer invariável. Em suma, a auto-referencialidade relaciona-se diretamente com a formação das estruturas do sistema; a autopoiese refere-se a tudo o que acontece no sistema como uma operação (que também inclui as estruturas). Cfr. NIKLAS LUHMANN. *Sistemas sociais: lineamientos para una teoria general*. Trad. Silvia Pappel e Brunhilde Erker. Rubí (Barcelona): Anthropos, 1998, p. 21.

<sup>188</sup> Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, op., cit., loc., cit.

<sup>189</sup> Cfr. KARL LARENZ. op., cit., p. 622.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 649.

pautas de valoração e princípios jurídicos subjacentes à regulação e que são imprescindíveis para compreender a regulação. A abstração ao extremo interrompe as concatenações de sentido, enfraquecendo o sistema enquanto diálogo permanente das fontes<sup>191</sup>.

Por outro lado, há de se reconhecer a importância dos conceitos indeterminados, das cláusulas gerais e dos princípios, enquanto elementos de ligação do sistema, a permitir a colmatação de lacunas e solução de antinomias em grande escala no direito positivo. Isso porque as antinomias e contradições também abalam o sistema.

A esse respeito, Susana Galia aponta que o direito considerado enquanto sistema aberto e antinômico, por um lado, pode gerar contradições e instabilidade sistêmica, mas por outro são saudáveis no intuito de evitar a estagnação<sup>192</sup>.

Cumprido salientar ainda, que Canaris se preocupa com o sistema externo ao ir além dos elementos internos da norma ou sua análise fria, uma característica do sistema aberto<sup>193</sup>. Essa externalização importante para que o direito possa ser visto no seu conjunto e, com isso, para a praticabilidade da sua aplicação, bem como, mediatamente, também para a segurança jurídica, no sentido da previsibilidade da decisão<sup>194</sup>.

De acordo com Juarez de Freitas, a abertura supõe a preexistência latente de soluções admissíveis para as inevitáveis lacunas e antinomias<sup>195</sup>.

Canaris conceitua o sistema jurídico como “uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais<sup>196</sup>”.

Mas será que a concepção de sistema jurídico aberto em Canaris, numa análise pluralística da norma, é suficiente para atender às necessidades da sociedade atual frente o

---

<sup>191</sup> Cfr. KARL LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 2014, p. 650.

<sup>192</sup> SUSANA SBROGIO GALIA. *Mutações Constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

<sup>193</sup> Peter Häberle defende uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta, na medida em que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou ao menos cointerpretá-la. Para ele, “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. In. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Direito Público, vol. 01, nº 60, 2014, p. 27.

<sup>194</sup> Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2002, p. 26.

<sup>195</sup> Cfr. JUAREZ FREITAS. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 53.

<sup>196</sup> Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, op., cit., pp. 77-78.

direito positivo? Permite não só acompanhar, mas também incrementar a evolução do direito no conteúdo da norma?

Juarez Freitas, embora reconheça o papel de destaque do sistema jurídico enquanto elemento concretizador da norma, não poupa críticas ao conceito adotado por Canaris. Para o autor, o conceito elaborado por Canaris não estabeleceu a distinção entre regras, princípios e valores, não incorporou os princípios fundamentais enquanto pilares do Estado Democrático, os quais se diferenciam tecnicamente dos princípios gerais e não introduziu qualquer elemento de hierarquização material<sup>197</sup>.

Com isso, Juarez Freitas propõe o seguinte conceito ao sistema jurídico: “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição<sup>198</sup>”.

Ao incorporar a distinção entre regras, princípios e valores, Juarez Freitas faz uma releitura do conceito de sistema jurídico a partir da ordem constitucional. Por isso, recorre a Dworkin<sup>199</sup> e a Alexy, por exemplo. Outro exemplo disso é a substituição dos princípios gerais por princípios fundamentais na consecução do Estado Democrático de Direito. A partir dessa constitucionalização do conceito de sistema jurídico, é possível construir a rede hierarquizada a que Juarez Freitas faz menção, com a qual todo o sistema deve convergir<sup>200</sup>.

No entanto, o problema da hierarquização reside na escolha de qual princípio deve prevalecer sobre outro. Na verdade, a teoria do sistema jurídico não dispõe de regras claras para se fazer a escolha. Daí a necessidade de se recorrer às teorias de Dworkin e Alexy no que diz respeito à ponderação de princípios e à hierarquização entre regras e princípios, o que revela a necessidade imperiosa da distinção.

Conforme Karl Larenz, o que resta é um sistema enquanto «ordem axiológica ou teleológica» de pontos de vista directivos. Com isso, ao invés de se estabelecer um sistema de conceitos, se estabeleceria um sistema de princípios abertos, a irradiar seus efeitos sobre a

---

<sup>197</sup> Cfr. JUAREZ FREITAS. *A interpretação sistemática do direito*, 2010, p. 55.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>199</sup> Cfr. RONALD DWORKIN. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 37.

<sup>200</sup> De acordo com Alexandre Pasqualini, “o que, em geral, se chama sistema jurídico não é exclusivamente o sistema, mas, sim, a unidade sistema-exegese. O legislador pode prover múltiplas leis, contudo todas serão letra pálida e estéril caso não recebam o sopro vitalizante do *fiat hermenêutico*”. ALEXANDRE PASQUALINI. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 87.

concretização dos conceitos<sup>201</sup>, permitindo que a subsunção não fique condensada e restrita ao conceito definido noutra exercício de reforço prático.

A concepção de Larenz conduz, inexoravelmente, a atualização dos conceitos a uma realidade evoluída, ao permitir o recurso aos princípios quando da definição do conceito. Como aponta Rafael de Oliveira Costa “vislumbrada enquanto sistema, de outra forma, a segurança jurídica não é estática, mas móvel, pois adapta-se às circunstâncias espaço-temporais, modificando o seu sentido pela influência que sofre das condições sociais<sup>202</sup>”.

Até por isso, a questão do ser em Heidegger torna-se pertinente, na medida em que o conceito de ser é indefinível, e se constrói a partir do ente<sup>203</sup>. A presença permite a reunião de valores experiências no arcabouço formador do ente que, por sua vez, serve de base para o ser revelar o conceito. Em verdade, o ser em Heidegger relaciona-se, diretamente, ao intérprete em Canaris e Larenz que precisa ler o direito diante da nova realidade, recorrente não ao sistema de conceitos, mas de princípios. O caminho do ser enquanto intérprete permitirá a identificação da evolução havida e, então, a atualização necessária do conteúdo do conceito, a partir dos princípios e direitos fundamentais.

Em sentido diametralmente oposto, Kelsen ensina que o fato de os juízos de valores serem subjetivos, não significa que cada indivíduo tenha seu próprio sistema de valores. Um sistema positivo de valores não é a criação arbitrária de um indivíduo isolado, senão que sempre constitui o resultado de influências individuais recíprocas dentro de um grupo (família, raça, casta, profissão) e em determinadas condições econômicas<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> Cfr. KARL LARENZ. “Ao contrário de um sistema de conceitos jurídicos gerais, um tal Sistema e um Sistema de princípios jurídicos em que o «princípio», ao invés do «conceito», deve ser entendido como uma pauta «aberta», carecida de concretização - e só plenamente apreensível nas suas concretizações. Enquanto que o conceito (jurídico) contém a valoração só de modo indirecto, como que «em cifra», «o princípio torna a valoração explícita» e é por isso «mais apropriado para reflectir a unidade de valoração do Direito. Com isso, obviamente, a construção conceptual não se torna supérflua. É imprescindível para a preparação da subsunção «e portanto deveria ser agregado aos princípios jurídicos um sistema correspondente de conceitos jurídicos». Só que não se poderia esquecer que estes são de natureza teleológica e que, portanto em caso de dúvida e sempre necessário remontar a valoração neles contida, isto é, ao princípio”. In. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 7ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 235.

<sup>202</sup> Cfr. RAFAEL DE OLIVEIRA COSTA. *Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais*. n° 44. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade 2014, p. 126.

<sup>203</sup> Cfr. MARTIN HEIDEGGER. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 29.

<sup>204</sup> Cfr. HANS KELSEN. *¿Qué es la justicia?* Traducido por Ernesto Garzón Valdés. 1. ed. 17ª reimp. Cidade do México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2005, p. 27.

Todo sistema de valores, especialmente a ordem moral, com sua ideia excelente de justiça, configura um fenômeno social que, portanto, será diferente segundo o tipo de sociedade em que é gerado<sup>205</sup>.

Com isso, a norma positiva surge como mecanismo de controle dos valores axiológicos do intérprete, numa concepção geral do direito, fundada na razão pura em detrimento do subjetivismo casual.

Após percorrer o caminho do direito natural até o direito positivo, num debate em torno do conceito de justiça, Kelsen aponta que a experiência espiritual do passado e a razão humana podem conceber valores relativos. O autor parece conformar-se com a justiça relativa, pelo fato de que muitos filósofos já se debruçaram sobre o tema e não chegaram a um denominador comum.

Numa concepção egoística, Kelsen define justiça, ao afirmar que “a justiça é para mim aquilo sob cuja proteção a ciência pode florescer e, junto com a ciência, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, a justiça da paz, a justiça da democracia, a justiça da tolerância<sup>206</sup>”.

Crítico contumaz de Kelsen, para Carl Schmitt todos os conceitos expressivos da moderna doutrina de Estado são conceitos teológicos “secularizados”. Baseado em sua Teologia Política, o jurista concebe o sistema não só pela sua evolução histórica, mas também por terem sido transferidos da teologia à doutrina do Estado, na qual, por exemplo, o Deus todo-poderoso tornou-se um legislador onipotente, mas também em sua estrutura sistemática, cuja compreensão é necessária para um enfoque sociológico desses conceitos<sup>207</sup>.

Por sua vez, ao tecer críticas à teologia política de Carl Schmitt, Kelsen defende que o conceito de justiça baseado na teologia traz a falsa impressão de que é possível encontrar na razão humana certos princípios fundamentais configuradores de valores absolutos que, em rigor, são compostos por elementos emocionais da consciência. São fórmulas mediante as quais é possível justificar qualquer ordem social. Não por outra razão, as teorias sobre a justiça podem ser reduzidas a dois tipos fundamentais: metafísico-religioso e racionalista<sup>208</sup>.

Alexandre Pasqualini leciona que todos sabem que os problemas e desafios axiológicos e deontológicos são de um nível de exatidão diverso dos problemas e dos desafios científicos. Mas o modo como Kelsen e o neopositivismo apontaram as diferenças parece ser

---

<sup>205</sup> Cfr. HANS KELSEN. ¿Qué es la justicia? 2005, p. 28.

<sup>206</sup> Ibidem, 2005, p. 83.

<sup>207</sup> Cfr. CARL SCHMITT. A crise da democracia parlamentar [Teologia Política]. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 109.

<sup>208</sup> Cfr. HANS KELSEN, op., cit., 2005, p. 40.

inadequado porquanto anacrônico<sup>209</sup>. O autor arremata sua lição apontando que por detrás dos méritos, alojava-se o grande e indisfarçável demérito kelseniano: o conformar-se a falsa ausência, no plano da razão prática, de critérios aptos a gerir as escolhas hermenêutico-axiológicas dos indivíduos<sup>210</sup>.

Para Schmitt, o soberano não só decide sobre a existência do Estado emergencial extremo, mas também sobre o que deve ser feito para eliminá-lo<sup>211</sup>. Em aberta oposição às ideias de Kelsen, o autor defende a concentração de enorme poder nas mãos do soberano enquanto autoridade maior do Estado com competência inclusive para “decidir sobre a suspensão total da Constituição” no caso de exceção. Para justificar sua concepção, Schmitt relaciona o poder do soberano ao divino, ao Deus que tudo pode.

Segundo o autor, não existe norma aplicável no caos. A ordem deve ser implantada para que a ordem jurídica tenha sentido<sup>212</sup>. É como se a ordem jurídica deixasse de existir numa situação excepcional e o soberano tivesse que tomar as rédeas da situação para impor a ordem. A questão é que nem sempre a ordem imposta é condizente com o Estado de Direito. A história mostra que a ordem era imposta segundo a vontade do soberano.

Schmitt também não explica de quais meios o soberano se valeria para que sua ordem fosse suficiente para restabelecer a ordem jurídica. É que o caos ou situações excepcionais nem sempre são ruins. Depende dos objetivos pretendidos por aqueles que vêm no caos o caminho mais curto para alcançá-los. Pode ser que do caos emergja o soberano a exercer a palavra de ordem.

Assim como os métodos de interpretação, os sistemas jurídicos são distintos e não permitem uma visão uníssona do direito. É possível afirmar, no entanto, que os sistemas em Canaris e Schmitt permitem maior abertura, ainda que o primeiro busque, através da interpretação, a concretização da Constituição e o segundo justifica o poder do soberano como algo sacrossanto, uma carta branca para se fazer o que quiser<sup>213</sup>. Por outro lado, não se pode negar que a abertura traz como consequência inarredável o subjetivismo, contra o qual Kelsen

---

<sup>209</sup> Cfr. ALEXANDRE PASQUALINI. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 67.

<sup>210</sup> Ibidem, 1999, p. 68.

<sup>211</sup> Cfr. CARL SCHMITT. *A crise da democracia parlamentar [Teologia Política]*. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 88.

<sup>212</sup> Ibidem, 1996, pp. 92-93.

<sup>213</sup> De acordo com MARK LILLA, “o Deus de Schmitt não é o Deus de São Tomás, governando um mundo natural nacionalmente ordenado no qual os seres humanos encontram seu lugar, mas um Deus oculto que toma decisões, um soberano que já revelou as verdades divinas de uma vez por todas e cuja autoridade representa o único alicerce dessas verdades”. In. *A mente imprudente: os intelectuais na atividade política*. Trad. Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 67.

desferiu críticas ao dizer que a norma é geral e abstrata e, portanto, não comporta interpretações casuísticas e discrepantes.

A Constituição define, enquanto estrutura integrante do sistema, os limites a serem observados pelo intérprete, bem como delinea, separadamente, as competências dos poderes do Estado, de modo que aquele que investir sobre a competência de outro poder estará infringindo o próprio sistema. Em Kelsen, os sistemas jurídicos, enquanto corpos positivos, também limitam a atividade interpretativa com viés evolutivo, já que a abertura é menor.

Portanto, a concepção de sistema jurídico aberto em Canaris, numa análise pluralística da norma, permite a incorporação da realidade social ao sistema jurídico, propiciando uma verdadeira atualização. A questão que se coloca, então, é o modo e os critérios dessa incorporação e a definição da competência para realizá-la, diante do risco, como alerta Kelsen, de decisões casuísticas contrárias à segurança jurídica e ao próprio sistema normativo, ao mesmo tempo em que traz à tona a questão da legitimidade do Judiciário, tal como prenunciado por Schmitt.

## **2.8. Regime jurídico dos conceitos indeterminados: convite à interpretação evolutiva.**

De início, cumpre fazer alguns esclarecimentos terminológicos. Por exemplo, António Francisco de Sousa, em concordância com Norbert Achterberg, prefere o termo “conceitos legais indeterminados” a “conceitos jurídicos indeterminados”<sup>214</sup>. Segundo o autor, a indeterminação é atributo da norma e não atributo da forma. No entanto, o termo “conceitos jurídicos indeterminados” abrange os conceitos indeterminados de todas as áreas do direito, na medida em que não é apenas a lei a fonte do direito, de modo que não será somente nela que se encontrarão conceitos indeterminados. Os próprios princípios constitucionais podem conter conceitos indeterminados.

A doutrina dos conceitos indeterminados surgiu no século XIX na Áustria, “como a questão de saber se os conceitos indeterminados empregados pelo legislador, ou alguns deles, eram ou não suscetíveis de ser controlados pelos tribunais administrativos”<sup>215</sup>.

O debate acerca dos conceitos indeterminados, principalmente no que concerne a interpretação e atribuição de sentido, afluou-se no final do século XIX, com as teorias de

---

<sup>214</sup> Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES prefere a expressão “conceitos imprecisos” em detrimento de conceitos jurídicos indeterminados ou conceitos legais indeterminados. In: *Direito administrativo*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1992, p. 57.

<sup>215</sup> Cfr. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 34.

Bernatzik e Tezner. A discricionariedade técnica (porém livre) construída por Bernatzik culminou na chamada teoria da multivalência, segundo a qual “a interpretação e a aplicação dos conceitos indeterminados possibilita várias decisões corretas (poder discricionário)”<sup>216</sup>. Em sentido oposto, Tezner disseminou a teoria da univocidade, segundo a qual a interpretação e a aplicação dos conceitos indeterminados só conduzem a uma única solução correta<sup>217</sup>.

Esse debate espalhou-se pela Alemanha, sendo a teoria da univocidade de Tezner reproduzida por Bühler e Scheuner, e também por Lemayer, considerado seu maior expoente. Por outro lado, a teoria da multivalência de Bernatzik também conquistou adeptos na Alemanha, dentre os quais Forsthoff, e na Suíça, com Martin Lendi<sup>218</sup>.

Desde a primeira década do século XX, a ideia que predominava na Alemanha era de que os conceitos indeterminados eram totalmente controláveis pelos tribunais administrativos. Ou seja, predominava a primazia da conveniência e oportunidade da administração pública, distanciada do desvio de poder ou de finalidade (ao menos em tese), para atribuir sentido a um conceito indeterminado. O sentido atribuído pela administração gozava de presunção de validade. A teoria da multivalência de Bernatzik predominava na Alemanha<sup>219</sup>.

A consequência disso, como aponta Rogério Soares, era de que o juiz ficava impossibilitado de reconstruir o preenchimento do preceito, tendo de aceitar o uso que dele fizera o administrador<sup>220</sup>.

Todavia, a situação se inverte no segundo pós-guerra. A Alemanha sente o gosto amargo das mazelas e atrocidades escancaradas após o conflito, causadas por aqueles que também detinham competência e legitimidade para atribuir sentido aos conceitos indeterminados<sup>221</sup>.

De acordo com Andreas Krell, a partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, o “reforço do princípio da reserva da lei e a garantia constitucional de uma plena proteção judicial contribuíram para que a doutrina e a jurisprudência, num primeiro momento, adotassem amplamente a linha de que o emprego de conceitos indeterminados numa hipótese

---

<sup>216</sup> Cfr. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, 1994, p. 36.

<sup>217</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>218</sup> *Ibidem*, pp. 37-43.

<sup>219</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA “Na Alemanha como na França assiste-se pois a passagem a uma nova fase da história do instituto jurídico-administrativo da discricionariedade, marcada pela ideia de que a simples prossecução pela Administração do fim em atenção ao qual a lei lhe conferiu um poder discricionário não basta para colocar inteiramente à sua mercê, numa perspectiva despida de conotações jurídicas, os interesses do destinatário do ato”. In. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 2013, p. 116.

<sup>220</sup> Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES. *Direito administrativo*, 1992, p. 58.

<sup>221</sup> Cfr. ANDREAS KRELL. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*. Revista ESMAFE, nº 8. Recife: TRF 5ª Região, dez-2004, p. 190.

legal não atribuía qualquer discricionariedade<sup>222</sup>”. Nesse sentido, Antônio Sousa aponta uma “adesão quase sem reservas à teoria da unicidade<sup>223</sup>”.

No entanto, apesar de retroceder à teoria da univocidade, foram desenvolvidas outras teorias a partir da década de 1950 com vistas a estabelecer parâmetros de controle à discricionariedade administrativa. E dentre estas teorias, destacam-se a teoria da margem de apreciação de Bachof, onde o administrador teria um espaço de atuação livre, embora suscetível de controle pelo tribunal, relativamente à apreciação dos pressupostos da sua conduta, o que, nas palavras de Rogério Soares, cindia a discricionariedade dos conceitos indeterminados<sup>224</sup>. Com o passar do tempo, esta teoria teve outras variações. Também há de se destacar a teoria dos fatores, de Hugo Kellner, para a qual a realização do direito é uma via de mão dupla, permitindo a concretização tanto da norma para a realidade, como da realidade para determinar o conteúdo da norma<sup>225</sup>.

Para Rogério Soares, ver a discricionariedade como equivalente a uma liberdade completa no quadro legal, representa a perduração de atitudes residuais do Estado de polícia que se mantiveram encobertas durante o século XIX<sup>226</sup>. O autor destaca ainda que a partir da década de 1960, a discricionariedade da administração na atribuição de sentido a um conceito impreciso, passou a ser vista como instrumento necessário no Estado de Direito, e de reafirmação da autonomia administrativa. Ora, se o legislador reconhece sua incapacidade de prever até o fim uma situação de fato no seu recorte hipotético, a administração deveria preencher este espaço adotando a previsão que melhor se encaixe na estatuição (solução mais adequada)<sup>227</sup>.

Essas breves, mas relevantes considerações históricas sevem para demonstrar a importância do debate jurídico que envolve os conceitos indeterminados, um campo fértil de ideias longe de ser pacificado<sup>228</sup>.

---

<sup>222</sup> Cfr. ANDREAS KRELL. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*, 2004, p. 190.

<sup>223</sup> Cfr. ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUSA. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, 1994, p. 45.

<sup>224</sup> Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES. *Direito administrativo*, 1992, p. 65.

<sup>225</sup> Cfr. ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUSA, op. cit., pp. 45 e ss.

<sup>226</sup> Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, op., cit., p. 60.

<sup>227</sup> *Ibidem*, pp. 68-69.

<sup>228</sup> Cfr. ANTONIO FRANCISCO DE SOUSA “enquanto no direito civil ou no direito penal o tribunal é o único órgão que aplica a lei ao caso concreto e, assim, os conceitos indeterminados nela contidos, já no direito administrativo essa competência está a cargo do órgão ou do agente da Administração, ficando para o juiz apenas a função de fiscalização ou controlo da correta interpretação e aplicação que de tais conceitos tenha sido feita. O autor cita Van Husen, para quem os conceitos indeterminados constituem o pão nosso de cada dia dos tribunais administrativos”. In: *Conceitos*, 1994, p.18, nota 04.

Nas palavras de Karl Engisch, conceito jurídico indeterminado é um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos<sup>229</sup>. Complementa sua lição ao afirmar que, no direito, os conceitos absolutamente determinados são raros, citando, como exemplo destes, os conceitos numéricos<sup>230</sup>.

Já Menezes Cordeiro define conceitos indeterminados como um conceito que “não permite comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento<sup>231</sup>”.

Karl Engisch divide os conceitos jurídicos indeterminados em dois grupos: os conceitos normativos e os conceitos descritivos. Os conceitos descritivos<sup>232</sup> são aqueles conceitos que designam, descritivamente, objetos reais ou objetos que, de certa forma, participam da realidade, isto é, que soam fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepcionáveis: homem, morte, cópula, escuridão, vermelho, velocidade, intenção. Também dentre os conceitos descritivos<sup>233</sup> há muitos conceitos indeterminados, mas não na mesma medida que nos conceitos normativos<sup>234</sup>.

Ao expor a dificuldade em torno do conceito normativo, Karl Engisch afirma que “se pensarmos que todo o conceito jurídico é elemento constitutivo de uma norma jurídica e dela recebe seu sentido e seu conteúdo, então parece que deveríamos designar propriamente como normativo todo e qualquer conceito jurídico<sup>235</sup>”, o que tornaria inócua a distinção em relação aos conceitos descritivos, que acabariam integrando o rol de conceitos normativos. Mas, com vistas a manter hígida a dicotomia descritivo/normativo, bem como superar qualquer confusão entre ambos os conceitos potencialmente causada a partir da estrita relação entre conceito jurídico e norma jurídica, que atribui sentido e conteúdo aos conceitos, Engisch prefere utilizar a expressão conceito jurídicos normativos *stricto sensu*<sup>236</sup>.

---

<sup>229</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, p. 208.

<sup>230</sup> KARL ENGISCH distingue nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Afirma “sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”. In: *Ibidem*, p. 209.

<sup>231</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 1176-1177.

<sup>232</sup> ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA também faz uso da expressão conceitos empíricos. Para ele, são aqueles que se referem descritivamente objetos reais ou objetos que de certa forma participam da realidade, isto é, que são fundamentalmente perceptíveis ou percepcionáveis pelos sentidos. In: *Conceitos*, 1994, pp. 25-26.

<sup>233</sup> No mesmo sentido, cfr. MARIA LUISA DUARTE. *A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados: contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade*. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça n° 370, 1987, p. 49.

<sup>234</sup> Cfr. KARL ENGISCH. op., cit., p. 210.

<sup>235</sup> *Ibidem*, 2014, p. 211.

<sup>236</sup> *Ibidem*, loc. cit.

Com isso, o autor alemão define os conceitos normativos *stricto sensu*<sup>237</sup> como aqueles que denotam alguma pertinência com a norma, quer estas normas provenham do direito, da moral ou de qualquer outro domínio da cultura. Soma-se a isso a valoração, pois o conceito “apenas poderia ser encontrado no fato de que sempre precisa de uma valoração para aplicar, no caso concreto, um conceito normativo”. E os conceitos que dependem desta valoração chamam-se conceitos carecidos de um preenchimento valorativo, o que quer dizer que devem ser preenchidos caso a caso, através de atos de valoração<sup>238</sup>.

No entanto, embora comungue da mesma ideia no tocante aos conceitos normativos em sentido estrito, António Francisco de Sousa aponta os conceitos normativos de valor como subcategoria dos conceitos normativos<sup>239</sup>. Estes conceitos mesclam a conexão com o mundo das normas ao mesmo tempo em que contém valoração. Por exemplo, dizer que alguém é indigno requer uma valoração, pois que o recurso unicamente à norma não é suficiente para defini-lo.

Antes de adentrarmos no modo como ocorre o processo de valoração, cumpre destacar outra categoria de conceitos indeterminados: os conceitos discricionários. Trata-se de categoria particular ao lado dos conceitos indeterminados e dos conceitos normativos<sup>240</sup>. No entanto, é possível situá-los como uma nova categoria de conceitos indeterminados ou como conceitos normativos, já que pode haver conceitos indeterminados puramente discricionários, assim como conceitos normativos discricionários.

De acordo António Sousa, os conceitos discricionários são aqueles que se caracterizam pela autonomia de valoração pessoal<sup>241</sup>.

E os atos de valoração? O que têm a ver com os conceitos indeterminados? Na verdade, este é um elemento intrínseco aos conceitos discricionários que, gozam de maior valoração que os conceitos descritivos e normativos *strictu sensu*. Isso não significa que estes conceitos não sejam valorados, até porque Engisch distingue valoração objetiva de valoração subjetiva.

Ao voltar sua atenção à discricionariedade (afinal, que significam elas senão o livre parecer pessoal do juiz ou do funcionário administrativo?), Karl Engisch afirma que o

---

<sup>237</sup> MARIA LUÍSA DUARTE utiliza a expressão “conceito valor” em detrimento de conceito normativo *stricto sensu*. Para ela, a expressão “conceito normativo” é equívoca pois todo e qualquer conceito jurídico é normativo, enquanto elemento estruturante da norma jurídica. Aliás, é por esta razão que Karl Engisch utiliza o termo “conceito normativo *strictu sensu*”. In: *A discricionariedade*, 1987, p. 48.

<sup>238</sup> Cfr. KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, p. 213.

<sup>239</sup> Cfr. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA. *Conceitos*, 1994, p. 27

<sup>240</sup> Cfr. KARL ENGISCH, op. cit., p. 225.

<sup>241</sup> Cfr. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, op., cit., 1994, p. 28.

controle judicial do ato discricionário, seja emanado no próprio judiciário ou da esfera administrativa, depende da verificação do abuso do poder discricionário inserido no âmbito subjetivo do sujeito que o exerce. Se a interpretação conferida ao conceito discricionário está dentro da margem de aceitação, esse ato, seja administrativo ou judicial, não poderá ser revisto, a menos que, no âmbito judicial, vise adequar o conceito ao caso concreto.

Mas o foco da discricionariedade no âmbito da valoração, com vistas a preencher conceitos caso a caso, concentra-se, sobretudo, no esclarecimento do conceito de discricionariedade na sua estrutura dogmática sob o ângulo visual do “direito dos juristas<sup>242</sup>”. Para Karl Engisch, o poder discricionário é revelado quando duas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conformes ao direito<sup>243</sup>. Independentemente da alternativa adotada, a autoridade estará dentro da margem de legalidade, alargada em razão da abertura densificadora decorrente de conceitos indeterminados utilizados pelo legislador<sup>244</sup>.

Há de se considerar, no entanto, que os conceitos indeterminados exigem, muitas vezes, a atribuição de sentido através da interpretação, a partir do caso concreto, porque nem sempre a lei oferecerá alternativa a ser escolhida. É o intérprete que construirá as alternativas dentro do espaço de livre apreciação e a liberdade de conformação não significa carta branca. E o responsável por realizar este cotejamento entre a lei e o caso concreto, seja atribuindo sentido, seja criando alternativas, segundo Engisch, desfruta de “competência delegada pelo legislador como forma de delegação de poder, para tomar uma decisão que o legislador não tomou ele mesmo, mas remeteu para o agente administrativo ou para o juiz, porque só pode ser tomada considerando os fatos e circunstâncias que apenas *in concreto* podem ser descobertos<sup>245</sup>”.

Com efeito, Engisch busca aproximar discricionariedade vinculada e o espaço de livre apreciação. A discricionariedade vinculada é entendida como sendo a busca por uma

---

<sup>242</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, p. 215.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>244</sup> Dignas de registro são as lições de SÉRVULO CORREIA: O poder próprio da Administração manifesta-se precisamente no exercício da discricionariedade e da prerrogativa de avaliação respeitante ao preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados. Através destas figuras, o ordenamento jurídico recusa a subordinação total da administração ao legislador e ao juiz. Recusa a subordinação total ao legislador, porque as soluções se vão basear em premissas autonomamente escolhidas pelo órgão administrativo. E a recusa a subordinação total ao juiz administrativo, porque a este não caberá substituir-se à Administração para efeito de refazer os juízos valorativos de prognose e de ponderação de interesses em conflito, isto é, não lhe cabe rever e emitir em última instância juízos de mérito que integram materialmente a função administrativa e, em princípio, se encontram arredados do controlo jurisdicional de legalidade. As normas que encerram conceitos jurídicos indeterminados ou conferem discricionariedade deixam pois à Administração um momento criativo que, embora regido por alguns princípios (vinculação ao fim, imparcialidade, proporcionalidade), configura o exercício de um poder próprio de determinação daquilo que em cada momento, nos casos concretos, é melhor para a satisfação dos interesses públicos abstratamente enunciados na lei. In: *Legalidade*, 2013, pp. 488-489.

<sup>245</sup> Cfr. KARL ENGISCH, *op. cit.*, 2014, p. 220.

decisão justa em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, ao mesmo tempo em que se procede a uma cuidadosa análise das circunstâncias do caso concreto. O espaço de livre conformação, além de considerar as diretrizes jurídicas em busca da justiça, “exigem sempre uma valoração individual que, por seu lado, não é juridicamente controlável, mas, no entanto, almeja ao objetivamente justo<sup>246</sup>”.

A diferença entre os espaços de livre apreciação e o poder discricionário, é que este último “reconhece um espaço ou domínio de liberdade de decisão própria daquele a quem a competência é atribuída”, aparentemente sem qualquer vinculação ao direito<sup>247</sup>. Por outro lado, os espaços de livre apreciação, conjugados com a discricionariedade vinculada, limitariam o espaço e o domínio de liberdade de decisão própria, porque parte de todas as diretrizes jurídicas e legais que seriam o caminho, para só ao final, diante da minuciosa análise do caso concreto, ser aplicada uma dose de “valoração individual” que, embora não seja judicialmente controlável, almeja objetivamente o justo.

De saída, o problema é definir o conceito de “valoração individual” e do que seja “objetivamente justo”. Embora a lei seja o ponto de partida, a valoração individual pode desviá-la do caminho. Não é porque o juiz parte do arcabouço jurídico disponível, de diretrizes legais, jurisprudenciais ou principiológicas que ao final terá condições de fazer uma valoração individual como expressão máxima de justiça. O problema antecede a subsunção do fato à norma, porque, até então, as análises do juiz perquirem atribuir valor e conteúdo ao conceito objeto da controvérsia. A valoração individual pode atribuir, neste momento, um conteúdo e extensão contrários à lei, e deturpar seu sentido. Não há garantias de que a valoração individual seja objetivamente justa, na medida em que o próprio conceito de justo é indeterminado, embora Engisch reconheça ser “problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que latitude tal discricionariedade existe<sup>248</sup>”.

Ao prever os reflexos desta anomalia no ordenamento jurídico, o renomado jurista Paulo Otero que, ao situar a problemática em torno da erosão da legalidade da atuação administrativa – e aqui peço licença para transportar esta lição para o campo dos atos decisórios do juiz que, assim como o administrador, tem a lei emanada do legislador como principal fonte de seu ofício – ao afirmar que “as normas legais em branco<sup>249</sup> são passíveis de

---

<sup>246</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, p. 221.

<sup>247</sup> *Ibidem*, loc. cit..

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>249</sup> PAULO OTERO admite que as “normas legais em branco” podem conter cláusulas gerais ou conceitos indeterminados. In: *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 899.

suscitar implicações ao nível do princípio democrático, da publicidade, e eventual renúncia do legislador a sua competência densificadora das normas, produzindo uma espécie de incompetência negativa<sup>250</sup>”.

Por último, Karl Engisch define que o poder discricionário apregoado por ele aparece apenas como “discricionariiedade da estatuição” e “discricionariiedade na hipótese legal”. A discricionariiedade da estatuição não define as hipóteses a serem consideradas pelo aplicador da lei, cingindo-se um conceito discricionário cujas hipóteses serão construídas a partir do caso concreto. A discricionariiedade na hipótese legal oferece algumas alternativas para o aplicador da lei verificar a mais condizente ao caso concreto. Aparentemente, o âmbito de discricionariiedade é reduzido, até verificarmos que é possível um dispositivo legal conter, ao mesmo tempo, discricionariiedade na estatuição e também na hipótese, evidenciando a correspondência entre ambos<sup>251</sup>.

A conclusão de Engisch sobre a discricionariiedade é no seguinte sentido: “no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo espaço de jogo será havida como sendo a melhor e justa<sup>252</sup>”.

Há de se destacar ainda que, ao lado dos conceitos discricionários, Maria Luísa Duarte aponta os conceitos vinculantes. Em suas palavras, “o conceito vinculante pressupõe também uma valoração, mas esta apresenta uma natureza subjetiva pela sua referência às valorações preexistentes da generalidade das pessoas ou de uma determinada ordem normativa<sup>253</sup>”, o que assemelha ao que Engisch chama de conceito normativo-objetivo.

Por outro lado, expoente na doutrina portuguesa é a classificação elaborada por Rogério Soares a partir “duma diferente natureza da imprecisão<sup>254</sup>” que, embora voltada para o direito administrativo, tem enorme relevância também no âmbito do direito constitucional, sobretudo no que concerne à dicotomia discricionariiedade/conceitos imprecisos, em que é possível identificar muitos elementos em comum.

Os conceitos imprecisos são divididos por Rogério Soares em dois grandes grupos: os classificatórios e os conceitos imprecisos-tipo. Os classificatórios “referem-se a situações

---

<sup>250</sup> Cfr. PAULO OTERO. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2007, p. 898.

<sup>251</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, pp. 226-227.

<sup>252</sup> *Ibidem*, pp. 227-228.

<sup>253</sup> Cfr. MARIA LUISA DUARTE. *A discricionariiedade*, 1987, p. 49.

<sup>254</sup> Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES. *Direito administrativo*, 1992, p. 59.

individualizáveis como constitutivas duma classe, isto é, uma soma de acontecimentos substancialmente idênticos<sup>255</sup>”. Já os conceitos imprecisos-tipo “não apontam para uma classe de situações individuais, mas invocam um tipo difuso de situações de vida, que não pretende referir-se a totalidade do grupo de situações, mas dar uma imagem significativa<sup>256</sup>”.

Os conceitos classificatórios se subdividem em: (1) conceitos descritivos empíricos que, à semelhança de *Engisch*, o seu conteúdo pode ser fixado objetivamente com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos ou técnicos de certo ramo<sup>257</sup>; (2) conceitos imprecisos de natureza jurídica em que a indeterminação se traduz remissão para figuras jurídicas de limites elásticos, pois podem ser preenchidos com elevado grau de objetividade por qualquer jurista, não sendo possível considerá-los fonte de discricionariedade<sup>258</sup>; e (3) conceitos imprecisos que se referem a situações definíveis em consideração de circunstâncias de tempo e lugar, os quais podem ser preenchidos através de vários meios de investigação, sendo possível o juiz determiná-lhe o conteúdo<sup>259</sup>.

Essas são as classificações que, em grande maioria são referidas pela doutrina, sendo que o professor Sérvulo Correia<sup>260</sup> é um dos adeptos à classificação proposta por Rogério Soares.

### **3. TEORIA DO PODER CONSTITUINTE E O DESENVOLVIMENTO DOS PROCESSOS INFORMAIS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**

#### **3.1. A teoria do poder constituinte no constitucionalismo francês na concepção de Emmanuel Sieyès: o esforço contratualista e suas lacunas.**

Para justificar o pacto social, pedra de toque da teoria contratualista, Jean Jacques Rousseau compara o sábio instituidor a um grande arquiteto. Antes de construir, o arquiteto observa e sonda o solo, para ver se este tem condições de sustentar o peso da construção. Do mesmo modo o sábio instituidor não deve começar por redigir boas leis em si mesmas, mas examinar anteriormente se o povo, ao qual são destinadas, está apto a aceitá-las<sup>261</sup>.

---

<sup>255</sup> Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES. *Direito administrativo*, 1992, p. 62.

<sup>256</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>259</sup> *Ibidem*, pp. 61-62.

<sup>260</sup> Esta é a tese também perfilhada por J. M. SÉRVULO CORREIA na obra. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 2013, pp. 116-117.

<sup>261</sup> Cf. JEAN-JACQUES ROUSSEAU. *O contrato social*; trad. Manuel Pereira Brum. 4ª ed. Mem Martins: Europa-América, 1999, p. 50 e ss.

O sábio instituidor referido por Rousseau também poderia se expressar na figura do monarca, detentor e centralizador do poder, que juntamente com os abastados e afortunados da nobreza e do alto clero detinha o poder estatal<sup>262</sup> e não apenas nas democracias populares. Tanto é assim que Rousseau faz alerta ante as dificuldades a serem enfrentadas na admoestação do povo, ao dizer que há para as nações, como para os homens, um tempo de maturidade, que é preciso esperar, antes de as sujeitarmos às leis; mas a maturidade de um povo não é fácil de conhecer, e se a antecipamos, aborta a obra<sup>263</sup>.

Numa referência à relação entre soberanos e súditos, Miguel Nogueira de Brito identificou, a partir de Bodin, que a soberania reside no poder exercido sobre os súditos de uma comunidade política, o que implica dar ordem sem estar sujeito a elas, sob pena de minar a possibilidade de relação que se estabelece entre soberano e súditos<sup>264</sup>.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os autores que difundiram a ideia do contrato social viam nesse contrato, como o próprio nome sugere, a fonte da sociedade. Isso está na célebre Escola do Direito Natural e das Gentes, encabeçada por Hugo Grócio, e está nos três grandes da doutrina do contrato social: Hobbes, no *Leviatã*, de 1651; Locke, no Segundo tratado do governo civil, da última década do século XVII; e Jean-Jacques Rousseau, no *Contrato social*, de 1762<sup>265</sup>.

Ainda prevalecia, no início da segunda metade do século XVIII, a nebulosa vertente que relegava o povo a um segundo plano, na medida em que as leis eram redigidas não para atender aos anseios dos cidadãos, mas para custear e manter privilégios da nobreza e amigos da monarquia, com a instituição de contribuições e obrigações compulsórias pesadas aos cidadãos<sup>266</sup>. A esse respeito, Hudson de Freitas destaca que o Estado Francês se estruturava num modelo de privilégios e separação de classes, permeado por um sistema de votação por estamentos<sup>267</sup>.

---

<sup>262</sup> É a sua doutrina um dos instrumentos de crítica à estrutura política francesa e europeia do século XVIII. Isso não foi desconhecido pelos seus contemporâneos, que se serviram de suas ideias, como das de outros ligados à mesma corrente, para sustentar a necessidade de se refazer o pacto social. Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *O poder constituinte*. 6. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

<sup>263</sup> Cf. JEAN-JACQUES ROUSSEAU. *O contrato social*, 1999, p. 51.

<sup>264</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 8-9.

<sup>265</sup> Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *O poder constituinte*, 2014, p. 26.

<sup>266</sup> Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. “*Su intención era la de oponer al dominio del monarca y de las instituciones de la monarquía, basadas en el derecho y la tradición, el poder político de decisión originario y no vinculado de la nación como la fuerza que crea la Constitución*”. In: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 163.

<sup>267</sup> Cfr. HUDSON COUTO FERREIRA DE FREITAS. *Teoria(s) do poder constituinte: visão clássica, visão moderna e visão contemporânea*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 17.

E é nesse contexto de crise que o abade Emmanuel Joseph Sieyès elaborou sua obra “*Qu'est-ce que le tiers état?*”, em que a nação é a titular do poder constituinte. Trata-se, na verdade, de conclamação dirigida aos cidadãos franceses a reagirem diante da opressão, inércia e da subserviência que então prevalecia<sup>268</sup>. O povo era explorado pela monarquia, sem contrapartida alguma.

Essa obra tornou-se clássico indispensável no estudo do poder constituinte. Sieyès questiona “*quem ousaria assim dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso*”. Naquele momento, o autor chega à conclusão de que o Terceiro Estado é tudo, mas um tudo travado e oprimido<sup>269</sup>.

Até porque, se a nação é um corpo de associados que vive sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura, nada justifica que a ordem nobre tenha privilégios em detrimento dos direitos do grande corpo dos cidadãos. O Terceiro Estado é tudo<sup>270</sup>.

Acontece até então o terceiro estado tinha sido nada, expressão de Sieyès. A aristocracia permitiu que todos os ramos do poder executivo caíssem na casta que domina a igreja, a toga e a espada. Foi essa corte que reinou e não o monarca. O povo sempre esteve excluído das decisões políticas, bem como da distribuição de cargos que sempre ficou ao alvedrio das castas que se beneficiaram mutuamente<sup>271</sup>. E assim, Sieyès vai dizer que como o terceiro Estado ainda não teve verdadeiros representantes nos Estados Gerais, seus direitos políticos são nulos<sup>272</sup>.

Ocorre que o Terceiro Estado pretende ser alguma coisa. Uma delas seria ter nos Estados Gerais influência igual a dos privilegiados e que os representantes fossem escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado<sup>273</sup>, em número igual a da nobreza e do clero<sup>274</sup>.

A primeira dificuldade para concretizar a vontade do terceiro Estado em Sieyès, formulada em sua Primeira Petição, é que, certamente, a condição de igualdade não eliminaria a classe de privilegiados. Ao contrário. Elevaria alguns nomes do Terceiro Estado também à

---

<sup>268</sup> Então, a população burguesa grita: não posso continuar a ser uma massa submetida e governada sem contarem com a minha vontade; quero governar também e que o príncipe reine limitando-se a seguir a minha vontade e regendo meus assuntos e interesses. Cfr. FERDINAND LASSALLE. *A essência da Constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 37.

<sup>269</sup> Cf. EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS. *A constituinte burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État?* Trad. Norma Azevedo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 3.

<sup>270</sup> Ibidem, 2015, p. 4.

<sup>271</sup> Ibidem, 2015, p. 9.

<sup>272</sup> Ibidem, 2015, p. 10.

<sup>273</sup> Ibidem, 2015, pp. 12-13.

<sup>274</sup> Ibidem, 2015, p. 16.

classe dos privilegiados, o que seria agravado frente ao risco de cooptação. Outro fator nebuloso é justamente definir os cidadãos que pertençam ao Terceiro Estado. Sieyès não estabeleceu os critérios para essa definição e tampouco a cargo de quem ficaria a escolha. Apenas disse que para pertencer ao Terceiro Estado, era necessário não possuir nenhuma espécie de privilégio<sup>275</sup>.

Por outro lado, é paradoxo invocar a inércia e opressão para estimular o povo a rebelar-se ao mesmo tempo em que a classe dos privilegiados seria mantida.

Sieyès também concebeu a ideia de organização desse poder. Para ele, seria necessário percorrer, pois, três épocas: a primeira, assentada na vontade de indivíduos isolados que querem se reunir<sup>276</sup>; a segunda caracteriza-se pela ação da vontade comum, em busca de objetivos comuns, que necessita de líderes, pois as vontades individuais que formam o coletivo estão sujeitas a dispersão; a terceira assenta que não é mais a vontade comum real que age, mas a vontade comum representativa<sup>277</sup>. A vontade comum representativa seria exercida numa Assembleia Nacional, o que difere de Rousseau, para quem o sistema de legislação deve primeiro ser elaborado por um legislador, uma figura mítica nos moldes de Moisés<sup>278</sup>.

Em crítica dirigida à teoria de Sieyès, Hannah Arendt menciona a dificuldade de “encontrar uma forma de governo que coloque a lei acima do homem”. E assim se descreve o círculo vicioso de Sieyès, em referência a dificuldade encontrada por aqueles que se congregam para constituir um novo governo, na medida em que são eles mesmos inconstitucionais, isto é, não tem autoridade para fazer aquilo que se propõem a executar<sup>279</sup>. Surge, então, o problema da legitimidade.

Em harmonia com as lições de Hannah Arendt, Miguel Nogueira de Brito afirma que se tornou necessário quebrar dois círculos viciosos: a atividade legislativa deve ser legitimada

---

<sup>275</sup> Cf. EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS. A constituinte burguesa. *Qu'est-ce que le Tiers État?* 2015, p. 13.

<sup>276</sup> Cf. BRONISLAW BACZKO: “Sieyes thus adopted Rousseau's point of departure. Political institutions, and in particular the relations between the governors and the governed, should be examined first for their legitimacy, which is to say “that we must always go back to a first convention” and to the act “by which [a people] has become a people.” The conceptual mechanics and the theoretical procedures of the Contrat social are also easily discernible in Sieyes's analysis of these “first conventions,” the first step toward “understanding social machinery”. In. *The Social Contract of the French: Sieyès and Rousseau*. The University of Chicago Press, 1988, p. 102.

<sup>277</sup> Cf. EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, op., cit., pp. 38-39.

<sup>278</sup> Cf. BRONISLAW BACZKO. *The Social Contract of the French: Sieyès and Rousseau*, 1988, p. 106-107.

<sup>279</sup> Cf. HANNAH ARENDT. *Da revolução*. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. Brasília: editora ática, 1989, p. 147.

por fonte externa que confira legalidade ao ato legislativo e o eleve como lei suprema e o novo princípio, a petição inicial, construído a partir do exercício da função fundadora<sup>280</sup>.

Certamente, a dificuldade encontrada por Rousseau e Sieyès para superar o círculo vicioso foi tratar a teoria do poder constituinte ainda dentro do marco do contratualismo<sup>281</sup>. A imperiosa necessidade de justificar o pacto social e as amarras justificadoras da subordinação do sujeito ao Estado, fez com que muitas considerações fossem deixadas de lado no momento do exercício do poder constituinte. Não dispuseram o modo pelo qual o poder constituinte se manifestaria e como a deliberação por ele tomada teria caráter universal dentro daquele Estado.

Interessante é a inter-relação estabelecida entre os homens da Revolução Americana e os homens da Revolução Francesa, no que diz respeito ao propósito de específico de refundação do Estado. E Hannah Arendt faz muito bem esta inter-relação<sup>282</sup>.

Para Hannah Arendt, o poder emanado do povo francês era fluido, líquido, sem rumo, apenas uma grande massa de manobra desprovida de qualquer pacto original que facilmente se diluiria. Enquanto isso, o poder emanado da revolução americana era sólido, porque alicerçado numa concepção pré-política, por meio de pactos e acordos firmados entre os membros da sociedade, instrumento de base e sustentáculo para o poder que daí emergiria. Apenas o poder alicerçado na reciprocidade e na mutualidade era poder real e legítimo<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, p. 6.

<sup>281</sup> Sobre a influência de Rousseau no pensamento de Sieyès, cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, pp. 70 e ss.

<sup>282</sup> Cfr. HANNAH ARENDT. *Da revolução*, 1989, p. 14.

<sup>283</sup> [...]. Hannah Arendt (*Da revolução*. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. 1989, pp. 145-146) afirmou que, quando os homens da Revolução Francesa diziam que todo o poder reside no povo, eles entendiam por poder uma força natural, cuja fonte e origem se situava além do domínio político, uma força que, sem sua própria violência, fora desencadeada pela revolução, e que, como furacão, arrasara todas as instituições do *Ancien Régime*. Essa força foi tida como sobre-humana em sua intensidade, e vista como consequência da violência acumulada de uma multidão liberta de todos os laços e de toda organização política. As experiências da Revolução Francesa, com um povo reduzido a um “estado de natureza”, não deixaram dúvidas de que a energia multiplicada de uma multidão podia explodir, sob a pressão do infortúnio, com uma violência que nenhum poder controlado e institucionalizado era capaz de conter. Mas essas experiências também mostraram que, ao contrário de todas as teorias, essa multiplicação de energia jamais daria origem ao poder, que a energia e a violência, em seu estado pré-político, eram abortivas. Os homens da Revolução Francesa, não sabendo distinguir entre violência e poder, e convencidos de que todo poder emana do povo, abriram a esfera política para essa força pré-política natural da multidão, e foram arrastados por ela, assim como o rei e os antigos poderes haviam sido anteriormente. Os homens da Revolução Americana, ao contrário, entendiam o poder como o próprio oposto de uma violência pré-política natural. Para eles, o poder surgiu quando e onde o povo passou a se unir e a se vincular através de promessas, pactos e compromissos mútuos; apenas o poder alicerçado na reciprocidade e na mutualidade era poder real e legítimo, ao passo que o assim chamado poder dos reis, monarcas e aristocratas, porque não provinha da mutualidade, mas, quando muito, se apoiava apenas no consentimento, era espúrio e usurpador. Eles próprios sabiam perfeitamente por que tinham êxito onde as outras nações iriam fracassar; foi, nas palavras de John Adams, o poder da “confiança depositada uns nos outros e no povo em geral que permitiu aos Estados Unidos superar, com sucessos, uma revolução”. Ademais, essa confiança surgira, não de

Para Habermas, “os colonos americanos quiseram legitimizar sua independência diante do Império Britânico recorrendo aos direitos humanos; os franceses, à derrubada do *Ancien Régime*<sup>284</sup>”.

E o que isso tem a ver com a obra de Sieyès? É que tanto as revoluções Americana e a Francesa enfrentaram o mesmo problema identificado por diversos doutrinadores na obra de Sieyès: o de justificar a superioridade da constituição à vontade dos homens, diante do enfraquecimento da justificação divina ao poder do soberano<sup>285</sup>.

E a saída de Sieyès foi diferenciar poder constituinte de poder constituído (*pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*). Com isso, ao menos na teoria, pensou ter solucionado o problema de legitimidade do novo poder constituído e da legalidade das leis por ele editadas<sup>286</sup>, como meio de justificar a obediência geral e irrestrita. De acordo com Miguel Nogueira de Brito, “a distinção entre poder constituinte e poder constituído não quebra o círculo vicioso inerente à legitimidade e à legalidade na fundação de um novo poder político, mas apenas o retrata em termos teóricos<sup>287</sup>”. E arremata: “é por demais evidente a impotência e a fragilidade de um acto de fundação perante um poder constituinte absoluto que, além de conferir legitimidade, fundamenta a validade das leis, mas escapa à sua alçada<sup>288</sup>”. O renomado jurista português vai além, e aponta que Sieyès, ao propor a distinção entre poder constituinte e poder constituído, não resolveu o problema da *constitutional conventions*.

A esse respeito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao justificar a distinção estabelecida por Sieyès entre poder constituinte e poder constituído, diz que “a ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico da ideia de Constituição; é a justificativa da superioridade da Constituição, que, derivando do Poder Constituinte não pode

---

uma ideologia, mas de promessas mútuas, e, como tal, tornara-se a base para “associações” – a congregação de pessoas com um objetivo político específico. É um tanto melancólico dizer (embora receie que haja nisso um boa dose de verdade) que essa noção de “confiança recíproca”, como uma norma de ação organizada, se faz presente em outras partes do mundo apenas em conspirações e em associações de conspiradores.

<sup>284</sup> Cfr. JÜGEN HABERMAS. *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*. Traduzido por Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 150.

<sup>285</sup> Cfr., a propósito, HANNAH ARENDT (*Da revolução*, 1989, p. 149), para quem, tanto na teoria como na prática, dificilmente podemos omitir o fato paradoxal de que foram precisamente as revoluções, sua crise e sua emergência, que levaram os próprios homens “iluminados” do século XVIII a advogar alguma espécie de sanção religiosa, ao mesmo tempo que se aprestavam para emancipar completamente a esfera secular das influências das Igrejas, separando, de uma vez por todas, a política da religião.

<sup>286</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, p. 72.

<sup>287</sup> *Ibidem*, loc., cit.

<sup>288</sup> *Ibidem*, loc., cit.

ser modificada pelos poderes constituídos, porque estes são obra daquele, por intermédio da própria Constituição. O titular desse Poder Constituinte, segundo Sieyès, é a nação<sup>289</sup>”.

Como já mencionado alhures, para limitar o poder constituinte, Sieyès usou o direito natural. É que o poder constituinte, em sua teoria, era expressão do direito natural e, portanto, limitado por ele, na medida em que corpo de normas escritas deveria, em tese, corresponder à realidade expressa e tida como comum no seio social, o que reforça a pecha de desorganização atribuída por Hannah Arendt. Ou seja, a justificativa do poder outrora expressa no divino altera sua fonte para o direito natural. No entanto, o próprio Sieyès, ao estabelecer etapas organizacionais do poder constituinte, o caracteriza como um poder político, mas com certa conformação jurídica<sup>290</sup>.

Habermas expressa muito bem essa alteração na concepção do direito natural do *Ancien Régime* para a modernidade concebida na revolução burguesa. E então distingue o direito natural clássico e o que denomina “direito formal da modernidade”. Para o renomado jurista alemão, “enquanto, de acordo com o direito natural clássico, as normas de ação ética e jurídica são orientadas substancialmente pela vida boa, ou seja, virtuosa, dos cidadãos, o direito formal da modernidade está desconectado dos catálogos de deveres de uma ordem de vida material, seja aquela da cidade ou da posição social. O direito formal da modernidade compete antes a uma esfera neutra da preferência pessoal em que cada cidadão, considerado um homem privado, pode perseguir de modo egoísta seus objetivos de maximização da utilidade. Direitos formais são principalmente direitos de liberdade porque devem permitir todas as ações que não são explicitamente proibidas segundo critérios de comportamento exterior<sup>291</sup>”.

As diferenças encontradas na constituição do poder na América e na França denotam o quanto a teoria do poder constituinte de Sieyès ainda estava amarrada à velha concepção de direito natural, em seu estado de natureza refratário do poder soberano, monárquico. Um dos fatores que justificam essa referência ao *ancien régime* é, justamente, os séculos em que os franceses ficaram subjugados à vontade do soberano, cuja fonte de poder remonta ao divino, ao sagrado. Tanto que Habermas menciona que Sieyès toma emprestada essa fórmula diretamente dos fisiocratas; [...]. Uma opinião pública esclarecida para a evidência, com uma

---

<sup>289</sup> Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *O poder constituinte*, 2014, p. 30.

<sup>290</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *Lições de introdução à teoria da constituição*. 2ª. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, pp. 138-139.

<sup>291</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS. *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*, 2011. Referindo-se também à concepção do direito natural no *Ancien Régime* e na revolução burguesa, cfr. Miguel Nogueira de Brito. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, pp. 86-87.

dominação absoluta das leis de natureza imposta de maneira despótica, garantirá a conformidade jurídica do estado de sociedade<sup>292</sup>.

Alexis de Tocqueville, em sua obra “*El antiguo régimen y la revolución*” chama a atenção para o fato de que a revolução não inaugurou uma nova era, com novas instituições do dia para noite. As inovações foram menores do que se podia imaginar. Na verdade, muitas instituições do *ancien régime*, como o poder religioso, as organizações das cidades e as autoridades administrativas, ainda persistiam no pós-revolução<sup>293</sup>, na medida em que a autoridade do soberano (individual) foi substituída pelo governo democrático (plural) – Convenção Nacional – que detinha a difícil missão de manter a ordem e conduzir a França a uma nova era de prosperidade, de modo a evitar a contrarrevolução. Todavia, a história mostra que a República Francesa pouco durou diante da investida de Napoleão no início do século XIX.

Para Habermas, os franceses tinham no direito natural o apego à vontade geral do povo expressa nas leis, ao passo que as cabeças filosóficas na Assembleia Nacional, ao contrário, tinham realizado de maneira mais severa o rompimento entre direito natural moderno e clássico: já não se comportavam, em todo caso em sua esmagadora maioria, de um ponto de vista prático em relação às normas legitimadas como sempre com base na natureza, mas sim de um ponto de vista técnico; eles discutiam sobre os meios organizacionais para a construção de uma ordem social total. Apenas então a positivação do direito natural se tornou uma tarefa revolucionária: a filosofia não deveria mais se orientar por uma ação politicamente prudente, mas sim instruir uma instituição tecnicamente correta com a ajuda de leis<sup>294</sup>.

A esse propósito, as observações de Hannah Arendt parecem corroborar as lições de Habermas. Para ela, a menção “a lei é a expressão da vontade geral” presente na Declaração dos Direitos dos homens e do cidadão de 1789, não é encontrada, em momento algum, tanto na Declaração de Independência, como na Constituição dos Estados Unidos<sup>295</sup>.

De sorte que a construção teórica de Sieyès em torno da diferenciação entre poder constituinte e poder constituído, do ponto de vista prático, possui lacunas, na medida em que sua concepção de poder constituinte ainda está atrelada ao direito natural clássico, o que não

---

<sup>292</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS. *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*, 2011, p. 154.

<sup>293</sup> Cfr. ALEXIS DE TOCQUEVILLE. *El antiguo régimen y la revolución*. Traduzido por Jorge Ferreiro. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 1998, pp. 87-108.

<sup>294</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, op., cit., p. 157.

<sup>295</sup> Para HANNAH ARENDT (*Da revolução*, 1989, p. 147), historicamente, não existe diferença de princípio mais significativa entre as Revoluções Americana e Francesa, do que o fato de que essa última afirmava, unanimemente, que “a lei é a expressão da vontade geral” (conforme estabelece o art. VI da *Declaration des droits de l’homme et du citoyen*, de 1789), uma formulação que se pode procurar, em vão, tanto na Declaração de Independência, como na Constituição dos Estados Unidos.

resolve o problema da legitimação, e tampouco da hegemonia das leis às quais todos estariam sujeitos. Ora, se o poder constituinte está limitado pelo direito natural, como a convenção constituinte, enquanto representante da nação francesa e, portanto, da vontade geral, estaria sujeita à constituição por ela criada, se esse poder constituinte, enquanto expressão do estado de natureza, continuaria latente na sociedade? À toda evidência, a constituição e as leis se conformariam ao direito natural, ao passo que o povo poderia não se curvar diante das leis<sup>296</sup>, o que, certamente, faria ruir qualquer governo enquanto poder constituído.

Enquanto isso, os americanos contornaram esse problema de legitimação ao partirem da ideia de pacto mútuo de intento emancipatório das 13 colônias frente ao poder dos ingleses, não se referindo à lei como expressão da vontade geral, com maior apego técnico, como constataram Habermas e Hannah Arendt.

Todas essas lacunas, principalmente em relação a legitimação da assembleia nacional constituinte, limitada naturalmente, faz surgir, em contrapartida, a indagação a respeito da manifestação do poder constiuinte após esse momento sublime. Refiro-me ao poder constituído enquanto revisor da constituição. Se, antes, há um problema de legitimação de ordem natural em relação ao poder constituinte originário, agora, no poder de revisão, haveria uma limitação da legitimidade de ordem constitucional expressa. Mas a autoridade da constituição elaborada por atores que tiveram sua legitimidade questionada deve vincular o poder constituído? O poder constituinte, enquanto emanção do povo, é suficiente para justificar essa limitação da legitimidade apenas em relação ao Congresso Nacional ou a Assembleia da República?

### **3.2. A influência do constitucionalismo pré-revolucionário americano no desenvolvimento do constitucionalismo moderno**

Georg Jellinek, em sua obra *Teoria Geral do Estado*, retoma o conceito de Constituição em Aristóteles e adotado pelos romanos, como forma de demonstrar o quão antiga é a teoria segundo a qual a constituição é hierarquicamente superior as demais leis do

---

<sup>296</sup> De acordo com JÜRGEN HABERMAS (*Teoria e práxis: estudos de filosofia social*. 2011, pp. 177-178) junto com as leis formais, o poder repressivo do Estado pode perecer assim que a própria sociedade passar a se organizar. Diante disso, Sieyès não pode imaginar uma esfera pública entronizada democraticamente senão como o soberano de uma máquina legisladora; também os jacobinos, enquanto alunos instruídos por Rousseau, compreendem a democracia ainda em sua forma radical, de modo que a vontade geral exerça sua soberania mediante leis formais e gerais. Os franceses não contam com uma base natural da sociedade separada do Estado; a própria libertação da esfera de intercâmbio de mercadorias e de trabalho social diante do intervencionismo estatal tem de ser, como eles acreditam, politicamente realizada e afirmada no marco de uma constituição total que também sempre abrange a sociedade.

Estado que, portanto, devem ser com ela compatíveis. Com isso, pretende destacar a influência destas teorias antigas em relação às concepções modernas de teoria da constituição.

O conceito de constituição adotado na antiguidade volta-se ao seu sentido material, encontrando forte amparo no direito natural. Para Aristóteles, “a Constituição é a ordem ou distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil”. Além disso, as leis devem ajustar-se a Constituição e não a Constituição às leis<sup>297</sup>.

Nesse sentido, Paulo Bonavides retrata, com a precisão que lhe é peculiar, o cisma entre poder de fato e poder de direito. Para o renomado jurista brasileiro, o poder de fato repousa unicamente na força e nos meios violentos para impor a obediência, ao passo que o poder de direito baseia-se na competência, no consentimento<sup>298</sup>.

De acordo com Jellinek “sobre o conhecimento e reconhecimento das relações romanas repousa a ideia de um poder constitucional ilimitado, poder que exclusivamente compete à coletividade soberana dos cidadãos e que há de ser exercitado por estes livremente<sup>299</sup>”. Finaliza mencionando que esta ideia foi divulgada pela escola de direito natural, especialmente por Puffendorf, Locke e Wolff, e sua aplicação prática, pela primeira vez, ocorreu nos Estados Unidos e depois na Revolução francesa, ao mesmo tempo em que foi expressão teórica na doutrina do «*pouvoir constituant*» na qual tem todos os poderes do Estado seu ponto de partida.

O que pretende Jellinek, sobretudo, é demonstrar que a teoria contratualista representada por Montesquieu, Locke, Rousseau e o próprio Sieyès, não foi à gênese da teoria da constituição e do próprio poder constituinte, porquanto o direito natural, como fator de limitação do poder, já havia influenciado outras teorias da antiguidade, como em Aristóteles<sup>300</sup>.

De acordo com Jellinek, a constituição em sua concepção formal, ou seja, escrita, surgiu sob os influxos de Aristóteles. Para o autor, o conceito de lei fundamental em seu sentido formal remonta ao século XVI, com a *lex fundamentalis* e, para justificar seu pensamento invoca as medidas adotadas por Enrique IV da França e Jaime I da Inglaterra (VI

---

<sup>297</sup> Cfr. ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 102.

<sup>298</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Ciência política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 115.

<sup>299</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando De Los Rios. México-DF: FCE, 2000, p. 458.

<sup>300</sup> Leciona Jellinek que a redação dos direitos dos súbditos com reação ao senhor que está sobre eles e o contrato entre o príncipe e o país são concepções que influem na origem das constituições modernas. Segundo as concepções populares, estão aqui mesclados de uma maneira peculiar o ato jurídico unilateral e bilateral. (Cfr. GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*, 2000, p. 459).

da Escócia): Enrique IV da França declarou que a *lois fundamentalis d'État* constituem uma limitação estrita do poder do rei; Jaime I da Inglaterra considerava a *fundamental laws* como direito divino, insuscetível de violação, tanto que o Conde de Strafford foi acusado e julgado porque quis alterar as leis fundamentais da monarquia<sup>301</sup>.

Para Jellinek, não foi Hobbes quem criou o conceito de lei fundamental em 1651. Esse conceito remonta à Inglaterra, onde a concepção medieval das relações contratuais entre *rex* e *regnum* tem permanecido viva devido as inumeráveis confirmações dos direitos e liberdade pela coroa<sup>302</sup>. A experiência da *Agreement of the People*, segundo o autor, foi um ensaio que demonstrava já em 1647 a necessidade de uma constituição escrita para arregimentar os direitos e deveres de todos os membros do Estado, por se tratar de um contrato solene.

O que sempre se buscou, como defende Paulo Bonavides, foi a cisão entre o poder de fato e poder de direito, para fazer com que este último prevalecesse. O senhor absoluto mudou apenas de nome, e não de essência: antes se chamava rei, com Hobbes, agora se chama povo com Rousseau<sup>303</sup>.

Ao fazer uma digressão sobre as colônias americanas, Jellinek refere-se a influência que as cartas inglesas tiveram, mais tarde, sobre as constituições de cada colônia, o que fazia assentir, de há muito, a ideia da constituição em seu plano formal, escrita. O autor toma como exemplo a *Fundamental Orders* de Connecticut que teria surgido sob a forma de um tratado levado a cabo entre os colonos, e foi a base que concedeu a colônia Carlos II, carta que foi confirmada pelo povo em 1776 como constituição do Estado livre e substituída mais tarde em 1818. O mesmo teria se passado em *Rhode Island* e *Pennsylvania*. Deste modo, o dualismo entre a comunidade superior e subordinada se encontra expressa já nestas constituições escritas, dualismo que provavelmente tem um nexó histórico com o do Estado da Idade Média<sup>304</sup>.

Com isso, a Constituição dos Estados Unidos de 1787 representa o passado e o presente, na medida em que captura teorias difundidas anteriormente, ao mesmo tempo em que desenvolve mecanismos no campo formal, em especial o processo de reforma da constituição adotado por outros países e implementa outros como a divisão e equilíbrio entre os poderes. Jellinek arremata suas lições com as seguintes palavras: “na América é onde há de se buscar a origem de nossas atuais constituições escritas e por isso se lhes deve prestar mais

---

<sup>301</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*, 2000, pp. 459-460.

<sup>302</sup> Ibidem, 2000, p. 460.

<sup>303</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: 2014, p. 77.

<sup>304</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, op., cit., 2000, pp.465-466.

atenção a estas constituições. A Revolução francesa aceita a ideia americana, e da França se estende aos demais Estados Europeus<sup>305</sup>”.

A esse respeito, Paulo Bonavides assenta que a interpretação da teoria da divisão dos poderes em Montesquieu foi desvirtuada no constitucionalismo americano, o que permitiu a manutenção da essência da soberania, cujas raízes encontram no povo o solo fértil.

Isso porque a primeira constituição francesa elevou o sistema representativo em defesa das ideias de Rousseau, o que, segundo Paulo Bonavides, constitui uma contradição funesta, na medida em que usurpara, em proveito da Constituinte representativa, a soberania do povo<sup>306</sup>. E de acordo com Paulo Bonavides, Jellinek chega a conclusão de que não devemos falar em divisão de poderes, pois o poder não se divide subjetivamente, nem mesmo como atividade, o que se divide é o objeto do poder, ao qual se dirige a atividade estatal<sup>307</sup>.

Para Habermas, no entanto, essas mesmas declarações, apesar de sua coincidência material, têm um sentido específico. Os colonos americanos quiseram legitimar sua independência diante do Império Britânico recorrendo aos direitos humanos; os franceses, à derrubada do *Ancien Régime*<sup>308</sup>.

Ao tratar do constitucionalismo moderno europeu, Jellinek reconhece a existência de leis desde a Idade Média que regulava as liberdades dos cidadãos, embora que de forma tímida. Defende o autor que estas leis tinham caráter circunstancial e não eram uma declaração de princípio e nem muito menos se propunham regular a esfera total dos direitos públicos do indivíduo<sup>309</sup>. Em verdade, expressavam a clava forte do soberano que se valia de um ato geral, a lei, para difundir suas ordens e estabelecer as obrigações dos súditos que, em contrapartida, tinham a solene promessa de liberdade. A crença colocava o poder como obra divina, no intuito de legitimar os atos do soberano, afinal, quem ousaria contestar os atos praticados em representação de tão elevada comenda. Nem podiam imaginar que mais tarde Sieyès os colocariam como parte central da teoria do poder constituinte, titulares do poder.

Ao reconhecer a importância do contratualismo na história do constitucionalismo moderno na segunda metade do século XVIII, Jellinek o faz não sem antes criticar a obra “Contrato Social” de Jean-Jaques Rousseau. Para o autor, a obra era inimiga, por sua tendência, de uma declaração de direitos pela Constituição porque mediante sua exigência de

---

<sup>305</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*, 2000, p. 470.

<sup>306</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 34ª ed. atual. São Paulo: Malheiros: 2019, p. 160.

<sup>307</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: 2014, p. 78.

<sup>308</sup> Cfr. JÜGEN HABERMAS. *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*, 2011, p. 150.

<sup>309</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, op., cit., loc., cit..

que todos os indivíduos reconhecessem uma religião civil, negava o mais importante e fundamental de todos os direitos individuais: o da liberdade religiosa<sup>310</sup>.

Tanto que Jellinek não reconhece em Rousseau os antecedentes da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Para o autor, o documento da liberdade dos homens remonta à Declaração de Independência da América do Norte<sup>311</sup>, a primeira exposição de uma série de direitos do homem. Jellinek chega a afirmar que a Declaração da Virgínia e demais Estados particulares americanos eram a fonte do projeto de Lafayette<sup>312</sup>.

As circunstâncias em que o povo francês se encontrava fez nascer a necessidade de uma Constituição escrita como base do Estado. Aqui, Jellinek reconhece a importância da obra de Sieyès, na medida em que o *pouvoir constituant* reside sempre no povo, tanto que os outros poderes, como *pouvoirs constitués*, necessitam derivar sua existência e competência do poder constituinte, e a necessidade de organizar claramente esta ordem de relações, tem tido uma parte essencial na criação da primeira constituição francesa<sup>313</sup>.

Há de se destacar, que o constitucionalismo não contribuiu apenas com a organização do Estado e a limitação dos poderes, como bem explana Georg Jellinek, expresso na vontade geral da nação, em Sieyès, mas também para o desenvolvimento da ciência hermenêutica e da interpretação. Antes da independência americana, os advogados dos Estados Unidos se submetiam às regras de interpretação inglesa, fundadas na *common law*. Foi em 1770 que William Blackstone publicou na obra “Comentários sobre as leis inglesas” instruções acerca de como deveria ser realizada a interpretação<sup>314</sup>.

Na quarta regra, Blackstone antevia a problemática em torno da interpretação dos conceitos indeterminados. Dizia que a regra, enquanto aos efeitos e consequência, é que onde as palavras, em sua acepção literal, não tenham significado, ou são muito absurdo, deve existir algum desvio a respeito de seu sentido habitual<sup>315</sup>.

Além disso, Blackstone também já chamava a atenção para a força hegemônica que a equidade representaria em favor dos juízes, em detrimento dos demais poderes. O autor afirmava que “a liberdade de considerar todos os casos em uma luz equitativa não deve ser indulgente demais, para que destruamos toda a lei e deixemos a decisão de cada pergunta

---

<sup>310</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*, 2000, p. 470.

<sup>311</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Tradução de Adolfo Posada. 1ª edição. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad del México, D.F., 2000, pp. 88-89.

<sup>312</sup> *Ibidem*, 2000, p. 90.

<sup>313</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *op.*, *cit.*, p. 471.

<sup>314</sup> Cfr. CHRISTOPHER WOLFE. *La transformación de la interpretación constitucional*. Traduzido por María Gracia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 34.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 35.

inteiramente no peito do juiz. E a lei, sem equidade, embora difícil e desagradável, é muito mais desejável para o bem público do que a equidade sem lei; o que tornaria cada juiz um legislador, e apresentaria a confusão mais infinita, pois haveria quase tantas regras de ação diferentes estabelecidas em nossos tribunais, pois há diferenças de capacidade e sentimento na mente humana<sup>316</sup>”.

Em seguida, foi a vez do “*The Federalist*” idealizado por James Madison, John Jay e Alexander Hamilton dispor sobre a estruturação da justiça norte-americana, bem como sobre métodos de interpretação da Constituição. Foram grandes inspiradores da Convenção de 1787 que aprovou a Constituição norte-americana<sup>317</sup>. Nessa obra, a preocupação também é latente em relação à interpretação dos conceitos indeterminados que poderia colocar o intérprete numa posição delicada diante do caso concreto. Apela-se, assim, as regras de sentido comum, como meio seguro de conduzir a interpretação.

De acordo com Christopher Wolfe, a doutrina “*The Federalist*” sobre a interpretação constitucional consiste em começar pelo sentido natural e evidente dos termos empregados, que se deduz de seu uso comum. Se as palavras são duvidosas, seu sentido deve buscar-se no contexto, sem perder de vista as implicações dos termos utilizados e as do documento em seu conjunto<sup>318</sup>.

No lumiar da história constitucional norte-americana, a corte constitucional teve de se debruçar sobre muitos casos relevantes, dentre os quais se destacam *Chisholm v. Georgia*, 1793; *Hylton v. United States*, 1796 e *Calder v. Bull*, 1798, ainda sobre a inspiração do “*The Federalist*”.

Em 1800, diante da recusa de John Hay em assumir novamente<sup>319</sup> à presidência da Suprema Corte Americana, o presidente norte-americano John Adams nomeou John Marshall como o novo mandatário geral da corte. Durante o período em que esteve na presidência, Marshall desenvolveu ainda mais os métodos de interpretação da Constituição. O caso mais

---

<sup>316</sup> Cfr. WILLIAM BLACKSTONE. “And, on the other hand, the liberty of considering all cases in an equitable light must not be indulged too far, lest thereby we destroy all law, and leave the decision of every question entirely in the breast of the judge. And law, without equity, though hard and disagreeable, is much more desirable for the public good than equity without law; which would make every judge a legislator, and introduce most infinite confusion; as there would then be almost as many different rules of action laid down in our courts, as there are differences of capacity and sentiment in the human mind”. In: *Commentaries on the Laws of England*. Vol. 1. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893, p. 62. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/2140>>. Acesso em 02.08.2017.

<sup>317</sup> Cfr. JAMES MADISON, JOHN JAY e ALEXANDER HAMILTON. *The Federalist*. Indianápolis: Liberty Fund, 2001.

<sup>318</sup> Cfr. CHRISTOPHER WOLFE. *La transformación*, 1991, p. 42.

<sup>319</sup> Foi o primeiro presidente da Suprema Corte Americana entre 1789 e 1795.

emblemático foi, certamente, *Marbury v. Madison*, 1803, em que, pela primeira vez, o Tribunal declarou uma lei do Congresso nula. Graças às técnicas interpretativas encadeadas por Marshall, o Tribunal garantiu a nomeação de Marbury e outros três federalistas aos cargos de juízes de paz do Distrito de Columbia<sup>320</sup>.

A consequência disso é que a Constituição Americana teve influxo direto sobre a Constituição francesa de 1791 que, via de consequência, passou a influenciar as cartas magnas dos demais países. O contributo maior do alvorecer e difusão do constitucionalismo foi o desenvolvimento do princípio da soberania popular, ainda que em países como Brasil e Portugal<sup>321</sup> que aboliram a monarquia tardiamente, no final do século XIX e no início do século XX, respectivamente.

De acordo com Blanco de Moraes<sup>322</sup>, “a ideia moderna de Constituição nasceu com o movimento constitucionalista do século XVIII e teve como fim primacial a limitação do poder absoluto do Monarca ou de qualquer outro tipo de poder que lhe sucedesse”.

Nas palavras de Pedro Vitorino<sup>323</sup>, o “findar do século XVIII e o alvorecer do imediato foram para Portugal tempos desmedidamente revoltos. Mal nos bafejou a paz, sempre tímida e vacilante. Lutas no solo pátrio e em terras estranhas. Apanhados sob as garras ferozes de Napoleão Bonaparte tivemos de suportar por três vezes as suas arremetidas. Desejou tragar-nos”.

De todo modo, a teoria de Jellinek se propõe a demonstrar que o constitucionalismo, enquanto ordenação de normas escritas, não surgiu com as revoluções do final do século XVIII, embora reconheça a importância da teoria do poder constituinte de Sieyès na organização e justificação da origem do poder até então repousado no divino. Sem dúvidas, a partir das revoluções americanas e francesas, o constitucionalismo se desenvolveu substancialmente e a obra de Jellinek, apesar das críticas ao contratualismo em Hobbes e Rousseau, parece reconhecer isso.

Por fim, o grande contributo do constitucionalismo está na reforma da constituição, decorrente do *pouvoir constitué*. A partir daí, Jellinek explica a maior ou menor dificuldade

---

<sup>320</sup> Cfr. CHRISTOPHER WOLFE, *La transformación*, 1991., pp. 115-116.

<sup>321</sup> Neste sentido PAULO BONAVIDES: De uma parte, pois a Revolução Francesa, doutra, a Revolução Americana, enquanto inspiradoras e transformadoras da ordem política e social. Ambas tiveram por raiz de seus princípios a emancipação dos povos e a organização da liberdade. In: *As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro: uma análise comparativa*, p. 197.

<sup>322</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*. 1. ed. Tomo II, 2º Vol. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 77.

<sup>323</sup> Cfr. PEDRO VITORINO. *Invasões francesas*. Porto: livraria figueirinhas, 1945, pp. 23-24.

de se alterar o texto constitucional, a depender da classificação das constituições em rígidas, semirrígidas e flexíveis<sup>324</sup>.

### 3.3. A Democracia Dualista de Bruce Ackerman e o reforço do poder do povo

Para Ackerman, ao assentar a vontade constitucional no povo, ao mesmo tempo em que restringe as emendas a Constituição aos poderes constituídos, encarregados, no plano ideal, de representar o povo, a obra *The Federalist* permite identificar a concepção dualista da democracia. Como ensina Miguel Nogueira de Brito, “a Revolução americana não pode prolongar-se numa forma de governo estável sem deixar de assumir explicitamente que o acto de fundação desse sistema estável deve privilegiar a autenticidade do assentimento popular sobre a regularidade formal<sup>325</sup>”.

Nesse sentido, na obra *The Federalist* nº 49 aponta para a necessidade de um meio constitucional e sempre existente para consultar a vontade do povo nas ocasiões importantes e extraordinárias<sup>326</sup>, principalmente naqueles em que é possível identificar o conflito entre os poderes.

Em razão disso, Ackerman defende a rejeição sistemática “a ideia de que o Congresso (ou o Presidente ou a Corte) possa representar genuinamente o povo norte-americano. Nos períodos de política usual, a vontade política do povo estadunidense não pode ser representada por meio dessa sinédoque inocente<sup>327</sup>”.

A questão é que os poderes constituídos, diante de conflitos, invocam suas virtudes especiais para agirem em nome do bem comum, sem que, no entanto, seja permitido que o povo posicione-se, efetivamente, acerca do problema<sup>328</sup>. Ackerman destaca muito bem a invocação do povo como fator de legitimação das decisões dos poderes constituídos, e sua

---

<sup>324</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*, 2000, pp. 478-484.

<sup>325</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituínte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, p. 40.

<sup>326</sup> Cfr. ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON E JOHN JAY. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 311.

<sup>327</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 254.

<sup>328</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. “His eyes darted forward to see whether the remaining amendments contained the answer, but he was shocked to find that he had arrived at the end of his journey. Thirty-five years have passed since the Twenty-Sixth Amendment was enacted in 1971, and the American people have added absolutely nothing to their written text — unless you count an odd little provision, initially proposed in 1789, forgotten for almost two centuries, and then revived and ratified by the states in 1992, forbidding members of Congress from immediately raising their own salaries”. In. *The Living Constitution*, p. 1740.

crítica reside no fato de que isso ocorre no plano dogmático, sem qualquer equivalência prática<sup>329</sup>.

A representação popular em Ackerman está acima da participação do povo no processo interpretativo da Constituição em Häberle. Ao fim e ao cabo, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição reforça a participação popular no processo de interpretação diante de assuntos com forte impacto social como mero fator de legitimação das decisões constitucionais, justamente aquilo que Ackerman critica, em razão de que poucos grupos de interesses terão sua atuação garantida diante da Corte Constitucional, sem que se tenha como mensurar a abrangência desta “representatividade”, pois a opinião pública destes grupos é insuficiente para ensejar a hipótese de extraordinária de comoção política.

Ackerman concebe a democracia dualista a partir da cisão realizada entre as decisões tomadas pelo povo estadunidense e aquelas tomadas pelo governo<sup>330</sup>. É que as decisões tomadas por aqueles eleitos pelo povo nas três esferas de poder são, na verdade, decisões de “governo”, e não podem ser confundidas com a vontade genuína do povo.

Com isso, o povo soberano decide nos chamados “momentos constitucionais<sup>331</sup>”, a partir do apoio amplo e consistente entre os cidadãos<sup>332</sup> para garantir o estabelecimento do

---

<sup>329</sup> Nesse sentido, preconiza ACKERMAN: “E qual a melhor maneira de alcançar esse objetivo senão por meio da proliferação da quantidade e das espécies de instituições representativas dentro do conjunto constitucional? Dessa forma, a Câmara representa o povo de uma determinada maneira, por meio da eleição direta de todos os seus cidadãos; o senado representa o povo de outra, concedendo o poder de escolha às legislaturas estaduais; e a Presidência representa o povo de uma terceira maneira, por meio do Colégio Eleitoral. Por intermédio da manipulação do termo função constitucional e de ofício de cada representante, o sistema atribui a cada instituição representativa, virtudes que faltariam às demais. Assim, a Câmara teria um incentivo para refletir todos os anseios da opinião pública; o Senado teria a capacidade de julgar conscientemente; e o Presidente, poderia contar com a energia e poder de decisão. Quando esses representantes discordassem, cada um deles, previsivelmente, invocaria as suas virtudes especiais para sustentar suas reivindicações para agirem para o bem comum. Se, entretanto, Publius tivesse sucesso, os outros representantes não responderiam, cedendo o poder para a instituição dogmática, mas resistiriam, dizendo que representam o povo, e assim por diante. O resultado seria o oposto das expectativas de cada um dos protagonistas. A troca de pretensões e contra-pretensões entre a Câmara, o Senado e o Presidente apenas ressaltariam o caráter problemático das tentativas de cada instituição para representar o povo de uma maneira simplista por meio do processo da sinédoque. Nenhum grupo pode ser transubstanciado no povo em virtude de dispositivo jurídico. Os dispositivos constitucionais são apenas um recurso que visa a aprimorar os males inevitáveis da política. Se os protagonistas políticos são de alguma forma induzidos a enfraquecer as pretensões entre si mesmos para representar a voz imperativa do povo, essa seria a melhor maneira de representar o verdadeiro espírito da política: “a exclusão completa do povo na sua capacidade coletiva durante os períodos de exercício da política rotineira. In. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 256-257.

<sup>330</sup> Ibidem, 2006, p. 7.

<sup>331</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN; CARLOS F. ROSENKRANTZ. *Tres concepciones de la democracia constitucional*, p. 16. No mesmo sentido, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 40.

<sup>332</sup> Cfr. JORGE OCTÁVIO LAVOCAT GALVÃO. “[...] em hipóteses de extraordinária comoção política, o povo norte-americano iniciaria um processo político de redefinição de sua identidade constitucional, configurando o que o autor denomina de momento constitucional”. In. *O Poder Executivo na construção do Direito Constitucional: uma breve análise do caso brasileiro*. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, n.º. 2, jul./dez. 2014, p. 52.

processo de criação da norma constitucional<sup>333</sup>. De acordo com David Strauss, “de tempos em tempos, de acordo com essa teoria, o povo se mobiliza, e isso permite que uma sensibilidade democrática superior prevaleça. A Constituição, nessa linha, é o produto destes períodos<sup>334</sup>”. Passado este momento, durante o período de “política normal”, há necessidade de se consolidar e manter as decisões constitucionais do povo, o que fica a cargo dos órgãos de soberania nacional. A política normal deve ser tolerada em nome da liberdade individual; é, no entanto, democraticamente inferior à política intermitente e irregular de virtude pública associada a momentos de criação constitucional<sup>335</sup>.

E segundo Ackerman, os momentos extraordinários são extensos podem durar décadas e culmina em uma série de textos jurídicos fundamentais que expressam a vontade de uma maioria decisiva de americanos comuns<sup>336</sup>.

Dentro dessa perspectiva, Ackerman divide o processo de criação da norma constitucional em quatro fases: a primeira, o movimento ganha a autoridade constitucional para garantir que a reforma, ao contrário das frações ideológicas incontáveis que compete napolítica usual, seja colocada à disposição da apreciação pública. Na segunda, o processo de criação da norma constitucional apoia o movimento para centralizar o seu conteúdo em uma série de propostas operacionais para a reforma constitucional. Na terceira, ocorre a deliberação popular mobilizada<sup>337</sup>.

É nesta fase que as propostas transformadoras do movimento são testadas diversas vezes dentro do processo constitucional, o qual pode resultar no fracasso do momento constitucional, ante o contra-ataque bem sucedido da maioria silenciosa<sup>338</sup>.

---

<sup>333</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional, 2006, p. 371.

<sup>334</sup> Cfr. DAVID STRAUSS. *We the people, They the people e o enigma do constitucionalismo democrático*. Revista Teoria Jurídica Contemporânea. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017, p. 262.

<sup>335</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. “Although constitutional politics is the highest kind of politics, it should be permitted to dominate the nation's life only during rare periods of heightened political consciousness. During the long periods between these constitutional moments, a second form of activity - I shall call it normal politics - prevails. Here, factions try to manipulate the constitutional forms of political life to pursue their own narrow interests. Normal politics must be tolerated in the name of individual liberty; it is, however, democratically inferior to the intermittent and irregular politics of public virtue associated with moments of constitutional creation”. In. *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale L.J.(1984), pp. 1022-1023.

<sup>336</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. “Higher lawmaking in America is never a matter of a single moment; it is an extended process, lasting a decade or two, that begins when a leading governmental institution inaugurates a sustained period of extraordinary popular debate, which gradually culminates in a series of key legal texts that express the will of a decisive majority of ordinary Americans at the polls. Brown's role in precipitating this debate is a big deal. It is assured that fundamental change, if it ever came, would not come as the result of some diktat from above, but through debate and decision from below”. In. *The living constitution*. Harvard Law Review, vol. 120, n. 7, 2007, p. 1763.

<sup>337</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN, op., cit., 2006, pp. 371-372.

<sup>338</sup> *Ibidem*, p. 372.

Se, no entanto, o momento sobressair-se, e arrematar uma base ainda mais sólida, o processo avança para a última fase, a formalização. Nessa fase, no que chama de sistema moderno assentado, historicamente, na Revolução de 1800 de Thomas Jefferson, Ackerman defende que o dispositivo constitucional decisivo seja emitido por um Presidente em nome do povo<sup>339</sup>. Se o Congresso apoiar o preceito, promulgando normas transformadoras que desafiem os fundamentos do regime preexistente, essa legislação é considerada um equivalente funcional a uma proposta de emenda constitucional<sup>340</sup>.

No entanto, esse avanço pode retornar o processo à fase da deliberação mobilizada (terceira fase). Se a Suprema Corte invalida a onda de leis transformadoras e desafia o movimento ascendente a refinar a sua visão por meio da exposição e aceitação da proposta pelo povo, o Presidente e o Congresso devem se manifestar sobre esse desafio, editando uma nova série de leis, sujeitas a obter sólido apoio eleitoral nas próximas eleições<sup>341</sup>, o que fará com que a questão retorne a Corte para nova reavaliação<sup>342</sup>.

Daí, a Corte teria duas opções: invalidar mais uma vez a série de leis editadas ou então reconhecer a vontade do povo. Se a Corte chegar a esta segunda conclusão (não poderá ser diferente se houver amplo apoio popular nas eleições e diante da possibilidade de alteração da composição do Tribunal pelo Presidente eleito, por membros compromissados em encampar o novo movimento) ela procede a uma alteração de ofício sem aguardar uma emenda constitucional formal<sup>343</sup>. Isso teria ocorrido, segundo Ackerman, no *New Deal*, que, antes das eleições de 1936, defendia um modelo econômico completamente diferente daquele

---

<sup>339</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional, 2006, p. 373.

<sup>340</sup> Ibidem.

<sup>341</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN: “Thus, while the separation of powers operates in normal times to make representation problematic, it can operate very differently during constitutional moments—refining the issues of high legal principle involved in the political conflict and thereby allowing Americans to place a constitutional meaning upon a sustained series of electoral victories and legislative successes that is very different from the meaning ordinarily attached to any single episode of normal politics. The democratic struggle over constitutional principle will not end, moreover, until a series of decisive victories at the polls permits the newly triumphant spokesmen of the People to proclaim their new higher law from all three of the branches constituted by the first three Articles. It is only at this point that a structural amendment, as I shall call it, achieves its legitimate ratification under our dualist Constitution as it has evolved over the past two centuries”. In. *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale L.J. (1984), p. 1055-1056. No mesmo sentido Jorge Octávio Lavocat Galvão: “demais, para que a demanda se torne foco de uma política extraordinária, é necessário que a população se engaje no debate sobre o tema, o que normalmente ocorre nas eleições presidenciais subsequentes, nas quais a questão se torna um dos principais pontos de divergência entre os candidatos concorrentes. Caso o partido do proponente saia vencedor em sucessivas eleições e o partido oponente não mais rejeite tal bandeira política, mas apenas questione o seu significado futuro, então a Suprema Corte acaba por legitimá-la na linguagem do direito constitucional. In. *O Poder Executivo na construção do Direito Constitucional: uma breve análise do caso brasileiro*. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, nº. 2, jul./dez. 2014, p. 53.

<sup>342</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN, op., cit., 2006, pp. 373-374.

<sup>343</sup> Ibidem, 2006, p. 374.

inicialmente concebido antes das eleições de 1932<sup>344</sup>, tendo a Suprema Corte relevante papel da defesa da Constituição, contribuindo para a ampliação do debate a ser aprimorado até as próximas eleições. Durante o *New Deal*, Roosevelt teria conseguido capitanear os anseios do movimento popular, tanto que obteve a reeleição, e então, junto a Suprema Corte, conseguiu proceder a uma alteração imediata que reverteria as doutrinas tradicionais do regime constitucional existentes, sustentando estes esforços por intermédio da nomeação de juristas e magistrados que trabalharam pelo *New Deal* como, por exemplo, Frankfurter, Douglas e Jackson<sup>345</sup>.

Na democracia dualista de Ackerman, o papel da Suprema Corte não é de representar o povo, até porque, segundo o autor, “durante a política normal, ninguém representa o povo isento de problemas, nem a Suprema Corte, nem o Presidente, nem o Congresso ou os institutos de pesquisa de opinião<sup>346</sup>”. A Suprema Corte, após longas lutas sem diversos setores da vida pública, deve aderir a essa nova expressão da vontade constitucional, buscando integrar a nova solução constitucional às velhas estruturas que foram deixadas intactas pelo povo<sup>347</sup>. Nestes casos, a Corte Constitucional deve atuar como guardiã das conquistas do povo “assumindo grande responsabilidade em analisar e interpretar a política normal nos termos dos princípios constitucionais do referido movimento<sup>348</sup>”.

Qualquer relação com a realidade da Corte constitucional brasileira não é mera coincidência. Só revela o quanto estamos no caminho errado, embora a teoria de Ackerman exija um grau de maturidade democrática que, certamente, ainda não atingimos.

Nesse sentido, Luiz Henrique Hohmann parecer ter razão ao referir-se à Constituição brasileira. Para o autor, parece que o processo constitucional brasileiro “é o resultado de uma grande negociação entre grupos de interesses, voltados à conciliação e à acomodação de seus mais distintos anseios”. Conclui que “a Constituição de 1988 parece mais um produto da democracia pluralista (calcada na ideia de conciliação entre grupos de interesses – tão criticada por Bruce Ackerman) do que da democracia dualista (fundada na noção de cidadania como um todo)<sup>349</sup>”.

---

<sup>344</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93Yale L.J.(1984), p. 1055.

<sup>345</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*, 2006, p. 374.

<sup>346</sup> *Ibidem*, 2006, p. 367.

<sup>347</sup> *Ibidem*, 2006, p. 369.

<sup>348</sup> *Ibidem*, 2006, p. 370.

<sup>349</sup> Cfr. LUIZ HENRIQUE HOHMANN. *Fundamentos da jurisdição constitucional brasileira*. Revista direitos fundamentais e democracia. Curitiba: UNIBRASIL, p. 7.

### 3.4. Características do poder constituinte.

O poder constituinte, tal como concebido por Sieyès, seria permanente, ilimitado, incondicionado e inicial, limitado apenas pelo direito natural, porquanto a Convenção Constituinte deveria positivizar as práticas saudáveis cultivadas no seio social.

Sendo ilimitado, como bem ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o poder constituinte não encontra barreira no direito positivo anterior<sup>350</sup>, razão pela qual estaria livre para inaugurar a nova ordem constitucional. Mas, por outro lado, qual seria a extensão dos limites impostos pelo direito natural? Em que medida os conceitos pré-constitucionais construídos e densificados pela sociedade devem ser observados pelos representantes na Assembleia Constituinte?

O que Sieyès pretende ao limitar o poder constituinte ao direito natural é propiciar a inauguração de uma nova ordem constitucional, que derogaria qualquer lei anterior a ela, no campo do direito positivo, ao mesmo tempo em que preservaria as relações sociais que então teriam novo regramento, consentâneo e representativo desta realidade social construída ao longo dos tempos. Carré de Malberg critica essa posição, pois a colocação de Sieyès soa como se o Estado nascesse naquele momento, ignorando o sentido jurídico e político desenvolvido ao longo dos séculos<sup>351</sup>, muitos dos quais contaram, inclusive, com a aquiescência popular<sup>352</sup>. Além disso, haveria um fracionamento da soberania que teria diferentes pesos em momentos distintos, como, por exemplo, ocorre em relação à subordinação dos poderes constituídos ao poder constituinte, o que remonta a separação dos poderes em Montesquieu<sup>353</sup>.

Nesse sentido, Miguel Nogueira de Brito, ao retratar a segunda fase do pensamento de Sieyès a partir da obra de Carré de Malberg, questiona qual seria a definição de poder constituinte, se já não é o poder absoluto e ilimitado exercido pelos representantes extraordinários da nação<sup>354</sup>.

Para Carré de Malberg, a preponderância do poder constituinte frente aos demais só pode ter o propósito de assegurar os direitos do homem e do cidadão, pois um dos meios essenciais para assegurar esses “direitos individuais” é estabelecer limites à autoridade das autoridades constituídas, e especialmente ao poder do legislador, impondo, através do ato

---

<sup>350</sup> Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *O poder constituinte*, 2014, p. 31.

<sup>351</sup> Cfr. CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, p. 95.

<sup>352</sup> Cf. CARRÉ DE MALBERG. *Teoría General del Estado*. México DF: Fondo de cultura económica, 2001, p. 1290.

<sup>353</sup> *Ibidem*, 2001, p. 1295.

<sup>354</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, p. 84.

constitucional, regras superiores que não podem ser dispensadas, que nada pode mudar por si só<sup>355</sup>.

É nessa linha e pensando no abismo entre realidade social e normatividade constitucional que Paul Bastid analisou, na década 1950, os limites de facto e de direito em torno do poder constituinte. Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os “limites de fato estão em que, quem estabelece uma Constituição não pode chocar-se frontalmente com as concepções mais arraigadas – a cosmovisão – da comunidade, porque, do contrário, não obterá a adesão dessa comunidade para as novas instituições, que permanecerão letra morta, serão ineficazes<sup>356</sup>”.

Já os limites de direito, de acordo com Paul Bastid, visam conferir justamente a conformidade da Constituição com o Direito Internacional e se este direito a limitaria de alguma forma<sup>357</sup>. Esse debate é paulatinamente trazido à baila nos dias atuais, ainda mais na Europa, onde os países integrantes da União Europeia possuem severas restrições no âmbito doméstico para atender ao Parlamento Europeu ou até mesmo o Fundo Monetário Internacional. Fato é que se a União Europeia ajuda financeiramente algum membro, tal com fez em relação a Portugal e a Grécia, certamente exigirá contrapartidas no âmbito doméstico para obter o saneamento das contas públicas, o que poderia representar, no mínimo, o enfraquecimento da soberania.

Outra característica do poder constituinte é ser permanente. Esta característica acoberta as teorias tidas por modernas em relação à alteração informal da constituição, especialmente a interpretação evolutiva e a mutação constitucional, em que se atribui novo sentido a norma constitucional, sem alterar seu texto. Para que se altere a constituição em nome da evolução, há necessidade de que o poder constituinte permaneça latente no seio social<sup>358</sup>.

Todavia, se o estado de latência do poder constituinte permanece na sociedade, por que as ditas cláusulas pétreas não poderiam sofrer alteração? É justo perpetuá-las? E as gerações futuras? Quis a nação representada na Convenção Constituinte a perpetuação de determinados dispositivos constitucionais?

---

<sup>355</sup> Cf. CARRÉ DE MALBERG. *Teoría General del Estado*, 2001, p. 1267

<sup>356</sup> Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *O poder constituinte*, 2014, p. 68.

<sup>357</sup> Ibidem, 2014, p. 69.

<sup>358</sup> Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES: “O poder constituinte originário não se esgota quando edita uma Constituição. Ele subsiste fora da Constituição e está apto para se manifestar a qualquer momento. Trata -se, por isso mesmo, de um poder permanente, e, como também é incondicionado, não se sujeita a formas prefixadas para operar. O poder constituinte originário, entretanto, não costuma fazer -se ouvir a todo momento, até porque não haveria segurança das relações se assim fosse”. In. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Sieyès quer dizer que a nação, embora através do Poder Constituinte se dê determinadas instituições, não está, por esse fato, impedida de, posteriormente, estabelecer uma nova Constituição<sup>359</sup>.

Por outro lado, a autorização para estabelecer uma nova constituição exprime o exercício do poder constituinte originário, como já dito ilimitado. Já a alteração da Constituição é tema afeto ao poder constituinte derivado, o que, de todo modo, não responde a sociedade os questionamentos feitos acima, na medida em que as cláusulas pétreas continuarão sem sofrer alteração, continuarão perpetuadas, imporão às novas gerações os anseios das gerações passadas, expressas noutra realidade social e jurídica.

Seria dizer que o estado de latência a que tantos autores se referem fosse afeto apenas ao poder constituinte originário. Mas então de que valeria o poder constituinte de reforma, se a ele não é conferida a possibilidade de atualizar o texto constitucional em sua integralidade? Talvez servisse de válvula de escape para momentos de contingência econômica e atribulações políticas, com vistas garantir o restabelecimento da ordem interna, bem como para facilitar a introdução das exigências internacionais da União Europeia e do MERCOSUL no âmbito doméstico, cuja ajuda ficaria condicionada a alteração da Constituição.

O estado de latência afeto apenas ao poder constituinte originário enfraquece o poder constituinte de reforma, fazendo dele também um poder constituído, na concepção de Sieyès. Isso significa carta branca para estabelecer uma nova Constituição e severos limites para reformá-la, o que afronta a natureza primeira do poder constituinte de reforma que é, justamente, atualizar a constituição.

Nesse sentido, o poder constituinte é incondicionado porque não se sujeita a formas prefixadas para operar. Não se sujeita a ordem jurídica anterior. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “o poder constituinte tudo pode e não se encontra de antemão submetido a nenhuma constituição, de modo que, para exercer sua função, ele deve estar livre de toda forma e de todo e qualquer controle, salvo os que ele próprio venha a adotar<sup>360</sup>”.

Há de se destacar, no entanto, que na teoria de Sieyès, o poder constituinte era limitado pelo direito natural. Para J.J. Gomes Canotilho o poder constituinte deve observar o direito natural enquanto expressão da vontade geral do povo, razão pela qual não pode

---

<sup>359</sup> Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *O poder constituinte*, 2014, p.30.

<sup>360</sup> Cfr. INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 102.

descurar dos anseios e práticas consolidadas no meio social. O poder constituinte não nasce de um vácuo histórico-cultural<sup>361</sup>.

Com isso, Ingo Wolfgang Sarlet parece concordar com Canotilho. Para o autor, assumindo-se como correta a premissa de que o poder constituinte não é, por inteiro, um poder ilimitado (inclusive, e de certo modo, no sentido jurídico), é possível falar de condicionamentos de caráter pré-constituinte e pós-constituinte<sup>362</sup>, limites transcendentais e imanentes ou, ainda, limites materiais expressos e implícitos, temas que serão tratados adiante.

### **3.5. Poder constituinte ilimitado e permanente: perpetuação dos conceitos pré-constitucionais?**

No tópico anterior, vimos que o poder constituinte é classificado como inicial, ilimitado, permanente e incondicionado, o que é, sobretudo, amplamente aceito no meio doutrinário. A Constituição não nasce do nada. Tanto que Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet invocam a relevância dos conceitos pré-constitucionais, sobretudo porque seus influxos se irradiam sobre a nova ordem constitucional e condensam o próprio direito natural, na medida em que expressa o sentimento que repousa no seio social e que fundamenta a ordem jurídica maior a ser construída na histórica.

A primeira questão que se coloca, então, é saber se os conceitos pré-constitucionais vinculam o poder constituinte originário, ou seja, se devem, obrigatoriamente, serem incorporados ao novel diploma constitucional. Uma segunda questão que se levanta é se, uma

---

<sup>361</sup> De acordo com Canotilho, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e oedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como “vontade do povo”. Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observâncias de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou como princípios supraleais mas intra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos). Esta ideia de vinculação jurídica conduz uma parte da doutrina mais recente a falar da “jurisdicização” e do “carácter evolutivo” do poder constituinte. Se continua a ser indiscutível que o exercício de um poder constituinte anda geralmente associado a momentos fractais ou de ruptura constitucional (revolução, autodeterminação de povos, quedas de regime, transições constitucionais), também é certo que o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural. In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 81-82.

<sup>362</sup> Cfr. INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 115.

vez incorporados ao novel diploma constitucional, estes conceitos são susceptíveis de alteração ou permanecem inquebrantáveis. Outra questão que se coloca e que será abordada noutra tópicos, é a relação factual dimensionada ao longo da história e sua receptividade pelo *pouvoir constitué*, encarregado de reformar a Constituição.

De acordo com Paulo Otero<sup>363</sup>, “paralelamente aos conceitos criados pela própria Constituição, verifica-se que a normatividade constitucional recorre, muitas vezes, a conceitos que, caracterizados e cristalizados já por uma tradição legal pré-constitucional ou trabalhados dogmaticamente pela doutrina anterior, surgem como pressupostos pelo legislador constituinte”. Percebe-se, *ab initio*, que os conceitos pré-constitucionais não se resumem à lei, a doutrina ou a jurisprudência. Consubstanciam também os conceitos e práticas informais vivenciadas pela sociedade, como os costumes e tradições, com relevância jurídica.

A esse respeito, Ernst-Wolfgang Böckenförde pontua que a Constituição surge, antes, dentro de um processo histórico político determinado, e é sustentada e configurada por determinadas forças e em seu caso também pode ser invalidadas por elas. Tanto sua reivindicação de validade quanto sua qualidade jurídica especial não derivam do mero fato de seu nascimento, mas de uma magnitude que a precede e que aparece como um poder ou autoridade especial<sup>364</sup>. Ou seja, é latente o estágio pré-constitucional, que não pode ignorar o processo histórico-político.

Jorge Miranda refere-se aos limites transcendentais e imanentes do poder constituinte. Os limites transcendentais são os que, “antepondo-se ou impondo-se a vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, a vontade do povo) e demarcando a sua esfera de intervenção, provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica relativa<sup>365</sup>”. Os limites imanentes<sup>366</sup> decorreriam da “noção e do sentido do poder constituinte formal enquanto poder situado, que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas circunstâncias<sup>367</sup>”.

Na verdade, toda a concepção em torno dos conceitos transcendentais e imanentes remonta aos conceitos pré-constitucionais, porquanto são anteriores à nova ordem

---

<sup>363</sup> Cfr. PAULO OTERO. *Direito constitucional português: identidade constitucional*, vol. I, 2010, p. 193.

<sup>364</sup> Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 160.

<sup>365</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, tomo II. Coimbra Editora, 2013, p. 142.

<sup>366</sup> Cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. “limites imanentes, decorrentes da configuração própria do Estado, de que cada Constituição representa apenas um momento na sua marcha histórica. Nesse âmbito caberia considerar a soberania, o federalismo, a legitimidade democrática”. In. *Lições de introdução à teoria da Constituição*. 2ª, ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 142.

<sup>367</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, op., cit., p. 144.

constitucional, o que, na visão da maioria da doutrina, constituiria limite vinculativo a ser observado pelo constituinte originário.

Para Ernst-Wolfgang Böckenförde<sup>368</sup>, a legitimidade do poder constituinte decorre da magnitude política, como um conjunto de forças legitimadoras e configuradas da vida em comum dos homens integrados por uma força política que os mantêm. Não é exclusiva da norma hipotética fundamental e tampouco do direito natural<sup>369</sup>.

E tudo aquilo que precede e influi a nova ordem constitucional possui as mais variadas fontes. Podem ser encontrados nas leis, na doutrina, na jurisprudência, nos costumes ou nas práticas comuns de grande importância social, cultural, política ou econômica. O fato é que já existem e precedem a nova ordem constitucional prestes a ser inaugurada. Das duas uma: ou são incorporados pelo constituinte ou ficam de fora.

O problema da abertura do texto Constitucional a conceitos pré-constitucionais, nas palavras de Paulo Otero<sup>370</sup> e J.J. Gomes Canotilho<sup>371</sup>, é gerar uma Constituição segundo as leis ou segundo a doutrina, na medida em que estas são as fontes cuja disponibilidade ao constituinte é ampla e de fácil acesso.

Nem todos os conceitos usados pelas normas constitucionais podem ser objeto de uma concretização ou definição conceitual feita pela própria Constituição, sendo um gesto de humildade reconhecer que cada novo texto constitucional não inventa a linguagem do direito<sup>372</sup>.

De acordo com J.J. Gomes Canotilho, “o perigo de uma constituição segundo as leis pode, porém, verifica-se com a remissão da constituição para conceitos que continuam a caracterizar-se por via da tradição legal (pré-constitucional) e que, progressivamente, terminam por pautar a solução legislativa e judicial dos problemas<sup>373</sup>”.

Carlos Blanco de Moraes manifesta-se contrariamente aos limites transcendentais e imanentes apontados por Jorge Miranda como fator de limitação do constituinte originário. Para o autor, os limites transcendentais “carecem de aceitação unívoca como estruturas garantísticas de bens jurídicos inquestionáveis”, assim como impõe uma ordem de hierarquia

---

<sup>368</sup> Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 162.

<sup>369</sup> Ingo Wolfgang Sarlet parece concordar com as lições de Böckenförde, ao fazer remissão ao que denomina “condicionamentos de caráter pré-constituinte e pós-constituinte”.

<sup>370</sup> Cfr. PAULO OTERO. *Direito constitucional português: identidade constitucional*. Vol. I, 2010, p. 193

<sup>371</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 1234.

<sup>372</sup> Cfr. PAULO OTERO, op. cit., p. 195.

<sup>373</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, op. cit., p. 1234.

axiológica supraconstitucional incompatível com a ideia de que as normas constitucionais originárias não estão sujeitas ao controle de constitucionalidade<sup>374</sup>. Jorge Miranda refutou as críticas de Carlos Blanco de Moraes, aduzindo, em síntese, que o problema é de legitimidade e não de validade das normas constitucionais<sup>375</sup>.

Em relação aos limites imanentes, Carlos Blanco de Moraes sustenta suas críticas no fato de que a história é rica em exemplos que contrariam essa suposta impossibilidade de transformação da identidade primitiva do Estado, citando, como exemplo, a subversão de Estados democráticos em Estados autoritários como a Venezuela<sup>376</sup>.

Se uma lei anterior for compatível com a nova ordem constitucional, poderá influir e ser considerada para pautar soluções legislativas e judiciais dos problemas, até que outra norma seja editada, substituindo-a. Do contrário, não foi recepcionada<sup>377</sup>. Até porque, como bem destaca Paulo Otero, reconhecer os conceitos anteriores é um gesto de humildade, a reforçar a ideia de que a nova ordem constitucional não inventa a linguagem do direito<sup>378</sup>.

---

<sup>374</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso de direito constitucional: teoria da constituição em tempo de crise do estado social*. Tomo II, Coimbra Editora, 2014, pp. 221-222.

<sup>375</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, tomo II. Coimbra Editora, 2013, p. 143.

<sup>376</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, op. cit., p. 224.

<sup>377</sup> Ao tratar dos efeitos das novas normas constitucionais sobre o direito ordinário anterior, recepcionado pela nova constituição, Miguel Nogueira de Brito afirma que, neste caso, ocorre uma novação do direito anterior pela nova Constituição, correspondente a uma mudança de fundamento da respetiva validade, que passa a ter por referência a nova Constituição. A revisão constitucional, por seu turno, não opera novação, mas apenas inconstitucionalidade superveniente do direito ordinário anterior, caso ocorra alguma desconformidade posterior do direito ordinário originariamente não inconstitucional. Assim, na perspectiva do fundamento de validade do direito ordinário anterior, a revisão só tem efeitos negativos, não positivos. Isso acontece na medida em que a revisão não altera a unidade da ordem constitucional. Cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *Lições de introdução à teoria da Constituição*. 2ª, ed. Lisboa: AAFDL, 2017, pp. 180-181.

<sup>378</sup> No Brasil, ou a lei anterior a Constituição é por ela recepcionada ou, do contrário, está automaticamente extirpada do ordenamento jurídico. Acontece que definir a receptividade ou não da lei anterior não é tarefa das mais fáceis. Tanto que a Corte Constitucional brasileira já enfrentou muitos entraves para definir se determina lei havia sido ou não recepcionada pela nova ordem. Exemplo clássico a ser citado é o da ADPF 153, que tratou da revisão da Lei de Anistia (Lei 6.683 de 1979). Vejamos: “[...]. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem

A primeira questão sobre a vinculação do constituinte aos conceitos pré-constitucionais, como vimos, é controvertida. Em primeiro lugar, far-se-á esta análise a partir da classificação das Constituições proposta por Paulo Bonavides<sup>379</sup>, que as distingue, quanto à origem, em outorgada, pactuada e promulgada<sup>380</sup>. Em segundo lugar, serão analisados os anseios defendidos pela sociedade, que acabam por moldar e criar conceitos, e o modo como estes conceitos tidos por pré-constitucionais (precedem a nova ordem) são levados em consideração pelo constituinte originário nas Constituições promulgadas, a exemplo da brasileira e da portuguesa, na tentativa de responder às questões propostas.

Em relação às Constituições outorgadas e também as pactuadas, embora possam fazer algum aceno nesse sentido, certamente poucas reivindicações populares serão consideradas, porque o poder ainda está centralizado nas mãos do monarca, ou, nas palavras de Miguel Nogueira de Brito, exprimem a passagem do absolutismo monárquico para o constitucionalismo monárquico<sup>381</sup>. Por essa razão, estas Constituições podem criar novos conceitos, desprezando os conceitos pré-constitucionais defendidos pela sociedade. Não há nada que vincule o detentor do poder aos anseios populares, ainda nas Constituições pactuadas, em que ambos os lados são obrigados a fazerem concessões mútuas para se chegar ao consenso, que jamais atingirá os anseios de cada uma das partes em sua plenitude.

Por outro lado, se as Constituições promulgadas ou democráticas são expressões máximas da vontade do povo, titular do poder constituinte originário, como assevera Canotilho<sup>382</sup>, deveriam, em tese, registrar, fidedignamente, o estágio de evolução dos

---

constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que “[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos” praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. (STF; ADPF 153; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Eros Grau; DJE 06/08/2010; Pág. 48)”.  
<sup>379</sup> Para PAULO BONAVIDES, do ponto de vista jurídico, a Constituição outorgada é ato unilateral de uma vontade política soberana – a do outorgante, mas do ponto de vista político, representa quase sempre uma inelutável concessão feita por aquela vontade ao poder popular ascendente, sendo pois o produto de duas forças antagônicas que se medem em termos políticos de conservação ou tomada de poder. A Constituição pactuada é aquela que exprime um compromisso instável de duas forças políticas rivais: a realza absoluta debilitada, de uma parte, e a nobreza e a burguesia, em franco progresso, doutra. Surge então como termo dessa relação de equilíbrio a forma institucional da monarquia limitada. As Constituições populares ou democráticas são aquelas que exprimem em toda a extensão o princípio político e jurídico de que todo governo deve apoiar-se no consentimento dos governados e traduzir a vontade soberano do povo. In. *Curso de direito constitucional*, pp. 89-90.

<sup>380</sup> Cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. Lições de introdução a teoria da Constituição, 2017, p. 48 e ss.  
<sup>381</sup> Ibidem, p. 48.  
<sup>382</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO “Vemos que, hoje, o titular do poder constituinte só pode ser o povo, e que o povo, na atualidade, se entende como uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadoras de interesses, ideias, crenças, e valores, plurais, convergentes ou conflituantes”. In. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, pp. 65-66.

conceitos pré-constitucionais evocados pela sociedade, para inseri-los a nova Constituição. Nesse sentido, atribuir novos sentidos aos conceitos, estranhos aos olhos do povo, e em conflito com seus interesses não seria, *a priori*, admitido.

Inegável o contributo da sociedade na constituinte, a apontar o rumo a ser perseguido e alcançado. Manuel Gonçalves Ferreira Filho aponta que o poder constituinte é expressão da força social<sup>383</sup>. No entanto, a sociedade não possui condições de apontar todos os rumos. É fácil identificar os desejos da sociedade em relação aos direitos individuais fundamentais (liberdades básicas), ao regime democrático em detrimento do autoritário, aos direitos sociais e aos direitos políticos. O mesmo não se pode dizer em relação ao direito financeiro, sistema tributário, fiscal, distribuição de competências, organização do Estado e direito internacional (certamente no âmbito na União Europeia as relações internacionais fazem parte do cotidiano do povo, o que não é o caso do Brasil).

Outro fator que surge como barreira à incorporação dos conceitos pré-constitucionais a nova constituição é o direito internacional, sendo a União Europeia e o MERCOSUL dois bons exemplos<sup>384</sup>. O renomado jurista Paulo Otero já havia chamado a atenção para o fato de a “internacionalização da soberania”, oriunda do constitucionalismo transnacional, causar a erosão do domínio reservado ao Estado, promovendo verdadeira “transfiguração da identidade originária da Constituição<sup>385</sup>”. E para exemplificar esta preocupação, utilizo, assim como Paulo Otero, o artigo 16º da Constituição Portuguesa<sup>386</sup>, bem como o § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988<sup>387</sup>.

---

<sup>383</sup> Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO “Ora, como é óbvio, o direito positivo surge da Constituição. Dessa forma, a Constituição, da qual parte a ordem jurídica, não é gerada pelo direito, ou melhor, não é gerada por um poder de direito; a Constituição é um fato, e o Poder Constituinte é simplesmente uma força social. Em consequência disso, reitere-se, o estabelecimento de uma Constituição é, para o positivismo jurídico, um mero fato, um fato que está fora da órbita da ciência jurídica, embora seja o ponto de partida da ciência jurídica. Igualmente, para o positivismo jurídico, o Poder Constituinte é simplesmente uma força social, a ser estudada pela Sociologia, e não algo que deva ser estudado estritamente pelo Direito”. In. *O poder constituinte*. 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

<sup>384</sup> Trata-se dos chamados limites Heterónomos. Cfr. JORGE MIRANDA, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e CARLOS BLANCO DE MORAIS.

<sup>385</sup> Cfr. PAULO OTERO. *Direito constitucional português: identidade constitucional*. Vol. I, 2010, p. 219.

<sup>386</sup> Cfr. Artigo 16º da CRP.

(Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

<sup>387</sup> Art. 5º. [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

E aqui cabem perfeitamente as lições de Fernando Loureiro Bastos, ao identificar a sujeição do poder constituinte a normas e princípios de direito internacional<sup>388</sup>. Para o autor “o conhecimento dos limites materiais de origem externa é atualmente de difusão muito alargada, sendo possível afirmar que a produção de textos constitucionais, incluindo normas que expressamente os afrontem, é objetivamente impossível<sup>389</sup>”.

O povo tem o direito de fazer reivindicações, e o faz. Assim, por exemplo, quando um movimento social ou revolucionário antecede a constituinte, aquilo que mais aflige as pessoas estará em evidência, na linha de frente do movimento<sup>390</sup>. Estas reivindicações imediatas estarão em evidência também nos meios de comunicação, que transmitirão esta mensagem à grande parcela da população que, certamente, a elas aderirão. Contudo, isso não quer dizer que este movimento permita extrair todo o corpo de normas que integrarão a nova Constituição, já que algumas são eminentemente técnicas, sendo que o povo estará representado na Assembleia Nacional, como defende Sieyès.

E isso se justifica porque as Constituições modernas, a exemplo de Brasil e Portugal, são demasiadamente extensas (analíticas)<sup>391</sup> e procuram regular o máximo de hipóteses e das mais variadas possíveis. Por isso mesmo, carecem de perfeição. De modo que os sentidos dos conceitos que não puderem ser extraídos dos influxos sociais, consubstanciados através de conceitos pré-constitucionais, ou das leis até então vigentes, serão preenchidos pelo constituinte.

---

<sup>388</sup> Cfr. FERNANDO LOUREIRO BASTOS. “Em conformidade com esta abordagem dos limites ao poder constituinte, as escolhas do legislador constituinte estão sempre condicionadas por um conjunto de normas e de princípios de Direito Internacional, independentemente do sistema de recepção do Direito Internacional na ordem jurídica interna que esteja consagrado no texto constitucional. Além disso, ao contrário do que sucede com os limites internos, a vontade da comunidade humana politicamente organizada não é suficiente, nem adequada, à mudança dos limites externos que, em cada momento histórico, integram a ideia de direito que regula as relações entre os Estados que fazem parte da comunidade internacional”. In. *Os limites ao poder constituinte: algumas considerações sobre a feitura e a modificação de uma constituição de um Estado de direito*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 47, n°s 1 e 2 (2006). Lisboa: Coimbra Editora, 2006, p. 66.

<sup>389</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>390</sup> Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO “Ora, todo grupo revolucionário invoca uma ideia de direito. Ou porque se põe a campo para realizar uma ideia de direito contrária àquela que prevalece até então, ou porque visa a restaurar uma ideia de direito que teria sido, na sua aplicação, corrompida ou deturpada”. In. *O poder constituinte*, 2014, p. 51.

<sup>391</sup> Cfr. A esse respeito, UADI LAMMÊGO BULOS aponta que “a Constituição brasileira de 1988 é longa, pleonástica, amplíssima, detalhista, minuciosa e dirigente, em nítida oposição aos textos sintéticos, tópicos e sucintos. A desconfiança com o legislador ordinário fez com que matérias de todo jaez fossem constitucionalizadas. Resultado: as Constituições tornam-se projetos inacabados documentos pretensiosamente exaustivos, porém impossíveis de ser vividos na sua plenitude. E a única saída encontrada é apelar para o recurso instituído das reformas constitucionais, a fim de adequar o instrumento basilar superado aos influxos do fato social cambiante. In. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 120-121.

Outro argumento pode ser extraído das lições de Karl Larenz acerca do critério linguístico. O autor afirma que se a coisa é denominada de modo diferente, isto, decerto, vai em favor de que se trata de uma coisa nova. Mas isso não pode ser decisivo em todas as circunstâncias, porque o uso da linguagem pode também aqui ser impreciso e oscilante<sup>392</sup>.

Ora, se o uso da linguagem pode originar conceitos imprecisos e indeterminados, por que os conceitos pré-constitucionais também não podem ser indeterminados, na medida em que também são produtos da linguagem? Quer dizer, aquilo que é cultivado pela sociedade muitas vezes carece de determinação ou até mesmo possui várias determinações polissêmicas. E se os conceitos pré-constitucionais, ungidos por forte apelo social, também podem ser indeterminados e, se forem levados em consideração, será o constituinte e não o povo, diretamente, o encarregado de lhes atribuir o sentido e o conteúdo<sup>393</sup>.

Diante deste panorama, é possível concluir que os conceitos pré-constitucionais não vinculam plenamente o constituinte originário, que pode alterá-los ou até mesmo criar novos conceitos, como por exemplo, conceitos técnicos da área financeira ou fiscal, ou manter a indeterminação dos conceitos provenientes dos influxos sociais. Os limites desta prática são aquelas reivindicações imediatas que constituem o núcleo intangível da vontade popular, que não podem ser ignoradas ou deturpadas pelo constituinte, assentado nos princípios, estado de direito, direitos e garantias fundamentais, dignidade da pessoa humana, além servirem de pedra de toque na elaboração do texto constitucional em sua integralidade.

Com isso, verifica-se que os limites transcendentais defendidos por Jorge Miranda são plenamente plausíveis e aceitáveis dentro de um ambiente democrático que reclame uma Constituição democrática, o que não ocorre em relação aos limites imanentes pois, como já salientado por Carlos Blanco de Moraes, nem sempre encontram ressonância nas constituições, contanto a história se encarregou de mostrar a ocorrência de guinadas de regimes que alteram a ordem anterior e até mesmo a própria organização do Estado<sup>394</sup>.

---

<sup>392</sup> Cfr. KARL LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 2014, p. 404.

<sup>393</sup> Esse parece ser o pensamento de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, segundo o qual: “a legitimidade fornece um quadro dentro do qual se pode mover o Poder Constituinte. Mas, muitas vezes, o Poder Constituinte se move fora desse quadro, quando então tem de proceder à legitimação, que frequentemente é custosa, quando não é infrutífera”. In. *O poder constituinte*, 2014, p. 68.

<sup>394</sup> Miguel Nogueira de Brito parece concordar com essa ideia ao afirmar que “ao contrário do que sucede com os limites heterônomos, não há, em rigor limites transcendentais ou imanentes, mas apenas limites respeitantes à própria ação que consiste em elaborar e fazer aprovar uma constituição em sentido material. Por outras palavras, só há limites performativos revelados no exercício do próprio poder constituinte”. Cfr. *Lições de Introdução à teoria da constituição*, 2017, p. 142.

Dito isto, mais uma questão se levanta. Se nem mesmo o constituinte originário está vinculado aos conceitos pré-constitucionais enraizados na sociedade, como justificar a possibilidade de o Judiciário, nos dias atuais, utilizar esse mesmo argumento (da realidade social, vontade popular) para alterar a constituição a pretexto de interpretá-la evolutivamente?

Trata-se de uma pergunta retórica. Isso porque o judiciário invoca a vontade popular e a realidade social na tentativa de justificar sua legitimidade, ou melhor, sua falta de legitimidade. Usa isso, na verdade, com o nítido pretexto de legislar, função esta sabidamente afeta a outro poder, o que também significa uma afronta à separação dos poderes, porque essa é uma ação fora dos limites de freios e contrapesos, a causar desequilíbrio entre os poderes. Para restabelecer o equilíbrio, seria necessária a reação de outro poder que não o judiciário, o que, na prática, dificilmente ocorre, sendo as emendas de reforço um bom exemplo de reação do Legislativo (cf. ADI nº 4983 – vaquejada x Emenda Constitucional nº 96 de 06.06.2017).

Há ainda duas questões: (1) tomando por base constituições democráticas, o sentido e conteúdo dos conceitos pré-constitucionais ou transcendentais, uma vez incorporados ao novel diploma constitucional, ficam perpetuados àquele momento histórico? (2) Ou é possível, posteriormente, por meio da interpretação evolutiva, *i.e.*, terem sentido e conteúdo alterados, de modo que não se perpetuam?

Como já afirmado, os conceitos pré-constitucionais podem ou não ser incorporados pela nova ordem constitucional. Se incorporados, recebem sentido e conteúdo que podem ser atribuídos pelos próprios constituintes, ou a *posteriori*, pelo legislador ordinário, pela Administração ou Judiciário, tal como acontece em relação às normas programáticas, ou até mesmo pelo poder de revisão. Mas qual momento histórico determinará o sentido a ser atribuído? Aquele em que foram criados ou aquele em que se realiza a interpretação?

Os intérpretes não de se cercar de cuidados redobrados. Em primeiro lugar, é natural que a Constituição, enquanto organismo vivo<sup>395</sup>, capte os anseios da sociedade em dado momento, até como forma de privilegiar as gerações atuais que não podem ficar subjugadas as ideias do constituinte primitivo. Além disso, a própria Constituição contém mecanismo de atualização. A portuguesa traz a revisão constitucional quinquenal (artigo 284 e ss) e a brasileira traz as emendas constitucionais (artigo 60), e previu, também, uma revisão constitucional após cinco anos, contados da promulgação da Constituição (artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

---

<sup>395</sup> Cf. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 2019, p. 99.

Então, objetivamente, os conceitos pré-constitucionais não se perpetuam, pois sujeitos a evoluir com o transcurso do tempo, o que traduz, *i.e.*, o método de interpretação científico-espiritual. A crítica que Kaufmann dirige a Gadamer se aplica aqui, na medida em que os critérios de interpretação são imprescindíveis para se chegar a algum lugar, o que coloca em causa a generalidade da norma e a “singularidade do caso individual”<sup>396</sup> que não pode ser interpretado aleatoriamente ou sem critérios. A questão que se coloca a partir de então é outra, e volta-se à maneira como esses conceitos evoluídos são incorporados ao programa normativo-constitucional e aos atores deste processo, o que reclama a análise da interpretação evolutiva e sua relação com a teoria do poder constituinte.

Certamente, Sieyès não imaginava que o caráter permanente e ilimitado do poder constituinte, utilizado para justificar o rompimento com o regime combatido pela Revolução Francesa, até então vigente e sustentado por Luís XVI e seus asseclas, também serviria de base às alterações informais da Constituição, o que é paradoxo se considerarmos que o próprio poder constituinte estabeleceu o procedimento de alteração da constituição e que, normalmente, as alterações informais acontecem fora do âmbito de alcance do poder constituído, por parte de quem não detém representatividade popular. Ou seja, ao contrário do que pretendeu Sieyès, seu poder de conformação revisora não está unicamente no povo, enquanto pressuposto de representatividade, quando consideramos os processos informais de alteração da constituição.

Ao tratar da relação entre as teorias de Rousseau e Sieyès, Miguel Nogueira de Brito ensina que “tal ligação reside na ideia sustentada por Sieyès segundo a qual a constituição vincula as autoridades constituídas, mas não pode vincular a nação. Ao formular esta ideia, Sieyès aplica a nação, declarada soberana, o princípio afirmado por Bodin de que o soberano se situa acima da lei e é *legibus solutus*. Além disso, Sieyès coloca a nação, a qual não pode estar sujeita a qualquer forma preestabelecida, no estado de natureza<sup>397</sup>”.

Ora, se a Constituição não vincula a nação em Sieyès e nem o povo em Rousseau, o caráter permanente do poder constituinte faz surgir um movimento antidemocrático, comprometedor da soberania. Ou seja, outros sujeitos (poderes constituídos) se arvoram da condição de representantes do povo e da nação para alterar a Constituição sem assembleia

---

<sup>396</sup> Cfr. ARTHUR KAUFMANN. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, pp. 386-387.

<sup>397</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO: “para Rousseau o povo não pode vincular-se por nenhuma constituição: “não existe nem pode existir nenhuma espécie de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem mesmo o contrato social”; Sieyès defendeu o mesmo ponto de vista em relação à nação”. In. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, pp. 80-81.

constituente ou sem revolução popular, o que não deixa de ser uma ruptura. Exemplo factível são as mutações constitucionais proclamadas pelo Poder Judiciário “em nome do povo”. Como esse poder constituído pode julgar-se legítimo representante do povo se não foi eleito para tanto? Há um evidente quebra da soberania popular, enquanto expressão da vontade coletiva, como define Carré de Malberg. Voltaremos a esta problemática adiante, quando tratarmos da legitimidade do Judiciário em proclamar mutações e interpretações que solapam o sentido semântico dos conceitos constitucionais.

Ainda sobre os conceitos pré-constitucionais, ao contrário do que ocorre em Portugal, o Brasil não realiza revisões amplas, de tempos em tempos, mas emendas pontuais que, até o momento (11.09.2018), somam 99 (noventa e nove) ao todo (e o número não é maior porque o Estado do Rio de Janeiro está sob intervenção militar na área de segurança pública, o que impede a alteração da Constituição por emenda – art. 60, § 1º da CRFB)<sup>398</sup>. Sobre as emendas e a única revisão constitucional realizada em 1994, José Afonso da Silva afirma que o processo de revisão foi um fracasso, inclusive na metodologia usada, pois acabou sendo transformado em procedimentos de emendas. E pelo processo de emendas, diz o jurista, vai-se retalhando a Constituição<sup>399</sup>.

### **3.6. Poder constituinte como instrumento catalisador de mudança: entre os paradoxos da interpretação evolutiva e da representatividade**

O poder constituinte originário, no âmbito da assembleia constituinte, define seu próprio procedimento de alteração ou revisão.

O poder constituinte derivado, enquanto poder de reforma da Constituição, pode ser considerado sob dois enfoques, sendo que o primeiro deles, a revisão constitucional, corresponde a um procedimento jurídico-constitucionalmente ordenado e outra (o desenvolvimento) corresponde a uma fenomenologia complexa, que é resultado de um processo histórico apenas indirectamente conformado pelas normas constitucionais<sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup> Durante a vigência de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, não poderá ser alterada a Constituição (artigo 60, §1º, da Lei Maior). Trata-se de limitação circunstancial ao poder constituinte derivado reformador, diante da anormalidade das situações. Decretada qualquer das medidas, deverão ser paralisadas, isto é, suspensas todas as propostas de emendas constitucionais em andamento.

<sup>399</sup> Cfr. JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 243.

<sup>400</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. Reforma constitucional: lições do constitucionalismo português. In. <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2016/03/Reforma-constitucional-.pdf>, p. 07.

Estamos, pois, a tratar dos procedimentos formal e informal de alteração da constituição, termos amplamente empregados nesta dissertação.

Ao tratar da problemática em torno da revisão do texto constitucional, Miguel Nogueira de Brito, a partir da concepção de democracia em Karl Popper e Peter Suber, lança mão do paradoxo do mentiroso e o paradoxo do barbeiro. De acordo com o renomado jurista português, cada geração julga-se livre o bastante para vincular as gerações futuras, sem que tenham sido vinculadas pelas anteriores<sup>401</sup>. Com isso surgem duas concepções: uma irracional, que permitiria a alteração constante da constituição, e outra racional, que imporá limites à alteração da constituição. A primeira não diferenciaria o poder constituinte do poder constituído de revisão, e a segunda impõe limites às reformas<sup>402</sup>, ao que se assemelha às cláusulas pétreas.

No paradoxo do mentiroso<sup>403</sup>, uma pessoa afirma que tudo que disser naquele dia é falso. Daí, se admitirmos que ela esteja falando a verdade, a própria afirmação em si será falsa, ao passo que se considerarmos que ela está mentindo, a afirmação em si é verdadeira<sup>404</sup>. O prognóstico assertivo não vai depender de quem emitiu a afirmação, senão daquele a quem foi dirigida.

Já no paradoxo do barbeiro, imagina-se que numa cidade há apenas um barbeiro encarregado de barbear todos os homens que não se barbeiam a si próprios. A questão reside em saber quem faz a barba do barbeiro<sup>405</sup>.

Os dois paradoxos permitem algumas conclusões, que podem ser aplicadas no âmbito do poder de revisão da constituição, tal como fez, com a maestria que lhe é peculiar, o professor Miguel Nogueira de Brito<sup>406</sup>. A primeira, no paradoxo do mentiroso, a conclusão a ser extraída depende de considerar a assertiva original verdadeira ou falsa. E quem faz esse juízo é o receptor desta mensagem. A segunda, no paradoxo do barbeiro, para desvelar o mistério, há de se regredir ao ponto de partida, revisando a própria premissa original, independentemente da percepção de qualquer personagem envolvido na história.

---

<sup>401</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 227-228.

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>403</sup> Cfr. KARL RAIMUND POPPER. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado, 2º Vol. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974. Nota 07 do Capítulo 24, pp. 372-373.

<sup>404</sup> Cf. PETER SUBER. *The Paradox of Self-Amendment, a study of logic, law, omnipotence and change*. Section 01, item A.

<sup>405</sup> Cfr. PETER SUBER. *The Paradox of Self-Amendment, a study of logic, law, omnipotence and change*. Section 01, item A.

<sup>406</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *op. cit.*, 2000, pp. 227-235.

Com isso, Miguel Nogueira de Brito faz referência ao paradoxo da onipotência, com vistas a justificar a seguinte indagação: poderá uma norma que permite a revisão de outras normas ser ela própria revista, especialmente se a norma revista for incompatível com a norma a rever<sup>407</sup>?

Para Peter Suber, o paradoxo da onipotência se enquadra na categoria do paradoxo do barbeiro<sup>408</sup>.

Ao focar seu estudo em Platão, Karl Popper preocupa-se com a organização das instituições políticas, com vistas a evitar danos à democracia<sup>409</sup>. Para tanto, busca responder a indagação de quem deve ser o soberano, a partir do que construiu o que denominou teoria da soberania<sup>410</sup>.

O próprio Karl Popper admite que a teoria da soberania é paradoxal. Isso porque a escolha do melhor ou do mais sábio para governar é controverso, porquanto “o mais sábio” pode achar que não é o melhor para governar do mesmo modo que “o melhor” pode achar que “o mais sábio” é quem deve governar, assim como “o mais sábio” pode achar que a decisão cabe a maioria. Além disso, a lei pode exigir que seja respeitada a vontade de um homem<sup>411</sup>.

De acordo com Miguel Nogueira de Brito, o paradoxo da soberania apontado por Karl Popper reconduz ao paradoxo do barbeiro, pois, ao substituir a teoria da soberania não fiscalizada por uma teoria da soberania limitada, é possível dissolvê-lo. Apenas nos deparamos com um paradoxo genuíno se afirmarmos uma teoria da soberania em que estejam ausentes fiscalizações e equilíbrios democráticos (*checks and balances*)<sup>412</sup>.

---

<sup>407</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, p. 230.

<sup>408</sup> Cfr. PETER SUBER, *The Paradox of Self-Amendment, a study of logic, law, omnipotence and change*. Section 01, item C. “Like the Barber, if we allow the postulate of the deity or sovereign's existence to stand unchallenged, then it leads to genuine paradox. But also like the Barber, the postulate of its existence implies the affirmation and the negation of a paradoxical predicate (here “can limit its power irrevocably”). Because the postulate implies a contradiction, it is false, and because its falsehood does not also imply its truth, it is not paradoxical like the Liar and we may call it false with finality. Advocates of (non-hypothetical) omnipotent sovereigns or deities may propose distinctions, particularly as to the duration and self-applicability of power, that may save recognizable versions of their entities from paradox, and these will be examined (see Sections 10 and 11). But at first the legally omnipotent sovereign and metaphysically omnipotent deity appear to suffer the fate of the Barber: they cannot exist as defined”.

<sup>409</sup> Cfr. KARL RAIMUND POPPER. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado, 1º Vol. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, p. 136.

<sup>410</sup> *Ibidem*, pp. 136-137.

<sup>411</sup> *Ibidem*, p.139.

<sup>412</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *op. cit.*, p. 233.

Leciona Peter Suber, no entanto, que o paradoxo da auto revisão é do tipo mentiroso<sup>413</sup>. Assim como Karl Popper, também assenta suas ideias no paradoxo da auto revisão. Normas constitucionais imutáveis ou dificilmente alteráveis aumentariam a liberdade e o poder dos seus autores sobre os respectivos descendentes e seriam contrárias a teoria da democracia<sup>414</sup>.

Para Peter Suber, há um dilema entre a onipotência e o paradoxo de um lado e a onipotência de outro. O para paradoxo surge diante da questão de saber se a cláusula de uma constituição que autoriza emendas pode autorizar sua própria emenda ou revogação. Uma regra que permita a mudança de outras regras também permita sua própria mudança, especialmente sua mudança irrevogável em uma forma inconsistente com sua forma original?<sup>415</sup>

De acordo com Peter Suber, na lógica, as regras são tradicionalmente consideradas imutáveis e eternas, ou postulados arbitrários, mutáveis pelos lógicos, mas não pela própria autoridade dos postulados<sup>416</sup>.

Em razão disso, as regras constitucionais seriam mutáveis, por não se constituírem no sistema lógico, mas no legal. Daí surge o paradoxo da onipotência, na medida em que a criação de uma regra contrária a sua forma original pode significar a autodestruição do poder originariamente instituidor e se não pode fazê-lo, isso significa que não poderá proceder à alteração a qualquer momento<sup>417</sup>.

É possível afirmar que os paradoxos do mentiroso e do barbeiro utilizados por Miguel Nogueira de Brito para contrapor as teorias de Karl Popper e Peter Suber, exprimem, em sua essência, o estado de latência e permanência do poder constituinte, o que a alteração da Constituição, seja com o objetivo de atualizá-la a nova realidade social ou para solucionar conflitos entre os poderes do Estado.

Para Miguel Nogueira de Brito, as normas constitucionais estão circunscritas ao dilema da auto-revisão, na medida em que devem ser atualizadas de modo a garantir a participação das novas gerações no processo democrático, e também de limitar o poder de

---

<sup>413</sup> Cfr. PETER SUBER. The Paradox of Self-Amendment, a study of logic, law, omnipotence and change. Section 01, item C.

<sup>414</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, p. 233.

<sup>415</sup> Cfr. PETER SUBER, op., cit., loc., cit.

<sup>416</sup> Ibidem.

<sup>417</sup> Ibidem.

seus autores originais. Ao defender a possibilidade de revisão da Constituição, Miguel Nogueira de Brito leciona que o “Poder Constituinte apela a um tipo de justificação distinto daquele que está implicado no desenvolvimento dos poderes constituídos. Aos limites de revisão constitucional cabe salvaguardar esta distinção atenta a impossibilidade, do ponto de vista da legitimidade, de repetir o acto fundacional. Ao mesmo tempo, porque não existem condições empíricas que permitam realizar plenamente o tipo de justificação a que apela o poder constituinte, o que se explica quer pela existência de problemas de justiça intergeracional, quer pelas deficiências democráticas do processo constituinte<sup>418</sup>”.

Superado o debate em torno da revisão da constituição, de que modo os paradoxos do mentiroso e do barbeiro se aplicam aos meios de alteração informal da constituição, especialmente a interpretação evolutiva?

Antes, é preciso ressaltar que tanto a Constituição brasileira como a Portuguesa<sup>419</sup>, rígidas que são, instituíram um processo formal de alteração e revisão, do que sobressai a supremacia da constituição<sup>420</sup>. Para tanto, é necessário o preenchimento de alguns requisitos. No Brasil, exige-se: (1) quórum qualificado – 3/5 dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional e dois turnos de votação em cada casa; (2) são legitimados para propor emenda à Constituição: 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; o Presidente da República; mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros; (3) Não é possível a reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de emenda nela rejeitada ou tida por prejudicada (art. 60, § 5º da CRFB); (4) Proíbe-se a mudança durante a intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa (art. 60, § 1º da CRFB).

---

<sup>418</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, pp. 388-389.

<sup>419</sup> Sobre revisão da Constituição da República Portuguesa, Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. A única revisão necessária: comentário ao artigo 284 da Constituição da República Portuguesa. In: Lusíada. Direito, II série, n.º 1 (Janeiro – Junho 2003), pp. 155-171. Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. Reforma constitucional: lições do constitucionalismo português. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, Lisboa, 2010, pp. 9-35. Cfr., J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, p. 52.

<sup>420</sup> De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, “as constituições rígidas, como a nossa, marcam a distinção entre o poder constituinte originário e os constituídos, inclusive o de reforma; reforçam a supremacia da Constituição, na medida em que repelem que o legislador ordinário disponha em sentido contrário do texto constitucional; e levam, afinal, à instituição de mecanismo de controle de constitucionalidade de leis, como garantia real da superlegalidade das normas constitucionais”. In. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104, p. 114.

Em Portugal, o artigo 284º da Constituição consagra a existência de limites temporais ao exercício do poder de revisão, ao estabelecer que uma revisão só pode ocorrer decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão que haja sido efectuada na sequência do decurso de um quinquênio anterior, como se lê no nº 01 do artigo, salvo se a Assembleia da República assumir poderes de revisão por maioria de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções, caso em que a revisão pode ocorrer em qualquer momento, segundo decorre do nº 02<sup>421</sup>.

A deliberação acerca das propostas de revisão das constituições fica a cargo do Poder Legislativo, cujos membros são os representantes do povo.

Todavia, no processo informal de alteração da constituição via interpretação evolutiva, não há necessidade de se preencher estes requisitos legais, até porque esse processo de alteração é concretizado, em larga escala, por todos os poderes constituídos, como expressão da própria evolução da sociedade, da prática forense ou administrativa.

É exatamente aqui que renasce o paradoxo do mentiroso e do barbeiro. Ora, se há um processo formal instituído pelo constituinte originário para se alterar a constituição, o que autorizaria o legislativo a lançar mão da interpretação evolutiva, procedimento informal, para alterá-la? O legislativo não estaria negando sua própria legitimidade e, conseqüentemente, recusando exercer a representatividade do povo, ao lançar mão do procedimento informal em detrimento do formal? E pior: o desprezo do legislativo pelo procedimento formal não serviria de inspiração ao descumprimento geral da Constituição?

Em resposta a estas indagações, certamente o Poder Legislativo lança mão do processo informal de alteração da constituição quando não reúne, amiúde, os requisitos formais para aprovar a alteração via emenda, principalmente no tocante ao campo político. Embora seja o poder que menos lance mão deste expediente, é possível que no espectro de sua atuação ocorra à alteração informal da constituição.

E de fato, ao fazer isso, o Legislativo, na qualidade de poder constituído, não só recusa exercer a legitimidade conferida pelo poder constituinte originário para alterar a constituição, como também recusa cumprir a constituição, quebrando, assim, a essência do mandato parlamentar que é a representação popular. Há um abalo do sistema representativo, o que traz conseqüências graves ao regime democrático, senão em razão do descumprimento da

---

<sup>421</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. A única revisão necessária: comentário ao artigo 284 da Constituição da República Portuguesa. In: Lusíada. Direito, II série, n.º 1 (Janeiro – Junho 2003), p. 156.

constituição a qual os parlamentares juraram fé, mas porque despertará os outros poderes a sanha reformista desenfreada. O fato de os membros destes poderes não serem eleitos democraticamente pelo povo, já não será empecilho para alterar a constituição ou até mesmo “legislar”, em substituição ao legislativo.

Destarte, aqui reside uma das justificativas para o enfraquecimento do Legislativo no Brasil. O povo não se vê mais representado pelos parlamentares, e sim pelos juizes, desembargadores e ministros. O Judiciário tem ocupado, infelizmente, um espaço que antes era reservado ao Legislativo, que é, em certa medida, responsável pelo seu próprio descrédito, seja pela inércia<sup>422</sup>, seja por representar mal ou pela pró-atividade em burlar os procedimentos formais quando não se tem maioria, por meio de procedimentos informais.

A seu turno, o Judiciário e o Executivo, ao lançarem mão da interpretação evolutiva, trazem a tona à problemática em torno da representatividade e da própria soberania. Como poderes sem representatividade popular, cujos membros não são eleitos, podem legislar ou editar verdadeiras emendas constitucionais a pretexto de interpretar?

A ausência de representatividade dos poderes em alterar a constituição via interpretação evolutiva, coloca-os no divã. Isso porque os processos informais de alteração da constituição também fazem parte do poder constituinte derivado ou reformador. Em razão disso, ao lançarem mão do processo informal de alteração, os poderes constituídos são empurrados, automaticamente, para o paradoxo do mentiroso, sobretudo diante do caráter emancipatório que as decisões tomadas sob este manto possuem. As decisões interpretativas em matéria constitucional são frequentes e incontroláveis. Há decisões para todos os gostos e sabores nesta era do ativismo pelo qual passamos, com maior evidência no Brasil.

Com isso, não há necessidade de se regredir ao ponto de partida, revisando a própria premissa original, tal como exige o paradoxo do barbeiro. Os poderes constituídos, ao alterarem informalmente a constituição, utilizam suas próprias premissas para considerar a afirmativa original verdadeira ou falsa, o que justifica o paradoxo do mentiroso. A partir de então, julgam-se autorizados a alterá-la, como reverberam, em nome da evolução social e da atualização do direito, que não pode ficar obsoleto. O problema é que as alterações informais são também mecanismos de imposição da vontade das minorias sobre a vontade das majorias,

---

<sup>422</sup> Cfr. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, pp. 228-229.

o que é antidemocrático<sup>423</sup>. Onze juízes dizem que a sociedade evoluiu e, por isso, determinado conceito deve ser alterado, sem se considerar o que, verdadeiramente, pensa a maioria da sociedade a respeito do tema<sup>424</sup>.

Antes de Peter Suber, Hermann Kantorowicz, influenciado por Oliver Wendell Holmes, já fazia a cisão do direito entre dois postulados: um postulado substantivo sobre a natureza da lei, e outro, formal sobre a natureza da ciência jurídica. A teoria substantiva é que a lei não é um corpo de regras, mas de fatos; a teoria formal, de que a ciência jurídica não é uma ciência racional, mas empírica<sup>425</sup>. No que toca a teoria substantiva, situada no campo da escola sociológica do direito, o autor afirma que é verdadeira, porém exagerada, na medida em que os realistas descuram da lei, ao passo em que os legalistas descuram da realidade. A divisão entre legalistas e realistas denota que a ciência do direito não se resume a fatos, mas a fatos e regras<sup>426</sup>.

Certamente, a ideia de Hermann Kantorowicz obtempera os ideais positivistas e aqueles decorrentes da escola sociológica. Com isso, os Tribunais tem o dever de exercer o autocontrole como forma de ater-se à realidade, mas sem ignorar a lei, ou vice-versa, como meio de coibir o risco de decisões teratológicas.

O exemplo da presunção de inocência demonstra o risco e insegurança jurídica ao qual a sociedade está exposta, diante do protagonismo exercido pelo Judiciário, enquanto o Legislativo não busca recuperar o espaço perdido na organização dos poderes. A insegurança jurídica paira na mesma medida em que direitos sucumbem.

---

<sup>423</sup> Nesse sentido: “Si, en el contexto de una polarización más acentuada entre mayoría gubernamental y oposición, no se alcanza una mayoría cualificada para reformas constitucionales polémicas, el recurso a la afirmación de una mutación constitucional no quedará lejos. Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012, p. 98.

<sup>424</sup> Peter Suber, na secção 15 de sua obra *The Paradox of Self-Amendment, a study of logic, law, omnipotence and change*. Section 15, item A, parece defender essa concepção ativista de atuação do Judiciário em alterar a Constituição via interpretação, processo este que denomina “emendas judiciais”, que funcionariam como “válvulas de segurança”, com vistas a impedir que a insatisfação do povo seja resolvida exclusivamente, no lobby legislativo, não escambando para a violência. Todavia, a Suprema Corte Americana tem sido, de certo modo, comedida no uso das emendas judiciais, ao contrário do que foi durante a Warren Court. Digamos que lá, as emendas judiciais sejam utilizadas com moderação, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde o uso da “válvula de segurança” ocorre de forma indiscriminada, afrontando a segurança jurídica, a separação de poderes e o sistema representativo. Mais uma vez, as Cortes ativistas norte-americanas e suas consequências são ignoradas, na medida em que o ativismo a moda brasileira é muito mais danoso se comparado a Warren Court, durante as décadas de 1950 e 1960.

<sup>425</sup> Cfr. HERMANN KANTOROWICZ. *Some rationalism about realism*, 43, Yale L.J. (1934), pp. 1240-1241.

<sup>426</sup> *Ibidem*, p. 1247.

Com isso, há o paradoxo entre interpretação evolutiva e a representatividade<sup>427</sup>. Isso porque se o Judiciário legisla, o legislador não legisla e, via de consequência, declina da autoridade emanada na representatividade popular. Todavia, se o legislador legisla, exercendo a autoridade conferida pelo povo, não pode o Judiciário substituí-lo nesta competência genuinamente conferida pela Constituição, a pretexto de se interpretar ou impedir a inércia. Muitas vezes a inércia também pode ser uma opção, um trunfo da maioria contra a minoria. É sinal de que a minoria ainda não alcançou os votos necessários para se aprovar determinada matéria que depende da chancela da maioria.

Assim, não cabe ao Judiciário tomar as rédeas do poder legislativo e encampar uma ideia contra majoritária, a pretexto de se corrigir eventual omissão do legislador, que é o legítimo representante do povo.

Por essa razão, afirmamos que o paradoxo do mentiroso é o mais condizente a esta situação, na medida em que são os próprios atores dos poderes constituídos que podem escolher as premissas colocadas, e a depender da escolha, o espaço de interferência de um poder sobre o outro tende a aumentar ou diminuir. Ademais, por carecer de representatividade popular, as investidas do Judiciário sobre a Constituição atentam contra a soberania popular, ainda que se admita que Sieyès tenha optado pela soberania nacional<sup>428</sup>. É que, se o poder constituinte encontra no povo sua principal fonte de legitimação, não se pode admitir seu exercício anômalo quando o próprio constituinte originário delega o poder de reforma ao Legislativo. Então, a princípio, tornar-se-ia indiferente a discussão em torno da soberania, porque a atuação do Judiciário, no sentido de interpretar evolutivamente a Constituição, estaria fora do âmbito de alcance de ambos os sentidos de soberania.

---

<sup>427</sup> Eric J. Segall, ao criticar a obra “The Invisible Constitution” de Laurence Tribe, afirma que “Em sua carta, o professor Tribe disse que nenhum tratado fiel a essa forma poderia responder à seguinte questão crítica: se não for ditada pelo texto, onde é que o conjunto de critérios para leituras melhores ou piores, ou formas de leitura, texto constitucional vem de onde? E quem ratificou a meta-constituição que tais critérios externos incluiriam? Aparentemente, “The Invisible Constitution” é a mais recente tentativa da Tribe de lidar com essa questão difícil. Infelizmente, como espero que esta Revisão tenha sugerido, respostas úteis para os muitos problemas com o que eu chamarei de confusão constitucional não estão no espaço sideral e/ou nos métodos geodésicos de interpretação constitucional. Acredito que o Professor Tribe está fugindo do inevitável ponto de partida seguinte para qualquer análise útil de nossa Constituição não escrita e de suas implicações para um sistema forte de revisão judicial por juízes não eleitos: o direito constitucional nos casos mais importantes e controversos é mais sobre o assunto dar e receber dos juízos de valor subjetivos dos juízes. Nem sempre é sobre política - republicanos *versus* democratas ou liberais *versus* conservadores - mas é sempre sobre valores. A incapacidade da Constituição Invisível de argumentar de forma persuasiva é outra evidência desse fato inescapável. In: LOST IN SPACE: LAURENCE TRIBE’S INVISIBLE CONSTITUTION. Eric J. Segall, Northwestern University School of Law, Vol. 103, Northwestern University Law Review Colloquy, 2009, p. 446.

<sup>428</sup> Cf. CARRÉ DE MALBERG. *Teoría General del Estado*. México DF: Fondo de cultura económica, 2001, p. 1295. No mesmo sentido, cfr. Miguel Nogueira de Brito: “Sieyès transfere os atributos da soberania popular para o corpo dos representantes, mas as suas ideias prenunciam já o espectro da soberania parlamentar” *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, p. 82.

### 3.7. Mutação e processo de alteração informal da Constituição: origem, evolução histórica e conceito.

As mutações constitucionais são instrumentos de normatização da realidade que ganharam relevo na teoria da Constituição. Visam adequar a Constituição à realidade social, funcionando como mecanismo de atualização e de incremento do programa constitucional estabelecido pelo constituinte originário, todavia, desprendida do processo formal de alteração (emendas ou revisões). *Howard Lee McBain* se refere à Constituição como organismo vivo, que permite cindir o momento histórico da elaboração, adequando-a ao momento histórico atual<sup>429</sup>.

Preconiza Carlos Blanco de Moraes que a mutação informal foi apreendida nos Estados Unidos no Séc. XIX a propósito da noção de “*Living Constitution*” criada pela prática política e pela jurisprudência<sup>430</sup>. A questão ganhou especial relevo desde o caso *McCulloch v. Maryland* (1819), tendo o Juiz Marshall defendido um construtivismo constitucional, com base na cláusula dos poderes implícitos, o qual não mereceu então especial resistência<sup>431</sup>.

Nessa perspectiva, David Strauss destaca que se ter uma Constituição “viva” significa ter uma Constituição que muda com o tempo de outras formas que não por emenda formal, então, de uma maneira fundamental, há apenas uma resposta plausível para essa questão. [...]. O que está claro é que, mesmo quando o texto não muda, as respostas à pergunta “o que a Constituição exige” mudam<sup>432</sup>.

Na Europa, é tema de enorme relevo desde o século XIX na Alemanha, com vistas a justificar as decisões tomadas à margem do texto constitucional, tendo, em seguida, expandindo-se por toda a Europa e, posteriormente, para a América. A doutrina destaca como precursores do estudo da mutação constitucional autores do calibre de *Paul Laband*, *Georg Jellinek*, *Herman Heller*, *Hsü Dau-Lin*, *Konrad Hesse*, *Smend*, dentre muitos outros.

Na atualidade, há de se destacar, no Brasil e em Portugal, autores como Paulo Bonavides, Lenio Streck, Gilmar Mendes, Anna Cândida Ferraz, Adriano Sant’Ana Pedra,

---

<sup>429</sup> Cfr. HOWARD LEE McBAIN. *The living constitution*. Nova York: The MacMillan Company, 1928. Sobre o tema, conferir ainda ACKERMAN, Bruce. *The living constitution*. Harvard Law Review, vol. 120, n. 7, 2007; TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008 e STRAUSS, David A. *The living constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

<sup>430</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, p. 61.

<sup>431</sup> *Ibidem*, loc., cit.

<sup>432</sup> Cfr. DAVID A. STRAUSS. *Do We Have a Living Constitution?*, Drake Law Review, 2011, p. 975.

Carlos Blanco de Moraes, Paulo Otero, Jorge Miranda, Miguel Nogueira de Brito, dentre muitos.

Embora Georg Jellinek tenha tratado da mutação constitucional dentre os processos informais de alteração da Constituição, experiência esta afeta ao poder constituinte derivado, sua obra constitui importante marco também em relação ao poder constituinte originário, tal como exposto anteriormente em relação à obra de Sieyès.

É que para se falar em reforma ou revisão da constituição, é necessário que o poder constituinte originário tenha estabelecido as diretrizes a serem seguidas pelo parlamento, fixando o eixo central do processo formal de alteração, quando do exercício do poder de reforma. Entretanto, a obra de Jellinek está à frente do processo formal de reforma da constituição, na medida em que cuida da mutação da constituição como processo informal de alteração, e modelo de superação das regras preestabelecidas pelo constituinte originário, o que para o autor é mais interessante que as reformas constitucionais propriamente ditas.

Na verdade, Jellinek remonta à conceituação elaborada por Paul Laband<sup>433</sup>, um dos pioneiros na análise e estudo das mutações constitucionais ainda no final do século XIX<sup>434</sup>. Nessa vertente, Georg Jellinek define mutação constitucional como a modificação que deixa ileso seu texto sem alterá-lo formalmente e que se produz por fatos que não têm que vir acompanhados pela intenção ou consciência de tal mutação<sup>435</sup>.

Decerto, este conceito é criticado nas teorias modernas, no momento em que se busca limitar a mutação constitucional. Por todos, Konrad Hesse afirma que o conceito deveria a limitar-se às modificações do conteúdo das normas constitucionais que não venham contrariar seu texto<sup>436</sup>.

Para Heller, as conexões entre o mundo do ser (realidade) sobre o mundo do dever ser (normatividade) são inevitáveis, razão pela qual distingue a Constituição não normada (real) e a normada (juridicamente), sendo que ambas integram o conceito de Constituição Política<sup>437</sup>.

---

<sup>433</sup> Cfr. PAUL LABAND. *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, 1895.

<sup>434</sup> Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In. *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 178-179.

<sup>435</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *Reforma y mutación de la Constitución*. Traduzido por Christian Föster. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2018, p. 9.

<sup>436</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012, p. 100.

<sup>437</sup> Cfr. MARTÍN RISSO FERRAND. *Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca: 2017, p. 228.

Sobre a teoria de Heller<sup>438</sup>, Konrad Hesse aponta ser a que mais se aproxima dos limites à mutação constitucional, sobretudo diante da aproximação entre normatividade e normalidade que se encontram ligadas uma a outra em correlativa coordenação e por cima de qualquer tensão, impede a normalidade social de ignorar por completo a normatividade da Constituição, porque de outro modo seria eliminado um dos elementos desta relação de coordenação<sup>439</sup>.

Por outro lado, as lições de Müller, em meados do século XX, serviram de inspiração para Konrad Hesse buscar os limites da mutação constitucional. Para Müller, “apesar de múltiplas manifestações de adesão aos "métodos" convencionais da interpretação, o tribunal utiliza em larga escala pontos de vista que não são compatíveis nem com os cânones individuais nem com a concepção de norma, que lhes subjaz; assim a necessidade de um resultado adequado ao objeto [*sachgemäfs*], o significado do conjunto de fatos a ser regulado pela norma e pela decisão, a consideração de nexos históricos, políticos, sociológicos como aspectos que em ultima instancia fundamentam a decisão<sup>440</sup>”.

Para chegar a esta conclusão, dentro da teoria estruturante do direito, Müller critica Kelsen<sup>441</sup>, ao afirmar que no positivismo jurídico “a norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade aparecem justapostos "em si" sem se relacionarem; um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição<sup>442</sup>”.

Em linhas gerais, Müller defendia que a realidade normada também integrava a norma enquanto produto da interpretação constitucional e, portanto, deveria ser levada em consideração pelo Tribunal Constitucional, o que coloca o debate em torno da mutação constitucional no século XX como uma reação ao positivismo.

---

<sup>438</sup> Cfr. HERMANN HELLER. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 302.

<sup>439</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012, p. 109.

<sup>440</sup> FRIEDRICH MÜLLER. *Teoria estruturante do direito*. Traduzido por Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23.

<sup>441</sup> Kelsen difere a interpretação havia pela ciência jurídica daquela decorrente da função jurídico-política. Enquanto aquela determina as possíveis significações da norma, reduzindo-as ao máximo possível em nome da segurança jurídica, esta alarga as hipóteses interpretativas da norma, alçando-a a condição de signo plurissignificativo, com vistas a colocar todas elas à disposição do intérprete que lançará mão daquele que lhe for mais conveniente. Cfr. HANS KELSEN. *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 395-397.

<sup>442</sup> FRIEDRICH MÜLLER, op., cit., p. 18.

Todavia, Müller alerta para o fato de que o ordenamento ideal não pode ser confundido com a organização real. A norma, como projeto obrigatório e como modelo de ordenamento, e apreendida a partir da possibilidade real e imposta com base no conhecimento dos dados reais das estruturas fundamentadas. Contextos reais são ocasião histórica, condição social e campo prático da realização do projeto obrigatório. Além disso, sua estrutura, que pode ser formulada como possível na realidade, estampa, como pertence ao âmbito normativo, à normatividade que corresponde a função diretriz da noção normativa de ordenamento, o teor de validade da disposição legal. O “dado real” assim apreendido não se infiltra na normatividade concreta, mas a consolida<sup>443</sup>.

Na teoria estruturante, Müller deixa claro que a norma não é um fim em si. Necessita ser conjugada com a realidade social à qual pertence. Ao mesmo tempo, a normatividade que nasce dessa conjugação não pode sobrepor-se à própria norma, na medida em que as estruturas que definem a realidade mudam, mas o texto legal pode permanecer, e assim, deverá ser conjugado às próximas realidades. Por isso a afirmação de que o dado real não se infiltra na normatividade concreta, mas a consolida<sup>444</sup>, com o que parece concordar Konrad Hesse<sup>445</sup>.

Uma das principais críticas que Konrad Hesse faz ao estudo da mutação constitucional é a ausência de resposta a questão de existir ou não limites<sup>446</sup> a esta mudança, ou onde poderia ser encontrada referida resposta<sup>447</sup>.

Em suas críticas a Paul Laband e Georg Jellinek, Hesse afirma que as mudanças de sentido não vêm ser explicadas simplesmente como mutações constitucionais, e teriam lugar no marco de uma ordem constitucional concebida como algo aberto e flexível, suscetível de adequar-se a circunstâncias diversas<sup>448</sup>.

---

<sup>443</sup> Cfr. FRIEDRICH MÜLLER. *Teoria estruturante do direito*, 2008, p. 228.

<sup>444</sup> Para LENIO STRECK, não há texto isolado da norma. O ato de interpretar não se resume à análise de textos. Textos não são apenas enunciados linguísticos. Mas, se não há apenas textos, igualmente também não há somente normas, pela simples razão de que nelas está contida, necessariamente, a normatividade que abrange a realização concreta do direito. In: Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. v. 46, n. 1, 2005, pp. 61, 78.

<sup>445</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*, 2012, p. 111.

<sup>446</sup> Nesse sentido, CARLOS BLANCO DE MORAIS afirma que, quanto a este ponto, a questão mais importante mas menos satisfatoriamente desenvolvida pela doutrina sobre as mutações e que foi evidenciada com precisão por Konrad Hesse: quais os limites jurídicos da mutação constitucional? In: *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso*. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, p. 82.

<sup>447</sup> Cfr. KONRAD HESSE, op., cit., p. 96.

<sup>448</sup> *Ibidem*, p. 97.

Por outro lado, Hesse defendeu que a mutação constitucional não poderia transpor os limites semânticos do texto, sob pena de contrariá-lo e ser flagrantemente inconstitucional<sup>449</sup>. A partir de Hesse, Iara Menezes Lima e João André Alves Lança afirmam que “o texto normativo deve ser encarado, desse modo, não apenas como limite à mutação constitucional, mas também como parâmetro para a interpretação constitucional como um todo, pois «a amplitude das possibilidades de compreensão do texto delimita o campo de suas possibilidades tópicas»<sup>450</sup>”.

Nesse sentido, Göran Rollnert Liern leciona que o principal objetivo de Hesse é situar a mutação no campo da interpretação constitucional, de modo que seja autolimitada pelo texto da Constituição. Aponta que “la «*funcion racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitucion*» exige que la *Constitucion escrita se convierta en «limite infranqueable de la interpretacion constitucional»: «alli donde el interprete se impone ala Constitucion deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla»*<sup>451</sup>”.

Pode-se dizer, com isso, que as concepções de Müller e Hesse se complementam<sup>452</sup>.

Uma amostra disso é a afirmação de Hesse no sentido de que se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto formam parte do âmbito normativo, se o “programa normativo” é decisivo a este respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto<sup>453</sup>.

---

<sup>449</sup> Cfr. ANA VICTORIA SÁNCHEZ URRUTIA “En el marco de la Constitución de la República Federal alemana, Hesse sostiene que la mutación en cuanto cambio de sentido de la norma constitucional es admisible en cuanto no vulnere su literalidad y no entre en contradicción directa con el sentido o finalidad del texto normativo. Por definición, no puede existir una realidad constitucional contra contitutionem. In. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. una aproximación al origen del concepto. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, p. 135.

<sup>450</sup> Cfr. IARA MENEZES LIMA E JOÃO ANDRÉ ALVES LANÇA. A força normativa da constituição e os limites à mutação constitucional em Konrad Hesse. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, jan./jun. 2013, p. 294.

<sup>451</sup> Cfr. GÖRAN ROLLNERT LIERN. La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional. n. 101, mayo-agosto (2014), p. 133.

<sup>452</sup> Nesse sentido, “ao final de sua análise, Hesse cita o ensinamento de Friedrich Müller, que afirma que a norma não pode ser isolada da realidade, distinguindo o programa normativo do âmbito normativo. No primeiro estaria a formulação linguística ou textual da norma, enquanto no segundo estaria o elemento pressuposto factual, local em que se encontraria o espaço para alteração. Essa abordagem, que traz o elemento da realidade para dentro do conceito normativo, permite teorizar uma alteração no conteúdo da norma sem que ocorra, no elemento textual, a alteração correspondente”. Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In. *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 176.

<sup>453</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*, 2012, p. 112.

De outro lado, na concepção de Hesse, se o fato consumado, assim considerado aquele decorrente da realidade social, for determinante para alterar a Constituição, então se estará renunciando, desnecessariamente, aos limites da mutação constitucional e, com ela, a uma garantia da Constituição em que a Lei Fundamental se encontra essencialmente interessada, como prova o art. 79 da Carta Alemã<sup>454</sup>.

O respeito ao texto da norma como limite à mutação constitucional defendido por Konrad Hesse, visa garantir a força normativa da constituição, permitindo assim um equilíbrio de máximo respeito, promovendo aquela solução que respeita ambas as funções, dentro do que seja materialmente possível<sup>455</sup>.

Então, o fato consumado ou a realidade social serão levados em consideração até o ponto em que não contrariem o texto expresso da Constituição. Ou seja, os métodos de interpretação empregados farão a releitura do fato a partir da Constituição e não o contrário. Trata-se de um movimento de dentro para fora, na medida em que o texto normativo precede à realidade que se pretende incorporar, sob pena de ruir a própria organização e limitação do poder do Estado, o principal sustentáculo das constituições rígidas.

Nesse sentido, Konrad Hesse ensina que nem todo fato novo é capaz de provocar a mutação constitucional. A instância que decide se a modificação fática pode ser relevante para a norma, é dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que contem substancialmente no texto da norma constitucional (e que deve ser interpretado com os instrumentos tradicionais). Somente se este fato novo ou modificado for pertencente ao âmbito normativo, poderá ser aceita também como uma mudança da norma<sup>456</sup>.

Já para Georg Jellinek, “as constituições contêm preceitos jurídicos e todo o direito é reformado e completado, seja mediante a lei, seja através do direito consuetudinário, ou bem, segundo uns afirmam e outros rechaçam, mediante o direito dos juristas<sup>457</sup>”.

Aliás, Susana Galia aduz que na doutrina de Jellinek, a figura do direito surge como mínimo ético para convivência, partindo de sua concepção sobre a força normativa do real (fático) em que o dado expressa uma significação em relação às coisas, revelando a tendência do real em converter-se em obrigação (norma)<sup>458</sup>.

---

<sup>454</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*, 2012, p. 113.

<sup>455</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>456</sup> *Ibidem*, pp. 111-112.

<sup>457</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *Reforma y mutación de la Constitución*. 2018, p. 9.

<sup>458</sup> Cfr. SUSANA SBROGIO GALIA. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 91.

Com isso, o processo de densificação do texto normativo, tomando por base as lições de Müller, inicia-se com a interpretação, a partir da qual se busca atribuir sentido à letra fria da lei sem ignorar a realidade que então a consolida.

A preocupação de Konrad Hesse com os limites à mutação constitucional é tema de elevada estima dentre da Teoria do Estado. É que a posição frontal de Jellinek e Laband acerca da potencialidade do fato consumado erigir como fenômeno histórico capaz de alterar a Constituição, até mesmo naquilo em que a contradiz, soa como perigoso quando se confronta o direito político e a ciência política. Tanto que Jellinek emerge a necessidade política como fator transformador da Constituição, calcada nas usurpações de poder e nas revoluções, a sacramentar o fato consumado<sup>459</sup>. A esse respeito, Hesse aponta que a separação metódica entre Direito Político e ciência política significa que a realidade, cujas mudanças conduzem a uma mutação constitucional, se converta em uma magnitude extrajurídica<sup>460</sup>.

O que Hesse pretende demonstrar é que a teoria de Jellinek permite a alteração da norma jurídica a partir de fatores externos, enquanto defende ser o texto legal um dos limites a mutação constitucional, o que exigiria do intérprete o movimento inverso, partindo do texto legal para o fato, de dentro para fora. Tanto que ao se referir à normalidade e a normatividade no direito constitucional, em referência a Heller, Hesse aponta que a estrita separação entre ambas nas terias de Jellinek e Laband leva, paradoxalmente, não a um reforço da norma, mas uma capitulação ante a força dos fatos<sup>461</sup>.

De fato, a mutação constitucional necessita de limites, principalmente aquela processada por meio da interpretação evolutiva. A organização do Estado e a limitação do poder encontra na força normativa da Constituição seu principal alicerce, sustentáculo do Estado Democrático de Direito, de modo que admitir a alteração desordenada a partir de fatos, cuja dimensão e extensão não são fáceis de estabelecer. Além de contrair a lógica normativa, coloca em xeque a separação dos poderes e como já mencionado anteriormente, a própria legitimidade daqueles encarregados de reformar a constituição pelo procedimento formal traçado pelo poder constituinte originário.

É por isso que a teoria do poder constituinte, mais uma vez é colocada à prova, visto que preconiza, de um lado, o procedimento formal de alteração por meio do poder constituído, ao passo que de outro lado concebe institutos anômalos de alteração como a mutação

---

<sup>459</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *Reforma y mutación de la Constitución*. 2018, p. 35.

<sup>460</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2012, p. 104.

<sup>461</sup> *Ibidem*, p. 110.

constitucional via interpretação evolutiva. Foram colocadas, inicialmente, em Laband e Jellinek, como faces da mesma moeda, sendo que a alteração informal era prevalente em relação à alteração formal, porque desmedida de regras. Bastava o fato consumado para se alterar a norma.

Todavia, há de se privilegiar o processo formal de alteração da constituição definido pelo constituinte originário, de modo que a mutação constitucional deve ser admitida, excepcionalmente, desde que preencha o conteúdo normativo, sem esvaziá-lo ou contrariá-lo, como defende Hesse<sup>462</sup>. Do mesmo modo que as emendas constitucionais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, as mutações constitucionais não são cartas brancas nas mãos de juízes, dos membros do Legislativo e do Executivo e devem obedecer ao programa constitucional<sup>463</sup>.

Os conceitos constitucionais indeterminados e as cláusulas abertas são exemplos de normas cujo conteúdo é flexível, e assim admitem a mudança de sentido sem alterar o texto legal.

### **3.7.1. Espécies de mutação e suas fontes de produção: normalidade e normatividade.**

Muitas são as fontes das mutações constitucionais. Todas elas visam integrar a norma à realidade, e tal como concebido por Heller, reforçar o protagonismo da normalidade frente à normatividade.

A respeito da “teoria” das fontes das mutações constitucionais, não se pode ignorar relevante obra doutrinária brasileira, de autoria de Anna Cândida Ferraz, profícua ao traçar rol exemplificativo destas fontes, com ênfase à interpretação constitucional. Para a autora, a

---

<sup>462</sup> Nesse sentido, ADRIANO SANT’ANA PEDRA leciona que “caso a alteração informal da Constituição ultrapasse o limite referente à elasticidade do texto constitucional, tem-se uma situação de mutação constitucional inconstitucional (doravante chamada simplesmente mutação inconstitucional), que ocorre quando o resultado da alteração informal afronta o sistema constitucional”. In: As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência latino-americana. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, jul./dez. 2010, p. 21.

<sup>463</sup> A propósito, são as lições de CARLOS BLANCO DE MORAIS: A Constituição originária é obra de um poder constituinte soberano e democraticamente legitimado no povo, pelo que a emenda às suas normas constitui reserva da representação popular, através de um assentimento expresso em maiorias parlamentares qualificadas que não estão ao alcance do legislador ordinário. Ora, sendo legítimo ao judiciário interpretar evolutivamente a Constituição, já será mais duvidoso que, fora de cenários objetivos de caducidade possa, a coberto dessa interpretação, substituir normas formalmente constitucionais por normas jurisprudenciais ou, então, aditar silenciosamente, sem consenso público, novas normas “ideiais” à Carta Fundamental. Nesses casos, a reserva de competência parlamentar pode ser ofuscada pelo órgão especificamente criado para a garantir. In: As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, pp. 86-87.

interpretação é a principal fonte de produção das mutações constitucionais porque é a partir dela que se altera o sentido da norma, enquanto signo linguístico.

Nas lições de Anna Cândida Ferraz, a mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes:

A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: **a)** quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentado-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; **b)** quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; **c)** quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; **d)** quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; **e)** quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; **f)** quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional<sup>464</sup>.

Para Anna Cândida Ferraz, os principais fatores que influem na interpretação como processo de mutação são: o caráter sintético, genérico e esquemático das normas constitucionais; a linguagem do texto constitucional, eivada de termos sem significação definida, vagos, equívocos, que abrigam conceitos elásticos, que evoluem com o tempo e que condicionam a interpretação; a constituição não se apresenta, na realidade, imune a lacunas e obscuridades; as diferentes categorias de normas constitucionais, que particularizam o seu conteúdo; os diferentes métodos interpretativos; o conteúdo político ou a natureza política das normas constitucionais<sup>465</sup>.

Calcada nas lições de Karl Loewenstein, Anna Cândida Ferraz defende a interpretação como importante fonte de produção das mutações constitucionais, ao mesmo tempo em que se preocupa com os limites desse instrumento que permite a evolução normativa sem a alteração do texto legal, no que se assemelha às preocupações de Hesse.

Outra classificação sempre festejada na doutrina é concebida por Hsü Dau-Lin. Para o autor, os tipos de mutação decorrem de quatro razões: (1) mediante uma prática constitucional que formalmente não viola a constituição; (2) pela impossibilidade de executar as faculdades estatuídas constitucionalmente; (3) pela prática inconstitucional; (4) pela interpretação da Constituição<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> Cfr. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais, 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, pp. 58-59.

<sup>465</sup> Ibidem, pp. 61-62.

<sup>466</sup> Cfr. HSÜ DAU-LIN. *Mutación de la Constitución*. Traduzido por Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 32 e ss.

Ana Victoria Sánchez Urrutia, ao tratar da mutação mediante uma prática constitucional que formalmente não viola a constituição, afirma que Hsu Dau Lin parte da ideia smendiana de que a Constituição é a regulação do Estado enquanto totalidade, o que faz refutar a existência de lacunas constitucionais, que seriam decorrentes do conceito formalista de constituição<sup>467</sup>.

Nestes casos, a mutação surge devido à existência de uma nova situação jurídica que não corresponde ao significado da Constituição. Um determinado artigo da Constituição não é modificado, mas um princípio da Constituição resultante do sistema geral de normas constitucionais, justamente por não haver lacunas, na concepção de Dau-Lin<sup>468</sup>.

Para Hsü Dau-Lin, ocorre mutação pela interpretação quando os preceitos constitucionais se interpretam segundo as considerações e necessidades que mudam com o tempo sem atender particularmente ao texto fixo da Constituição, ou sem que se considere o sentido originário que deu o constituinte as normas constitucionais em questão<sup>469</sup>. A Constituição experimenta uma mutação, tanto que suas normas recebem outro conteúdo, na medida em que seus preceitos regulam outras circunstâncias distintas das antes imaginadas.

Dentre alguns exemplos, Hsü Dau-Lin cita o artigo 4º da Constituição da Prússia de 1.848 que estabelecia “todos os prussianos são iguais ante a lei. Não há propriedades ou privilégios de classificação”. No entanto, observa o autor que na prática, referido preceito era interpretado com muitas restrições, ante a proibição de matrimônio entre os nobres e camponeses, assim como com os cidadãos de grau inferior contidos no *Allgemeinen Landrecht*, parágrafos 30 a 33, 940, título 1, parte II/ALR<sup>470</sup>.

Além disso, ainda dentro da concepção de Constituição em sua totalidade, de matriz smendiana, para Hsü Dau-Lin, não haveria lacunas, já que o direito é circundante e preenche qualquer fresta que ouse surgir, como numa sintonia de perfeição e completude, o que permite sua integração pela realidade, bem como pelas necessidades políticas e do Estado. Não haveria mutações em desacordo com a constituição, assim como não haveria limites às mutações. A realidade sobreporia à norma, o que é perigoso, na medida em que a realidade

---

<sup>467</sup> Cfr. ANA VICTORIA SÁNCHEZ URRUTIA. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, p. 127.

<sup>468</sup> Ibidem, loc., cit.

<sup>469</sup> Cfr. HSÜ DAU-LIN. *Mutación de la Constitución*. 1998, p. 45.

<sup>470</sup> Ibidem, p. 46.

pode ser construída ou ao menos induzida a tomar determinado rumo, em flagrante ameaça aos poderes constituídos, invertendo a lógica do poder constituinte.

A propósito, para justificar sua teoria, Hsü Dau-Lin afirma:

Si la singularidade valorativa del derecho constitucional se deduce como necesaria para la realidad estatal e así la mutación constitucional es algo permitido por la intencionalidad de la Constitución, entonces la mutación constitucional no es quebramiento de la Constitución, ni simple regla convencional, sino derecho. Es derecho, aunque no concuerde con el texto de la ley; es derecho aunque no pueda comprenderse y entenderse mediante los conceptos y construcciones jurídicas formales. Su funcionamiento jurídico se encuentra en la singularidad valorativa del derecho constitucional; en la llamada necesidad política; en las exigencias y expresiones de la vitalidad que se realizan al desarrollarse el Estado<sup>471</sup>.

Ao tecer críticas a classificação de Hsü Dau-Lin, Konrad Hesse afirma que o autor parte da premissa de que a mutação constitucional não é quebra da Constituição e nem simples regra convencional senão algo admitido em Direito Constitucional comparado e, portanto, Direito, apesar de não coincidir com o texto da norma. Seu fundamento jurídico se encontraria nesse valor único do Direito Constitucional, na chamada “necessidade política”, nas exigências e nas manifestações da vitalidade de um Estado em realização e evolução<sup>472</sup>.

Continua suas críticas afirmando que a mutação constitucional calcada nas necessidades vitais do Estado não contém nenhum limite preciso, tendo, como único parâmetro, sua imposição de fato. Quando se recorre às necessidades vitais do Estado, não se repara que o Estado como dimensão abstrata não existe; só existe o Estado ou tipo de Estado individual histórico-concreto, o Estado constitucional que, além das exigências políticas, também é constituído da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que assume a Constituição<sup>473</sup>.

A preocupação de Hesse ressalta, na verdade, a dimensão ampliada da Constituição, enquanto conjunto de normas limitadoras e organizadoras do poder. Com isso, admitir a mudança da Constituição, sem alteração de seu texto, mediante alegações de necessidade vital

---

<sup>471</sup> Cfr. HSÜ DAU-LIN. *Mutación de la Constitución*. Traduzido por Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 166. Tradução: “Se o valor único do direito constitucional é deduzido como necessário para a realidade do Estado e assim a mutação constitucional é algo permitido pela intencionalidade da Constituição, então a mutação constitucional não é uma violação da Constituição, nem simples regra convencional, senão direito. É direito, mesmo que não concorde com o texto da lei; é direito, embora não possa ser entendido e compreendido através dos conceitos e construções legais formais. Seu funcionamento jurídico encontra-se na singularidade valorativa do direito constitucional; na chamada necessidade política, nas demandas e expressões de vitalidade que são feitas quando o Estado se desenvolve”.

<sup>472</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2012, pp. 105-106.

<sup>473</sup> *Ibidem*, pp. 106-107.

do Estado ou necessidade política é, no mínimo, um expediente perigoso, quando se pensa em Estado Democrático de Direito. O que é necessidade vital do Estado? Quando estará caracterizada? Autoriza a inobservância do procedimento formal de alteração da Constituição estabelecido pelo constituinte originário?

A necessidade vital do Estado, em Hsü Dau-Lin, possui força avassaladora, a ponto de passar por cima de tudo, enfraquecendo a Constituição, desfigurando-a, a pretexto de adequá-la a realidade. Há um ditado popular no Brasil que diz: “a ocasião faz o ladrão”. Ledo engano. A ocasião apenas revela o ladrão.

Assim, a Constituição, enquanto instrumento limitador do poder, se alterada indiscriminadamente em nome da necessidade vital do Estado, pode representar o enfraquecimento dos limites, e centralizar o poder nas mãos de poucos ou de apenas um.

E mesmo em Hsü Dau-Lin (referido pelo Ministro Eros Grau) e sua classificação “quadripartite” do fenômeno da mutação constitucional não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-segunda guerra<sup>474</sup>.

Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga, em última análise, uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia<sup>475</sup>.

Já para o renomado jurista português Carlos Blanco de Moraes, muitas têm sido as fontes informais de alteração da Constituição.

O jurista português confere destaque às fontes fáticas de formação espontânea<sup>476</sup> decorrentes dos costumes *praeter e contra legem* que acabam por criar regras informais, do

---

<sup>474</sup> LENIO LUIZ STRECK; MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA; MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, 2008, pp. 60-61.

<sup>475</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>476</sup> *Fontes fáticas de formação espontânea*: é o caso do costume (*praeter e contra legem*); das práticas e de convenções constitucionais consolidadas que alteram o funcionamento do sistema político criando regras

desuso de regras e princípios gerador da caducidade normativa e de omissões suscetíveis de integração. Igualmente, faz menção às fontes “ato”<sup>477</sup> geradas por manifestações de vontade infraconstitucional das instituições políticas que, mais ou menos intencionalmente, vão desaplicando ou derogando informalmente o sentido das normas da Constituição, derrogação essa que se vai sedimentando sem contraditório relevante ou sanção: é o caso de decisões legislativas e administrativas “*contra constitutionem*” do direito positivo da União Europeia contrário à normação constitucional escrita; na América Latina,

Um bom exemplo das fontes “ato” geradas por manifestações de vontade infraconstitucional das instituições políticas é o MERCOSUL. Embora não tenha a configuração intervencionista da União Europeia, até porque cada país do bloco possui sua própria moeda, obriga os membros a mitigarem sua soberania diante de conflitos econômicos, políticos e comerciais, o que representa deságio da Constituição. Basta analisar que o Brasil, em sua relação com a Venezuela, ignora o artigo 4º, II da CRFB, porque a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. É fato público e notório a violação dos direitos humanos na Venezuela e que, mesmo sabendo disso, o Brasil mantém suas relações. O pior é que ignora a violação de direitos humanos naquele país, assim como, aliás, a maior parte da comunidade internacional.

Outra fonte destacada por Carlos Blanco de Moraes são as fontes jurisprudenciais de base interpretativa e integrativa que criam ou revelam inovatoriamente normas materialmente constitucionais e envolvem, em níveis de intensidade diversa, tanto as chamadas sentenças aditivas de revisão constitucional, como também uma intensa e impalpável atividade construtiva e inovadora de desenvolvimento dos princípios e normas constitucionais, tecida a

---

informais, umas vinculativas e outras ordenadoras *soft law*, do desuso de princípios e regras gerador da sua nominalização progressiva ou da sua caducidade normativa; e de omissões constitucionais suscetíveis de integração reflexa pelo legislador, pela Administração ou pelos tribunais. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, p. 63.

<sup>477</sup> Fontes “ato”, geradas por manifestações de vontade infraconstitucional das instituições políticas que, mais ou menos intencionalmente, vão desaplicando ou derogando informalmente o sentido das normas da Constituição, derrogação essa que se vai sedimentando sem contraditório relevante ou sanção: é o caso de decisões legislativas e administrativas “*contra constitutionem*” do direito positivo da União Europeia contrário à normação constitucional escrita; do desenvolvimento inovatório e discricionário de princípios proteiformes como o princípio da subsidiariedade, com relevo para as relações entre o poder central e territórios autónomos, bem como entre o Estado e a União Europeia; e do impacto político do trans-constitucionalismo cosmopolita corporizado em tratados que disciplinam direitos fundamentais. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, p. 63.

partir da função hermenêutica dos Tribunais Constitucionais e das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>478</sup>.

Ainda sobre a classificação de Carlos Blanco de Moraes, o jurista brasileiro Gilmar Mendes parece se curvar às lições de além-mar, notadamente no que diz respeito àquelas interpretações incapazes de conduzir às mutações constitucionais.

É que para Carlos Blanco de Moraes, nem toda interpretação representa mutação constitucional. Defende que “defluem do preceituado constitucional por via de extensão, de subsunção, de atualização teleologicamente fundada, de concretização lógica e axiologicamente justificada ou de ponderação constitucionalmente orientada<sup>479</sup>”.

Para o renomado jurista português, a interpretação não geraria mutação constitucional quando circunscrita à alteração da realidade, no emprego da norma constitucional no cotidiano, seja escrita ou oral, nos conceitos jurídicos indeterminados, cujo processo de densificação fica a cargo da Justiça Constitucional, sem descurar do bloco de constitucionalidade, numa abertura interpretativa propositadamente deixada pelo legislador; a concretização de conceitos extrajurídicos como os de ordem ética quando as normas constitucionais para eles explicitamente remetem e construção interpretativa jurisprudencial sobre norma abertas ou gerais sobre direitos fundamentais<sup>480</sup>.

A seu turno, Gilmar Mendes, ao anuir à posição de Blanco de Moraes, menciona que não são poucas as situações em que se pode verificar a ocorrência de mutação constitucional. Esta não se apresenta, todavia, em todas as hipóteses nas quais seja necessária alguma intervenção a fim de evitar corrosões decorrentes do tempo<sup>481</sup>.

De fato, a posição de Carlos Blanco de Moraes, da qual comungamos, é mais restritiva que a doutrina de Hsü Dau-Lin e Anna Cândida Ferraz. Ora, não são todas interpretações, principalmente quando expressam alteração de sentido, que exprimem mutação constitucional. A alteração de sentido de um conceito jurídico indeterminado pela

---

<sup>478</sup> *Fontes jurisprudenciais de base interpretativa e integrativa que criam ou revelam inovatoriamente normas materialmente constitucionais e envolvem, em níveis de intensidade diversa, tanto as chamadas sentenças aditivas de revisão constitucional, como também uma intensa e impalpável atividade construtiva e inovadora de desenvolvimento dos princípios e normas constitucionais, tecida a partir da função hermenêutica dos Tribunais Constitucionais e das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, p. 63.*

<sup>479</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>480</sup> *Ibidem*, pp. 78-79.

<sup>481</sup> Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In. *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 187.

interpretação, por exemplo, não pode ser considerada mutação, porquanto constitui verdadeira válvula de escape para os Poderes Constituídos conformarem, dentro do âmbito de discricionariedade política, o conteúdo da norma à determinada realidade. Para tanto, há necessidade de se observar os princípios estruturantes, núcleo básico intangível da Constituição, até porque, a depender da composição do Tribunal, é possível que a interpretação mude, sem a interferência/ocorrência de qualquer fator social relevante, mas tão somente para satisfazer interesses momentâneos.

### **3.8. Diferenças entre interpretação evolutiva e mutação constitucional**

Ao contrário do que muito se pensa, interpretação evolutiva e mutação constitucional não são expressões sinônimas e, portanto, não se confundem.

Os contornos doutrinários sobre o tema colocam a mutação constitucional como um gênero do qual a interpretação evolutiva é uma de suas fontes ou espécies. Foi exatamente o que vimos no tópico anterior, em relação às fontes de mutação constitucional.

Como bem salientado por Carlos Blanco de Moraes, as mutações constitucionais não estão circunscritas à interpretação, e tampouco qualquer interpretação é capaz de ensejar a mutação<sup>482</sup>.

A ideia de reduzir a mutação constitucional à interpretação evolutiva está ligada ao fato de que, na maioria das vezes, é o Poder Judiciário que, através da interpretação, fixa o conteúdo final do sentido de algum dispositivo constitucional<sup>483</sup>.

Se a jurisdição é inerte, o Judiciário, ao proferir suas decisões, o faz com base em atos anteriormente praticados por terceiros, dentre eles, os Poderes Executivo e Legislativo<sup>484</sup>.

---

<sup>482</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, p. 78.

<sup>483</sup> Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes aponta que seja por ato do Poder Judiciário – através da interpretação constitucional – seja por iniciativa do legislador ou do Poder Executivo, a mutação constitucional tem se concretizado de forma ampla e constante entre nós. Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In. *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 255.

<sup>484</sup> Una mutacion constitucional derivada de una costumbre o convencion constitucional, salvo casos de consenso unanime en su aceptacion pacifica que permita eludir el control de constitucionalidad por su caracter rogado, requiera necesariamente su validación por parte del interprete supremo con lo que volvemos en todo caso a la interpretacion como nucleo de la problematica de la mutación constitucional. Cfr. GÖRAN ROLLNERT LIERN. La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional. n. 101, mayo-agosto (2014), p. 127.

Desse modo, são estes atos que ensejam a mutação constitucional, ao servirem de subsídio à interpretação do tribunal, que declarará essa alteração, não obstante na prática o Tribunal não se limitar a isso. A democracia representativa exige que a alteração da realidade provenha do povo, como vimos em Ackerman, e não de um movimento endógeno gestado nos Tribunais.

Mesmo diante da ampla veiculação da mutação via interpretação, principalmente em razão da litigiosidade e judicialização no Brasil, essa não é sua única fonte.

Tanto que um dos pioneiros no estudo das mutações constitucionais, Georg Jellinek, apontava, dentre suas fontes, a prática parlamentar e administrativa, bem como a necessidade política. Para o autor, em referência às usurpações e as revoluções, não apenas nos momentos cruciais da história dos Estados, mas também durante o curso da vida normal dos mesmos, essa necessidade pode surgir de maneira surpreendente e transmutar a organização estatal contra a letra da Constituição. Cita o exemplo da *Bundesrat*, câmara temporária que deveria ser convocada pelo imperador, mas que, em razão de suas funções diversas, se converteu numa câmara permanente, em contraposição à Constituição do *Reich*<sup>485</sup>. A necessidade política, somada às funções diversas desenvolvidas pela *Bundesrat*, fez dela uma câmara permanente.

Verifica-se, com isso, que a interpretação, tal como sugere Heller, é apenas um dos mecanismos de integração entre a Constituição «*não normada*» e «*normada*», embora seja usada demasiadamente pelo Poder Judiciário<sup>486</sup>.

Assim, a primeira diferença, de acordo com a doutrina tradicional, reside no fato de que a interpretação evolutiva constitui apenas um dos meios de se promover a mutação constitucional que, por sua vez, englobaria outras fontes, ou seja, seria espécie do gênero mutação.

Ademais, há de se destacar as lições de Böckenförd no sentido de que nem toda interpretação evolutiva goza de força normativa para revelar uma mutação constitucional. Para ao autor, quando as suposições factuais incluídas na figura que tipifica uma norma constitucional ou uma garantia legal fundamental são modificadas, não se altera o conteúdo da norma constitucional, seu programa normativo, mas o conteúdo do que é tomado como

---

<sup>485</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *Reforma y mutación de la Constitución*. 2018, pp. 36-37.

<sup>486</sup> Cfr. HERMANN HELLER. *Teoria do Estado*. 1968, pp. 302-303.

referência para a norma, considerando-a legalmente relevante, ou seja, o escopo da realidade ou vida que inclui a regulação da norma<sup>487</sup>.

De sorte que a alteração da realidade nem sempre contrariará a norma constitucional posta, ao ponto de ser classificada como verdadeira reforma da Constituição via mutação constitucional. Nesses casos, a interpretação evolutiva pode muito bem conformar a realidade ao texto legal, mediante uma adequação de conteúdo normativo ou reedificação dos conceitos, mas ainda dentro dos limites positivos do texto constitucional e de seu programa normativo. Isso ocorre com muita frequência em relação aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas gerais.

A segunda diferença sugere que a interpretação está inserida no âmbito de completude da hermenêutica, na medida em que emprega os métodos e princípios desenvolvidos por esta ciência ao revelar os sentidos da norma. Já em outra seara, a mutação constitucional se insere na teoria do poder constituinte, especialmente o derivado ou de reforma, cujo objetivo pretendido é a reforma da Constituição de forma anômala, sem observar o procedimento formal traçado pelo constituinte, conduzindo o Judiciário ao protagonismo no processo democrático que caberia ao povo.

Jorge Miranda reforça a inserção da mutação na teoria do poder de reforma ao tratar das vicissitudes da Constituição. O autor refere-se às mutações tácitas *praeter constitutionem*<sup>488</sup> e *contra constitutionem*<sup>489</sup>. Cita como exemplo de mutação tácita *praeter constitutionem* a incompatibilidade dos cargos de Presidente da República e de membro do Governo com qualquer função pública ou privada, bem como o recurso atípico para Tribunal Constitucional da decisão de qualquer tribunal de aplicação de norma julgada ou declarada inconstitucional com força obrigatória geral.

Embora não deixe expreso, é notável a afeição de Jorge Miranda em relação ao costume *praeter constitutionem* como fonte produtora de conteúdo constitucional. E isso é natural quando o costume *praeter constitutionem* integra o conteúdo da constituição sem contrariar seu programa normativo ou o texto legal<sup>490</sup>.

---

<sup>487</sup> Cf. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. Estudios sobre el Estado de Derecho y La democracia. Colección Estructuras y Procesos: Série derecho. Editorial Trotta: Madrid, 2000, p. 185.

<sup>488</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. Manual de direito constitucional. Tomo I, parte 2, Coimbra Editora, 2013, p. 267.

<sup>489</sup> Ibidem, loc., cit.

<sup>490</sup> Cfr. EMERSON GARCIA. Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 489.

O maior problema é em relação ao costume *contra constitutionem scripta*. Aqui a prática sedimentada viola o texto normativo-constitucional. Um dos exemplos desse costume citados por Jorge Miranda é o domínio completo pelo Governo de integração europeia, com desvalorização do Presidente da República (art. 135 – CRP) e redução do poder legislativo do Parlamento (art. 161 e ss.). Miguel Nogueira de Brito cita o caso dos “tours de morte em Barrancos” como exemplo de costume *contra legem* praticado mesmo quando o Decreto nº 15.355 de 14 de abril de 1928, que a proibia, ainda estava em vigor. Tanto que a Lei nº 19 de 31 de julho de 2002 passou a admitir espetáculos com touros de morte para atender tradições locais<sup>491</sup>.

Exemplo semelhante ocorreu no Brasil em relação à vaquejada. O STF, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4983, julgada em 06.10.2016, proibiu a vaquejada no Brasil, por entender que a prática submetia os animais a práticas cruéis, o que atentaria contra o inciso II do § 1º do art. 225 da CRFB<sup>492</sup>. Todavia, por meio da Emenda Constitucional nº 96 de 06.06.2017 (emenda de reforço), o Congresso Nacional incluiu o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal que diz, em síntese: “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

Contrariamente à doutrina majoritária, que repele a força alteradora e derogadora da constituição emanada dos costumes *contra constitutionem*, e por todos cito Paulo Otero e Emerson Garcia<sup>493</sup>, Jorge Miranda a qualifica como excessiva. Para o autor, a forma da Constituição material procura enquadrar sistematicamente suas diversas partes, após as revisões e as mutações tácitas<sup>494</sup>, o que inclui os costumes *contra constitutionem*.

Ora, se é possível o costume *contra constitutionem* se sobrepor ao texto constitucional expresso, derogando-o, estamos a falar de mutação constitucional e não de interpretação

---

<sup>491</sup>Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. Introdução ao estudo do direito. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 134-136.

<sup>492</sup> [...]. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. ADI 4983/CE. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 06/10/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-087. Divulg. 26-04-2017. Public. 27-04-2017.

<sup>493</sup> Cfr. EMERSON GARCIA. Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral. 2015, p. 493.

<sup>494</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. Manual de direito constitucional. Tomo I, parte 2, Coimbra Editora, 2013, p. 267.

evolutiva, pois esta última respeita os limites do texto constitucional. E sendo assim, como a derrogação do texto constitucional consubstanciada no costume *contra constitutionem* é expressão da mutação constitucional, logo estamos a tratar de revisão informal da constituição afeta a teoria do poder constituinte reformador<sup>495</sup> e não a hermenêutica.

Outra distinção, com a qual discordo, reside no aspecto temporal. É que a interpretação, sem incorporar valores consolidados ao longo dos tempos, não tem o condão de gerar mutação constitucional. Nesse sentido, Martín Riso Ferrand defende que, como acontece com casos de revoluções ou golpes, a mera imposição de algo inconstitucional pode não ser aceitável, mas a mutação, para ser aceitável, deve apresentar algumas características básicas, dentre elas, a extensão da situação ao longo do tempo (do contrário, não é possível distinguir entre inconstitucionalidade e mutação válida e seria suficiente para alguém adotar uma decisão inconstitucional e apresentá-la como uma mutação)<sup>496</sup>.

De igual modo, há doutrinadores que sustentam a mutação constitucional a partir da evolução da sociedade, refletida na realidade, o que, necessariamente, remete ao aspecto temporal. A menos que haja um cisma ou revolução, em condições normais, a realidade não se altera do dia para a noite, ao contrário, se consolida ao longo dos tempos.

Tanto que Jellinek, um dos pioneiros no estudo das mutações, já apontava que são incomparavelmente mais instrutivas que todas as mutações constitucionais, em debate, relativas a este ou aquele texto da constituição, aquelas que sem uma repentina comoção do Estado, sem plena destruição da ordem estatal vigente, mostram, como resultado final, sua completa reconstrução. Para que isso se produza se necessita de muito tempo e a atuação de poderosas forças históricas<sup>497</sup>.

No entanto, o tempo é um aspecto comum tanto para a mutação como para a interpretação evolutiva. É que o tempo, ou melhor, a evolução ao longo do tempo, constitui pressuposto fático necessário em ambos os casos. Com isso, torna-se ponto em comum e não aspecto diferenciador.

A esse respeito, não se pode olvidar as lições de Manuel Aragón Reyes, em voto proferido na análise de lei infraconstitucional que permitiu o casamento entre pessoas do

---

<sup>495</sup> Cfr. EMERSON GARCIA. *Conflicto entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. 2015, pp. 475-476.

<sup>496</sup> Cfr. MARTÍN RISSO FERRAND. *Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución: Dos casos uruguayos*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 15, nº 1, 2017 p. 248.

<sup>497</sup> GEORG JELLINEK. *Reforma y mutación de la Constitución*. 2018, p. 65.

mesmo sexo na Espanha, para quem “*la llamada interpretación evolutiva [...] consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan [...] con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma [...], de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello*”<sup>498</sup>.

Além de demonstrar que o tempo é ponto em comum entre a interpretação evolutiva e a mutação, as lições de Manuel Aragón Reyes revelam outro aspecto importante: se, ao contrário do que defende a doutrina majoritária, a interpretação evolutiva impõe o respeito ao texto literal da norma, então não haveria mutação constitucional via interpretação evolutiva, já que esta, como defende o eminente jurista espanhol, não teria força para mudar o texto, função precípua do procedimento formal de reforma da Constituição via poder constituído.

No entanto, quando a interpretação não contrariar o texto positivado, ainda que seja para conformar a norma à realidade, não significa, necessariamente, que tenha havido mutação constitucional, ante a necessidade de se analisar os demais requisitos do instituto. Por outro lado, se a mutação decorrente da interpretação evolutiva contrariar o texto expresso da Constituição, certamente será inconstitucional.

Uma última diferença diz respeito aos efeitos. Por inserirem-se no âmbito do poder de reforma, as mutações constitucionais produzem efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, enquanto a interpretação evolutiva poderá produzir efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, se assim declarar o Tribunal, mas, em regra, *inter partes*. Apenas terá efeitos *erga omnes* quando for declarada no julgamento submetido a sistemática dos recursos repetitivos.

Assim, Manuel Aragón Reyes não está de todo equivocado. Talvez peque ao levar ao extremo a ideia de que a interpretação evolutiva não seja capaz de provocar mutação constitucional.

---

<sup>498</sup> Cfr. MANUEL ARAGÓN REYES, Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre (BOE (Official State Gazzete) number 286, of 28 November 2012). Tribunal Constitucional Espanhol.

### 3.8.1. Mitigação da presunção de inocência (ADC's 43 e 44) e mutação por interpretação contrária ao texto expresso da Constituição.

Exemplo, *data máxima vênia*, de interpretação mal sucedida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, diz respeito à presunção de inocência. Dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

As idas e vindas começaram com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, ocorrido em 17.02.2016, no qual ficou assentado o entendimento de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

Cumprir destacar ainda que até o ano 2016, o entendimento que prevalecia no STF era de que apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória poderia ser iniciada a execução da pena. A título de exemplo, cita-se o *Habeas Corpus* 89.501, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 12.12.2006<sup>499</sup>.

Em razão do entendimento firmado no HC 126.292/SP, o então Partido Ecológico Nacional (PEN) intentou Medida Cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 com vistas a suspender o entendimento firmado, sob a argumentação de violação ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Na análise da Medida Cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e 44, ocorrida em 05.10.2016, ao cotejar o inciso LVII do artigo 5º da CRFB – que, aliás, faz parte do núcleo intangível do texto constitucional, por se tratar de um direito fundamental erigido a condição de cláusula pétrea – com o artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro (CPPB), o Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento de que uma pessoa condenada em segunda instância (instância de apelação) pode iniciar o cumprimento da pena imediatamente, independentemente da pendência de recursos extraordinários

---

<sup>499</sup> O postulado constitucional da não culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. [HC 89.501, rel. min. Celso de Mello, j. 12-12-2006, 2ª T, DJ de 16-3-2007].

manejados perante o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Na verdade, o que a Suprema Corte diz ter feito foi conferir interpretação conforme a constituição ao artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro que dispõe: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Todavia, o artigo 283 do CPPB está em plena harmonia com o inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Como bem ilustra Lênio Streck, o que o Supremo Tribunal Federal fez foi conferir ao artigo 283 do CPPB interpretação contrária à Constituição, porque o entendimento adotado (admitir execução da pena na pendência de recursos extraordinários, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença) viola, às escâncaras, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Não há nada conforme, mas disforme à Constituição<sup>500</sup>. Ou seja, o artigo 283 do CPPB, que já estava de acordo com a Constituição, foi interpretado em desconformidade com ela, a pretexto de se realizar interpretação conforme a Constituição.

Houve alguma alteração no quadro histórico a justificar a alteração abrupta acerca do conceito de presunção de inocência? A resposta é negativa. A morosidade dos processos criminais que levam a prescrição das penas e a impunidade, levada a cabo pelos incontáveis recursos à disposição das partes, deve ser solucionado no âmbito do Legislativo e não por meio de medidas judiciais mitigatórias das garantias fundamentais. O mesmo legislador que regulou os recursos processuais em número excessivo, também é a autoridade dotada de competência e representatividade para rever a lei, reduzindo-os.

---

<sup>500</sup> De acordo com LENIO STRECK, para a Corte não aplicar o artigo 283, a sua maioria tem (teria) de dizer que esse artigo vai contra a Constituição. No todo ou em parte. Por isso existe a ADC. O que o Supremo não pode fazer é, ao mesmo tempo dizer que ele vale e que ele não vale, quer dizer, “ele vale se lido em conformidade com a Constituição”. Mas, por favor, era isso que queríamos nas ADCs. Isto é, a leitura conforme não é exatamente a que está acima? Por que o Supremo Tribunal não diz que o artigo 283 é inconstitucional? Se ele não tem nada a ver com a execução provisória, como disse o Ministro Barroso (ele chegou a dizer que quem defende isso faz uma ficção!), então porque não diz claramente que o dispositivo contraria a Constituição? Ou que ele é absolutamente inaplicável. Por que “salvá-lo” de si mesmo? Parece que o Supremo Tribunal Federal criou uma nova técnica de interpretar: em vez de verfassungskonforme Auslegung, estabeleceu uma Auslegung gegen die Verfassung (interpretação contra a Constituição) ou, em outra versão, verfassungsnichtkonforme Auslegung – interpretação em desconformidade). In: *Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme a quê?* Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>> Acesso em 25.07.2017.

O esforço do STF pretendeu, através da interpretação, dizer que o inciso LVII do art. 5º da CRFB sofreu mutação, o que não é verdade. Isso porque a interpretação tida por constitucional contraria a disposição literal do referido dispositivo da Carta Magna. Mas não é só por isso. A se admitir a mutação, esta seria, genuinamente, uma mutação à constituição inconstitucional. O STF conferiu interpretação contrária à disposição literal expressa da Constituição para restringir direito fundamental, considerado cláusula pétrea, o que afeta, por isso, o núcleo intangível da Constituição diante da relação direta com o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB) provocada pela privação prematura da liberdade de alguém.

O pior de tudo é que o STF voltou a analisar a matéria em 04.04.2018, ao julgar o Habeas Corpus nº 152.172/PR, que tinha como paciente o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, e visava impedir o início do cumprimento da pena imposta pelo TRF 4ª Região, que o condenou a 12 (doze) anos e 01 (um) mês de prisão por lavagem de dinheiro e corrupção passiva,<sup>501</sup> até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No julgamento do Habeas Corpus nº 152.172/PR, os votos de dois ministros chamam a atenção por sinalizarem a alteração do entendimento que havia sido firmado no julgamento das Medidas Cautelares nas ADC's nº 43 e 44 ocorrido em 05.10.2016. São eles Rosa Weber e Gilmar Mendes.

No julgamento de medida cautelar nas ADC's nº 43 e 44, o Ministro Gilmar Mendes havia votado no sentido de admitir o início do cumprimento da pena partir da condenação em segunda instância, independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesmo entendimento firmado por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP de 17.02.2016. A justificativa era de que não haveria violação da presunção de inocência diante da complexidade do sistema jurídico brasileiro que permite a interposição de recursos infundáveis e porque “conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento diferenciado. Esse é um ponto importante: tratar isso [não culpabilidade] como uma garantia institucional, que vai enfraquecendo na medida em que se identifica a prova da culpa<sup>502</sup>”.

Já no HC nº 152.172/PR, em sintonia com a teoria da coisa julgada progressiva, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se no sentido de que a “regra da presunção de não

---

<sup>501</sup> Cfr. Processo-crime nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

<sup>502</sup> ADC's 43 e 44.

culpabilidade, diante da formação progressiva da culpa, permite o início da execução da pena a partir do julgamento pelo STJ de REsp e AResp (fixando-se limite nos primeiros Embargos Declaratórios), marco de maior segurança jurídica, quando então a reprimenda estaria estabilizada, com nenhuma ou reduzida possibilidade de mutação decorrente de análises fáticas ou de aspectos alusivos à quantidade e qualidade da pena<sup>503</sup>”.

Ou seja, houve, em tese, uma evolução. Antes, o Ministro admitia o início da execução da pena a partir da condenação em segunda instância (Tribunais de Apelação). Agora, passou a admiti-la a partir da confirmação da condenação em terceira instância (STJ). Ademais, o Ministro Gilmar Mendes já admitiu publicamente ter alterado o entendimento firmado nas ADC's nº 43 e 44, de modo que é contra o início do cumprimento da sentença condenatória antes do seu trânsito em julgado.

Os votos da Ministra Rosa Weber são controversos. No julgamento do HC 126.292/SP, ocorrido em 17.02.2016, afirmou que o início da execução da pena antes do trânsito em julgado seria inconstitucional. No julgamento de medida cautelar nas ADC's nº 43 e 44 reiterou este entendimento.

Todavia, a partir de então, alegando seguir entendimento do STF e em homenagem ao princípio da colegialidade, negou todos os Habeas Corpus sob sua relatoria, curvando-se ao entendimento firmado no HC nº 126.292/SP (17.02.2016) e nas ADC's nº 43 e 44 (05.10.2016), embora sua posição até então conhecida fosse de que o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado violaria o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CRF).

Ocorre que por ocasião do julgamento do HC nº 152.172/PR, de 04.04.2018 pelo plenário do STF, ao invés de reafirmar o entendimento exposto no HC nº 126.292/SP (17.02.2016) e nas ADC's nº 43 e 44 (05.10.2016), pela inconstitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a Ministra Rosa Weber optou por seguir o entendimento contrário, qual seja, pela constitucionalidade da medida, como vinha fazendo desde o final de 2016 em relação aos processos sob sua relatoria.

Seu argumento fincou-se na segurança jurídica. De acordo com Rosa Weber, o HC 152.172/PR foi enfrentado nos exatos termos como fez em relação a todos os outros submetidos a sua relatoria desde 2016, reafirmando que o tema de fundo, há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs da

---

<sup>503</sup> HC nº 152.172/PR, julg. 04.04.2018.

relatoria do Min. Marco Aurélio, em que esta Suprema Corte, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição, se o caso, outra leitura do art. 5º, LVII, da Lei Fundamental. Tal preceito, com clareza meridiana, consagra o princípio da presunção de inocência, ninguém o nega, situadas no seu termo final – o momento do trânsito em julgado – sentido e alcance, pontos de candentes divergências, as disputas hermenêuticas.

Ou seja, a Ministra deixou claro que quando do julgamento do mérito das ADC's nº 43 e 44, retomará seu entendimento e reconhecerá a inconstitucionalidade do início da execução da pena a partir da condenação em segunda instância. Por que não fez naquela ocasião, não se sabe.

Mais grave ainda é que o STF ainda não enfrentou o mérito das ADC's nº 43 e 44, o que, sem sombra de dúvidas, ocorrerá no ano de 2019, como já sinalizou o atual Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli. Ou seja, num intervalo de 03 (três) anos, a matéria será repisada ao menos 04 (quatro) vezes pelo STF, sendo que a cada votação, ao menos um Ministro altera sua posição, sem que se evidencie qualquer alteração na sociedade a encampar mudanças abruptas de posicionamentos.

Alterar um conceito constitucional, já consagrado desde antes da edição do atual texto constitucional, sem qualquer justificativa plausível, a pretexto de se realizar interpretação conforme a constituição quando salta aos olhos que a interpretação conferida é flagrantemente contrária ao texto magno, mostra como a interpretação é perigoso mecanismo de alteração informal do texto constitucional, ao lado da mutação constitucional. Logicamente, a Constituição deve catalisar os anseios da sociedade em dada época. E para isso, como dito, há instrumentos como a revisão e a emenda constitucional, ou, até mesmo a interpretação evolutiva ou a mutação constitucional, mas desde que exista um fato social consolidado ao longo dos tempos.

O problema surge quando a alteração, através da interpretação, transfigura a Constituição<sup>504</sup>. De acordo com Paulo Otero – e aí o autor se refere à Constituição portuguesa – ao se comparar a versão inicial da Constituição com os preceitos que hoje a integram, ou

---

<sup>504</sup> Em sentido contrário, leciona JORGE MIRANDA que a interpretação jurídica deve ser não só objetivista como evolutiva, por razões evidentes: pela necessidade de congregar as normas interpretandas com as restantes normas jurídicas (as que estão em vigor, e não as que estavam em vigor ao tempo da sua publicação), pela necessidade de atender aos destinatários (aos destinatários atuais, e não aos do tempo de entrada em vigor das normas), pela necessidade de reconhecer um papel ativo ao intérprete, ele próprio situado no ordenamento em transformação. In: *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 255-256.

aquilo que é a prática e a vivência efetiva dessas normas constitucionais, “verifica-se que existem profundas diferenças: ora, são essas diferenças entre o passado e o presente, entre o texto escrito e o texto vivido que permitem aferir a transfiguração da Constituição<sup>505</sup>”.

E um dos fenômenos apontados por Paulo Otero condutores da transfiguração da Constituição, é a “interpretação (evolutiva ou actualista) ou modificativa (formal ou informal) das normas, que reorienta sua configuração aplicativa<sup>506</sup>”, além das próprias revisões e emendas que inauguram verdadeiras Constituições novas, retirando a identidade da Constituição supostamente alterada.

No exemplo citado, não estamos diante de qualquer alteração fática no substrato histórico a justificar a interpretação conferida ao inciso LVII do art. 5º da CRFB e tampouco de qualquer anseio popular. O conceito e o plano fático são os mesmos daquele pré-constitucional, recebido e incorporado pelo constituinte com o conteúdo de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença. Como admitir que alguém, presumidamente inocente, cumprirá pena antes que a sentença penal tenha se transformado num título exequível?

Isso demonstra que o Judiciário não pode, a pretexto de interpretar, alterar o sentido e o conteúdo de um conceito que sequer foi objeto de alteração informal (não que isso seja o melhor caminho, até porque Paulo Otero aponta que uma das formas de transfigurar a Constituição é através das emendas e das revisões). Não quero dizer, com isso, que os conceitos constitucionais devam se perpetuar ao longo dos tempos, como verdadeiros dogmas imodificáveis. Não se trata disso. Pretendo chamar a atenção para a utilização indiscriminada da interpretação com vistas a contrariar e manipular os conceitos constitucionais ou até mesmo para contrariar disposição textual da Constituição a pretexto de se estar diante de uma mutação à constituição que, em relação ao inciso LVII do art. 5º da CRFB é inconstitucional.

### **3.8.2. Evolução da(s) concepção(ões) de liberdade no século XIX.**

Ao contrário do que acontece em relação à presunção de inocência, malfadada tentativa de mutação à Constituição, exemplo de situação que demonstra a alteração de conteúdo e sentido ao longo do tempo é o conceito de “igualdade”. Ponto comum no Brasil e

---

<sup>505</sup> Cfr. PAULO OTERO. *Direito constitucional português: identidade constitucional*. Vol. I, 2010, p. 207

<sup>506</sup> *Ibidem*, p. 208.

em Portugal é que tanto a Constituição Portuguesa de 1838, como a Constituição Brasileira do Império de 1824, ao mesmo tempo em que apregoavam ser a lei era igual para todos, também admitiam a escravatura, abolida formalmente em Portugal<sup>507</sup> no ano de 1869<sup>508</sup>, e no Brasil pela Lei áurea, no ano de 1888.

Na Constituição Brasileira Imperial (1824), o artigo 179 garantia a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tinha por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade. De acordo com Eunice Aparecida de Jesus Prudente, a interpretação dada no artigo 179 da Constituição Imperial era drástica. Este dispositivo assegurava os direitos individuais: vida, liberdade, segurança e também o direito à propriedade. Pois bem, justamente esta norma constitucional/liberal foi evocada perante o Tribunal Superior de Justiça, em defesa de proprietários, que utilizavam suas escravas no meretrício. E, aquela Suprema Corte acolheu o "rufianismo" permitindo ao proprietário o livre uso de seus bens/escravos<sup>509</sup>.

O negro não era visto como sujeito de direito, mas bem incorporado ao patrimônio de outro sujeito, esse sim coberto pelas garantias do art. 179 da Constituição Brasileira Imperial<sup>510</sup>. Todos os castigos e crueldades aplicadas ao negro, na condição de escravo, além de admoestá-lo, visava anular sua personalidade, com vistas a manter a obediência e a submissão frente à ordem jurídica interna.

No entanto, à época da abolição, ainda vigia a mesma Constituição que, pelos intérpretes, admitia a escravatura. O texto e os conceitos postos eram os mesmos. O que se alterou, e não foi do dia para a noite, foi à concepção de que os conceitos liberdade e igualdade não mais admitiam a escravidão<sup>511</sup>. E a construção desta ideia havia iniciado há

---

<sup>507</sup> Cfr. MARIANA P. CANDIDO. O limite ténue entre liberdade e escravidão em benguela durante a era do comércio transatlântico. *Afro-Ásia*, Salvador, n. 47, p. 239-268, 2013.

<sup>508</sup> Afirma JOÃO PEDRO MARQUES, "a tendência estava definida e seria irreversível. É certo que, no início de 1869 aproveitando o exercício da chefia do governo reformista, Sá ainda deu livre curso ao seu pendur abolicionista através de um novo decreto que convertia todos os escravos ainda existentes em libertos. [...]. Contudo, na prática, o novo decreto nada alterava, uma vez que os libertos ficavam obrigados a servir os seus senhores até 1878, tal como se estipulara na legislação da década de 1850". In: *Uma cosmética demorada: as cortes perante o problema da escravidão (1836-1875)*. *Análise Social*, vol. 36. Lisboa: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2001, pp. 242-243.

<sup>509</sup> Cfr. EUNICE. A. J. PRUDENTE. O negro na ordem jurídica brasileira. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 83, p. 135-149, 1 jan. 1988, p. 137.

<sup>510</sup> De acordo com MÁRIO THEODORO, durante a primeira metade do século XIX, a força de trabalho nos núcleos urbanos consistia, em sua maioria, de trabalhadores escravos. In *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. 2ª ed. - Brasília: Ipea, 2008, p. 22.

<sup>511</sup> De acordo com SEYMOUR DRESCHER, em 1830, o Brasil ainda era um entre muitos países em desvantagem, com muitos iletrados, sem industrialização, e estava permanentemente no limite da força de trabalho. Duas gerações depois, ele conservava-se virtualmente sozinho. Desinvestimento regional, redistribuição urbano-rural e das colheitas, concentração de proprietários de escravos, e acima de tudo o aumento

quase um século antes com a Revolução Francesa, especialmente com a Declaração de Direitos do Homem de 1789, e no Brasil, de acordo com Seymour Drescher, contou com o desgaste e a inércia dos senhores de escravos que não tiveram força para emplacar o anti-abolicionismo.

O enredo histórico-normativo revela a evolução das concepções de igualdade e liberdade ao longo do século XIX, no Brasil. O reforço de tais conceitos iniciou, no âmbito do constitucionalismo moderno positivo, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; a Constituição Brasileira Imperial de 1824, a Lei Eusébio de Queiroz, de 07.11.1831, que declarou livres todos os escravos vindos de fora do Império e impõe penas aos importadores de escravos; Lei nº 531 de 04.09.1851 que estabeleceu medidas para a repressão do Tráfico de Africanos; a Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre), Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885 (Lei dos Sexagenários) que libertava os proprietários dos velinhos improdutivos e, por último, a Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888, que aboliu a escravidão<sup>512</sup>. A partir da Lei Áurea, o negro brasileiro é cidadão, titular de direitos e obrigações<sup>513</sup>.

Não se pode olvidar, no entanto, a Declaração da Virgínia de 1776 que, nas palavras de Jellinek, foi importante fonte de inspiração para os franceses, sobretudo na elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>514</sup>.

Durante a vigência da Constituição Brasileira Imperial de 1824, há registros históricos que indicam elevado número de processos judiciais em que se discutiam a liberdade de negros escravos<sup>515</sup>. Todavia, a relação promiscua entre senhores de escravos e integrantes das cortes de justiça, que também se aproveitavam da mão de obra escrava, impedia que os negros fossem reconhecidos como sujeitos de direitos.

---

das divergências do Brasil com o modelo ocidental de liberdade civil pesando contra o status quo. Os conflitos de interesse e perspectivas crescentes estenderam o consenso dos desgastados senhores de escravos. Como o número deles reduziu-se, senhores desmoralizados enfrentaram um crescimento do abolicionismo popular sem o potencial para uma racialidade alicerçando o anti-abolicionismo. In: A abolição brasileira em perspectiva comparativa. p. 157-158. Traduzido por Jaime Rodrigues. Publicado originalmente na *Hispanic American Historical Review*, 68(3): 429-460, 1988, com o título “*Brazilian Abolition in Comparative Perspective*”.

<sup>512</sup> Cfr. JACI MARIA FERRAZ DE MENEZES. Abolição no Brasil: a construção da liberdade. Revista HISTEDBR On-line, Campinas, SP, v. 9, n. 36, p. 83-104, out. 2012, pp. 101-102.

<sup>513</sup> Cfr. TÂMIS PEIXOTO PARRON. *A política de escravidão no Império do Brasil, 1826-1865*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009.

<sup>514</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Tradução de Adolfo Posada. 1ª edição. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad del México, D.F., 2000.

<sup>515</sup> Cfr. KEILA GRINBERG. Liberata: a lei da ambiguidade: as ações de liberdade da Corte de apelação do Rio de Janeiro no século XIX. [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010, 74 p. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Disponível em 17.09.2018, às 21h59min.

Keila Grinberg ilustra bem o debate entre advogados abolicionistas e escravocratas. Os advogados abolicionistas invocavam a teoria do direito natural, para os quais existiriam leis universais, acima de qualquer decisão estatal, às quais se deveriam recorrer em caso de conflito de opiniões. Entre estas leis, está a da liberdade natural do homem. E arremata: “o advogado que se referiu ao direito natural do escravo à liberdade expressava as ideias de uma corrente muito em voga na época, e referia-se à praxe jurídica de então: em caso de divergência, que se proceda à libertação<sup>516</sup>”.

Mas as próprias Ordenações Filipinas nesses casos já permitem a liberdade, como o fixado na ordenação livro 4º, título 11, parágrafo 4. A diferença básica é que elas sugerem ser a Coroa, mediadora de conflitos, quem concede a libertação. No século XIX, embora a liberdade possa até parecer, quem sabe propositadamente, uma dádiva do Estado, já estava sendo fundada, através da argumentação dos advogados, num dos únicos direitos “inalienáveis” do ser humano.

A evolução do conceito de liberdade ao longo do século XIX<sup>517</sup> é exemplo cristalino de interpretação evolutiva, na medida em que o entendimento que prevaleceu ao final não contrariou em nada o texto da Constituição. Ao contrário. Apenas colocou em prática um direito consubstanciado na gênese, mas que na prática não era reconhecido diante da relação de dependência e sobreposição de classes, o que também denota o processo de erosão calcado na igualdade relativa em prol do Estado Liberal<sup>518</sup>. A liberdade era um direito dos iguais e, como tal, subjacente a esta igualdade construída a partir de castas, cor e poder econômico ou político.

### **3.8.3. Presunção de inocência vs. liberdade: a evolução dos conceitos pré-constitucionais.**

---

<sup>516</sup> Cfr. KEILA GRINBERG. Liberata: a lei da ambiguidade: as ações de liberdade da Corte de apelação do Rio de Janeiro no século XIX. [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010, p. 44. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Disponível em 17.09.2018, às 21h59min.

<sup>517</sup> Dentre a parcela mais conservadora da população, que se valia da escravidão para auferir renda e lucros, “criou-se um clima de desconfiança e até de desinteresse pela monarquia, que para eles estava tanto comprometida com a instituição servil como com a propriedade da terra”, conferindo, assim, força ao movimento que culminou com a proclamação da República. Cfr. FRANCIELLY SCHMEISKE. Reflexões sobre a expropriação de terras destinadas à exploração do trabalho escravo. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira / Universidade de Lisboa da Faculdade de Direito, Centro de Investigação de Direito Privado. - Lisboa, 2015. - A. 1, nº 3 (2015), p. 639-660.

<sup>518</sup> Cfr. ISABEL MARIA BANOND DE ALMEIDA. O estado e a liberdade no século XIX: Europa e caso português (II) In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto do Direito Brasileiro. Lisboa, 2012-. - A. 2, nº 2 (2013), p. 863-908.

Há métodos de interpretação para todos os gostos e sabores. Qualquer conteúdo ou sentido que for atribuído a algum conceito encontrará respaldo nos métodos de interpretação, ainda que algum deles contrarie o sistema lógico-normativo da Constituição. Então, não se pode dizer, simplesmente, que o vício está no método, sem perquirir as reais intenções do aplicador do método.

A evolução das concepções de igualdade e de liberdade, que sob a égide de uma mesma Constituição possibilitou a escravidão e a abolição, sugere que os conceitos pré-constitucionais não são perpétuos. A evolução da sociedade, ao longo do tempo, pode alterar o sentido e o alcance de um conceito em diferentes graus.

No entanto, o exemplo da escravatura e o da presunção de inocência seguiram caminhos opostos. Neste, estamos diante de inaceitável alteração de conceito, uma espécie de mutação via interpretação, que contraria a lógica de todo o bloco de constitucionalidade, sem respaldo de qualquer influxo histórico-social, a contrariar o texto expresso da Constituição. A alteração de conceitos, quase que diariamente, é realizada com vistas a atender interesses momentâneos como se a ordem jurídica tivesse de se curvar aos detentores do poder, quando a lógica deveria ser inversa, já que todos são iguais perante a lei. A ordem jurídica mal se acostumou com o sentido definido, e lá vem outra interpretação atribuindo novo sentido, o que acaba por abalar a segurança jurídica.

Ora, se a ordem jurídica não tem tempo para assimilar o sentido e o conteúdo de um conceito definido pelo tribunal, diante das repentinas alterações de sentido via interpretação, imagine a sociedade. Então, se altera os conceitos não em razão da evolução da sociedade ao longo da história, que pode ter afetado o sentido do conceito ou por reivindicação desta, ou ainda para preencher lacunas, mas ao bel prazer daqueles que realizam a interpretação<sup>519</sup>.

E nesse ponto, Paulo Otero e José Afonso da Silva têm razão. A interpretação judicial, as emendas e as revisões transfiguram a Constituição original, tornando-a uma colcha de retalhos, o que impede o desenvolvimento natural dos conceitos pré-constitucionais a ela

---

<sup>519</sup> De acordo com FRANÇOIS RIGAUX, “quando o juiz constitucional ou o juiz internacional assumem a tarefa de deduzirem das penumbras constitucionais um direito, uma liberdade que não está mencionada em termos explícitos, ou quando têm de resolver um conflito entre duas normas de igual nível, estão a preencher o silêncio do legislador. Alguns dirão que preenchem uma lacuna do aparelho normativo, expressão enganadora, uma vez que, na maior parte das ocasiões, é o próprio juiz quem cria a pretendida lacuna, ao identificar uma necessidade nova, ao mesmo tempo em que se esforça por lhe dar satisfação”. In. *A lei dos juízes*. Traduzido por Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 288.

incorporados pelos constituintes originários, ou então inaugurando uma espécie de “normatividade não oficial subversiva”<sup>520</sup>.

Por último, o decisionismo de momento, expresso em casos como o da presunção de inocência em que se alteram conceitos repentinamente, tornou-se caricato, principalmente no Judiciário brasileiro. Não se atentam, contudo, que tal prática travestida de interpretação, solapa, de uma só vez, a separação dos poderes, o princípio da legalidade, a segurança jurídica, além de reforçar a relativização da força normativa da Constituição, como afirma Lenio Streck<sup>521</sup>, numa reconstrução da Constituição a partir das leis.

Há de se lembrar, no entanto, de que a mesma interpretação que alavanca a efetividade dos direitos fundamentais e sociais, sendo, portanto, positiva aos olhos do Estado Democrático de Direito e da concretização das normas constitucionais, também pode ser danosa, quando restringe direitos consagrados constitucionalmente. Isto é, a mesma mão que dá é a mesma mão que tira. A interpretação evolutiva ou a mutação constitucional não podem se subjugadas a críticas momentâneas. Precisam de limites, e regras claras. Do contrário, as cortes constitucionais tudo poderão, tanto para o bem como para o mal.

Dos *leading case* tratados anteriormente, é possível extrair duas lições, ainda que sumariamente: (1) conceitos pré-constitucionais evoluem e, se incorporados ao novel texto constitucional, estão sujeitos à alteração tanto no plano formal, via emendas e revisões, como no informal, via interpretação evolutiva e mutações; (2) a interpretação evolutiva, no plano informal, é um dos instrumentos aptos a promover essa alteração. A questão é verificar e identificar os pressupostos necessários para se afirmar que determinado conceito evoluiu.

### **3.9. Poder de reforma: o regime jurídico das cláusulas pétreas e sua (ina)aplicabilidade aos processos informais de alteração da Constituição.**

---

<sup>520</sup> Cfr. PAULO OTERO: A transfiguração constitucional, por efeito da normatividade “não oficial” subversiva, será tanto maior quanto maior for o decurso do tempo e a insusceptibilidade de as normas escritas da Constituição “oficial” ganharem efetividade reguladora: a falta de efetividade de uma norma gerará sempre uma outra norma que, por via de regra, tem um sentido contrário àquela, passando as condutas materiais a ser reguladas por esta última. In: *Direito Constitucional português: identidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 210.

<sup>521</sup> Cfr. LENIO STRECK. “Numa palavra: a resposta correta (adequada à Constituição e não à consciência do intérprete) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição”. In: *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 101.

Operam no plano do processo formal de alteração da Constituição, tanto no Brasil como em Portugal, limites materiais explícitos e implícitos ao poder de revisão, comumente denominadas cláusulas pétreas. O objetivo elementar destes limites é impedir a edição de emendas tendentes a abolir determinadas matérias, consideradas o núcleo intangível da Constituição, o que consubstancia sua rigidez e supremacia<sup>522</sup>.

Trata-se, portanto, de limites afetos ao poder de reforma da constituição, cujo destinatário é o poder constituído, isto é, o órgão apontado pelo poder constituinte para tal, no Brasil, o Congresso Nacional, em Portugal, a Assembleia da República. Daí, como ensina Miguel Nogueira de Brito, o poder de revisão é “limitado pelo poder constituinte, sendo que a revisão total só é possível se a Constituição a prever, caso contrário estaremos perante uma transição constitucional, isto é, aproveitamento das regras constitucionais que disciplinam o processo e a forma de revisão para fazer uma nova constituição<sup>523</sup>”.

Carl Schmitt define reforma constitucional como sendo a alteração do texto das leis constitucionais vigentes até o momento, o que também englobaria a supressão de prescrições legais-constitucionais isoladas e a recepção de novas ordenações jurídicas-constitucionais isoladas<sup>524</sup>. É que para o renomado jurista alemão, o poder constituinte é permanente e inalienável, embora não exclua a possibilidade de existir dispositivo legal-constitucional para reformas ou revisões<sup>525</sup>.

Ocorre que Miguel Nogueira de Brito afirma surgir, assim, a distinção entre a Constituição como acto do poder constituinte, isto é, como decisão política fundamental com um fundamento de validade essencialmente existencial, e lei constitucional cuja validade pressupõe essa decisão política prévia<sup>526</sup>. De sorte que o fundamento do poder de revisão encontra-se, necessariamente, vinculado ao poder constituinte, o que compromete, sobretudo, a identidade e continuidade da constituição pelo poder de revisão, já que seu fundamento se assenta no primeiro.

Desse modo, uma vez assente a superioridade lógica do poder constituinte em relação ao poder de revisão, com a conseqüente possível limitação do exercício deste último por parte de algumas normas da Constituição, a qual é expressão do poder constituinte originário, é

---

<sup>522</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2003, p. 1059.

<sup>523</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *Lições de introdução à teoria da Constituição*, 2017, p. 142.

<sup>524</sup> Cfr. CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 115.

<sup>525</sup> *Ibidem*, pp. 108-109.

<sup>526</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. 2000, p. 396

necessário estabelecer quais seriam, em concreto, tais limites em que atuaria o poder de revisão<sup>527</sup>. E para Miguel Nogueira de Brito, “os limites materiais de revisão encontram, sem dúvida, as sua expressão normativa genuína em princípios<sup>528</sup>”, a partir dos quais se impõe distinguir o regime jurídico dos limites implícitos e explícitos ao poder de reforma à Constituição, o que passa, necessariamente, pela análise da possibilidade de se alterar a própria cláusula de limites materiais expressos.

Nesse sentido, peço licença para transcrever esclarecedora lição de Miguel Nogueira de Brito ao estabelecer a relação entre a cláusula de limites expressos e os limites implícitos à reforma da Constituição, o que, de todo modo, também se relaciona aos limites transcendentais e imanentes dentro do regime de conceitos pré-constitucionais, o que já foi objeto de análise previamente, considerando ainda a impossibilidade de os limites implícitos serem atingidos pelo poder de reforma, por expressarem, segundo Jorge de Miranda<sup>529</sup>, os princípios fundamentais estruturantes<sup>530</sup> da Constituição.

Considerando as cláusulas de limites expressos como susceptíveis de revisão nos termos gerais e os limites materiais implícitos como insusceptíveis de serem atingidos pelo poder de revisão, sem que se incorra na chamada "fraude a Constituição", segundo a conhecida expressão de Liet-Veaux (1105), podem apontar-se diversos tipos de limites substanciais. Em primeiro lugar, os limites implícitos que definem a ideia de democracia constitucional e se acham vertidos, embora não taxativamente, na cláusula de limites expressos. Em segundo lugar, os limites implícitos, igualmente vertidos não taxativamente na cláusula de limites expressos, que definem a democracia constitucional estruturada, em geral, sobre uma manifestação do poder constituinte. Em terceiro lugar, os limites expressos considerados independentemente de se reportarem a limites implícitos. Por último, os limites implícitos que não tem expressão direta na cláusula de limites expressos. Afirmou-se atrás que as normas de limites expressos tem relevância igual a das restantes normas da constituição quanta a respectiva modificabilidade; acrescenta-se agora que essa relevância, como a das restantes normas, e qualificada pelo facto de sobre elas incidirem limites materiais implícitos ao poder de revisão. A partir desta observação podem distinguir-se no último tipo de limites materiais (isto é, nos

---

<sup>527</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 398.

<sup>528</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 418.

<sup>529</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, tomo II. Coimbra Editora, 2013, pp. 138-139.

<sup>530</sup> Ver também: JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra Editora, 2014.

limites que não tem expressão directa na cláusula de limites expressos) apontado duas categorias. Por um lado, todos aqueles limites implícitos do primeiro e segundo tipos que não tenham expressão no artigo 288º, por outro lado, o conjunto de princípios extraídos do artigo 288º nos quais o poder constituinte, em conjunto com os primeiros, espelhou a unidade e identidade próprias da Constituição e através das quais a dotou de um estatuto de hiper-rigidez. Este conjunto de princípios deve ser visto de um modo unitário e tem de considerar-se imutável, mas já não será imutável a sua concreta expressão no texto constitucional<sup>531</sup>.

Ao subdividir os limites materiais em 04 (quatro) categorias, Miguel Nogueira de Brito incute ao debate duas vertentes básicas: (1) a possibilidade de revisão da cláusula de limites materiais (2) a relação entre os limites expressos e os limites implícitos, na medida em que estes também podem estar incluídos naqueles.

Com efeito, a consequência prática disso, como bem notou Miguel Nogueira de Brito, é que a cláusula de limites expressos pode ser alterada, mas se estiver baseada em algum princípio estruturante, caracterizador dos limites implícitos, a ausência de expressa disposição constitucional a encampá-los não impede sua transcendência ou invocação como limite à reforma da Constituição<sup>532</sup>.

Esse raciocínio faz surgir o seguinte problema: o da hierarquia entre os limites ao poder de reforma da constituição. Os limites materiais implícitos estariam num patamar acima dos limites materiais descritos no rol de um dispositivo constitucional qualquer, como no caso dos limites expressos considerados independentemente de se reportarem a limites implícitos.

Com isso, verdadeiramente, o que há em termos de limites ao poder de revisão, são os limites implícitos<sup>533</sup> calcados nos princípios estruturantes fundamentais, o que vai ao encontro do que defendemos quando tratamos dos conceitos pré-constitucionais, oportunidade em que aderimos aos conceitos transcendentais de Jorge Miranda, não obstante as críticas de Carlos Blanco de Moraes, embora não se diga o mesmo em relação aos conceitos imanentes, a meu sentir, não vinculativos<sup>534</sup>.

---

<sup>531</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. 2000, p. 429.

<sup>532</sup> *Ibidem*, pp. 432-433.

<sup>533</sup> *Ibidem*, p. 430.

<sup>534</sup> MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO não parece simpático à ideia de limites implícitos. Assim descreveu: “Esse núcleo que está fora do alcance do poder de reforma pode ser implícito ou explícito. No primeiro caso, a dificuldade está em identificar quais são os componentes do núcleo fundamental. No segundo, esse problema desaparece, mas em geral um outro o substitui. Trata-se da indagação se, no caso de uma

Como exemplo de limites implícitos, Gomes Canotilho cita a integridade do território (art. 5º) e o próprio art. 288º, sendo este último leva-nos a discussão da modificabilidade ou não modificabilidade das próprias normas de revisão<sup>535</sup>. No Brasil, José Afonso da Silva, baseado nas lições de Nelson de Sousa Sampaio, também reconhece as seguintes vedações implícitas<sup>536</sup>, circunstanciais ou materiais ao poder de revisão: (a) as concernentes ao titular do poder constituinte, (b) as referentes ao titular do poder reformador e (c) as relativas ao processo da própria emenda<sup>537</sup>.

No Brasil, o artigo 64, § 4º da CRFB veda, expressamente, a deliberação de proposta de emenda tendente a (1) abolir a forma federativa de Estado; (2) o voto direto, secreto, universal e periódico; (3) a separação dos Poderes; (4) os direitos e garantias individuais.

Já em Portugal, o rol de cláusulas pétreas é mais extenso. Pela redação do artigo 288 da CRP, as leis de revisão constitucional terão de respeitar: (a) A independência nacional e a unidade do Estado; (b) A forma republicana de governo; (c) A separação das Igrejas do Estado; (d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; (e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; (f) A coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; (g) A existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista; (h) O sufrágio universal, direto, secreto e periódico na designação dos titulares eletivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional; (i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática; (j) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania; (l) A fiscalização da constitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas; (m) A independência dos tribunais; (n) A autonomia das autarquias locais; (o) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.

No entanto, a celeuma surge quando tratamos dos processos informais de alteração da constituição, especificamente, a interpretação evolutiva, que pode levar à mutação constitucional. Questiona-se: assim como nos processos formais, os processos informais de

---

Constituição explicitar os pontos intocáveis, caber nela identificar" cláusulas pétreas" implícitas. A lógica parece excluí-lo. Difícil é admitir que o constituinte ao enunciar o núcleo intangível da Constituição o haja feito de modo incompleto, deixando em silêncio uma parte dele, como que para excitar a capacidade investigatória dos juristas". In: *Significação e alcance das "cláusulas pétreas"*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1994, p. 14.

<sup>535</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 1066.

<sup>536</sup> Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *O poder constituinte*. 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91 e ss. O autor não parece muito simpático à ideia de limites implícitos ao poder de revisão. .

<sup>537</sup> Cfr. JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Poder Constituinte e Poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 245.

alteração da constituição devem obediência aos limites matérias expressos e implícitos?<sup>538</sup> E se a evolução social contrariar algum destes limites? Não seria uma mutação inconstitucional?

Sem levar em conta, neste momento, o paradoxo entre o caráter de vinculação quase que absoluto dos limites implícitos ao poder de reforma em relação à democracia representativa, o que já foi feito anteriormente, a doutrina não é pacífica nesse ponto. Aqueles que defendem a relativização das dos limites materiais no processo informal, o fazem sob o argumento de que as “cláusulas pétreas não podem inviabilizar a mutabilidade dos contextos sociais e políticos sob sua égide sem que isto acarrete graves distorções, conforme se analisa a seguir<sup>539</sup>”.

Já os que defendem a observância dos limites materiais, assentam seus argumentos na ideia de supremacia da constituição, como meio de combater as chamadas mutações inconstitucionais e preservar o núcleo intangível da Constituição<sup>540</sup> consubstanciado nos princípios estruturantes.

Para Gilmar Ferreira Mendes, “a nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional”. Há um conflito aparente entre manter a integridade e supremacia constitucional e permitir que constituição acompanhe a evolução da sociedade<sup>541</sup>.

Ao tentar superar o conflito, Gilmar Mendes leciona que as cláusulas de perpetuidade perfazem um núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário, que ele intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas. E o poder constituinte pode estabelecer essas restrições justamente por ser superior juridicamente ao poder de reforma. Na realidade,

---

<sup>538</sup> Cfr. INGO WOLFGANG SARLET: “quanto aos meios (mecanismos ou instrumentos) formais, cuida-se da alteração do texto constitucional por meio da atuação do poder de reforma constitucional, o que se verifica mediante um processo previamente (pelo menos quanto aos seus aspectos nucleares) estabelecido pelo poder constituinte, o qual também determina quais os limites (formais e materiais) impostos ao poder de reforma, o que será objeto de exame mais detalhado logo a seguir. No âmbito da chamada mudança informal, não há, a rigor, alteração do texto normativo, mas sim alteração no que diz com a aplicação concreta de seu conteúdo a situações fáticas que se modificam no tempo, geralmente pela via da interpretação constitucional, fenômeno designado, como já referido, de “mutação constitucional”, no sentido de uma mudança constitucional que, embora altere o sentido e alcance da constituição, mantém o texto constitucional intacto”. Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 117-118.

<sup>539</sup> Cfr. LUIZ HENRIQUE URQUHART CADEMARTORI e NOEL ANTÔNIO BARATIERI. As cláusulas pétreas: a possibilidade de revisão constitucional de vinculações de receitas na área da educação. In: JUSTIÇA DO DIREITO, v. 31, n. 3, p. 585-602, set./dez. 2017, p. 591.

<sup>540</sup> Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 126.

<sup>541</sup> *Ibidem*, loc., cit.

a se aceitar o argumento, a geração seguinte não se vê inexoravelmente presa às decisões da geração anterior. Ela as segue enquanto entender que o deve. Nada impede que o povo, fazendo-se ouvir por meio de manifestação do poder constituinte originário, rompa com as limitações impostas pela Constituição em vigor e se dê um outro diploma magno. Enquanto isso não ocorre, o que se pode dizer é que a geração subsequente à que editou a Constituição concorda com as suas limitações materiais.

Ao defender o respeito aos limites materiais expressos por cláusulas pétreas, Gilmar Ferreira Mendes apresenta uma saída: a ruptura. Quando as cláusulas pétreas fossem superadas pela sociedade, o constituinte originário faria uma nova constituição para atender aos anseios atuais. Esse também parece ser o entendimento de Jorge Miranda. O renomado jurista português afirma que “o poder de revisão é um poder constituído, como tal sujeito às normas constitucionais; quando o poder se libertasse da Constituição, nem mais haveria constituição, nem poder de revisão, mas sim Constituição nova e poder constituinte originário<sup>542</sup>”.

O caráter simplista pode não solucionar o problema na prática, na medida em que essa ruptura poderia ocorrer pacificamente, ou até mesmo revolucionariamente, o que se revelaria traumático<sup>543</sup>.

Nadja Machado Botelho parece seguir o raciocínio de Gilmar Mendes. Dispõe que, “mesmo sujeitas às suas próprias mutações, as cláusulas pétreas também se afiguram como limites à mutação constitucional, de maneira que a alteração de sentido ou alcance dos dispositivos constitucionais não poderá atingir o conteúdo essencial nem favorecer a abolição do núcleo duro da Constituição”. E conclui afirmando que “aplica-se à mutação incidente sobre cláusulas pétreas o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente à reforma; o que não se pode é pretender, via mutação, aquilo que não se alcançaria nem por emenda<sup>544</sup>”.

Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>545</sup>, frisa que “essas proibições – as “cláusulas pétreas”, como se usa dizer – não têm o peso e o sentido que a elas querem dar

---

<sup>542</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. Manual de direito constitucional. Tomo II, 4. ed. Coimbra Editora, 2000, p. 199.

<sup>543</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. “o poder de revisão garante a constituição, já que se conforma com um instrumento de actualização e adaptação da Lei fundamental ao devir político, económico e social, evitando uma nominalização das suas normas susceptível de se converter em fator convidativo de rupturas constitucionais”. In. Justiça Constitucional: garantia da constituição e controle da constitucionalidade. Tomo I. 2. ed. Coimbra Editora, 2006, p. 67.

<sup>544</sup> Cfr. NADJA MACHADO BOTELHO. Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, pp. 39-40.

<sup>545</sup> Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. Significação e alcance das cláusulas pétreas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 202. out.-dez. 1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 11.

certos juristas”, pois “elas não ‘petrificam’ o direito constitucional positivo e por meio dele o ordenamento jurídico do país”. O que as cláusulas pétreas impedem é um aniquilamento, por vias formais ou informais, daqueles valores que o constituinte originário escolheu como essenciais. Nada impede a atualização destes.

A ideia de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>546</sup> corrobora as características do poder constituinte em Sieyès e até mesmo em Carl Schmitt, que o qualifica como um poder permanente, reputando necessário o acompanhamento da evolução da sociedade.

Não é porque o poder reformador encontra-se limitado pelo constituinte originário que as mudanças tidas no seio social não podem ser captadas pelo intérprete, com vistas a afetar até mesmo as cláusulas pétreas, deste que não cause o aniquilamento do núcleo intangível da constituição. Leciona Paulo Bonavides que a base do poder de reforma em Sieyès parte da célebre distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, certo que as leis constitucionais, obra do poder constituinte, obrigam todos os poderes constituídos, mas nunca a nação, titular daquele poder, do qual emanam referidas leis<sup>547</sup>.

Nesse sentido, Miguel Nogueira de Brito, ao tratar da “Circulação transnacional de conceitos vs. Autoctonia Constitucional” afirma que Michele Carducci elege as “técnicas de petrificação” moderada das normas constitucionais como instrumentos adequados a salvaguardar a legitimidade das mutações constitucionais, recuperando a Constituição como “formante” e “função” de acoplamento estrutural entre direito e política.

Um exemplo dessas técnicas de petrificação moderada encontrar-se-ia no § 4º do art. 60 da constituição brasileira, de acordo com o qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” os limites decorrentes da forma de Estado, do voto direto e secreto, da separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais. O que o dispositivo impede é a “abolição” desses conteúdos, mas não a sua reforma ou revisão. Além disso, como vimos, a própria cláusula de limites materiais pode ser revista em si mesma. Existiria assim um equilíbrio realista entre interpretação da Constituição e consenso sobre a Constituição<sup>548</sup>.

---

<sup>546</sup> No mesmo sentido, CANOTILHO defende que a superioridade da constituição e o poder constituinte não significa uma proibição absoluta de inalterabilidade, mas tão somente a imposição de uma rigidez relativa. Os limites do poder de revisão e o procedimento especial de revisão pretendem assegurar precisamente esta rigidez relativa. In. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, p. 52. p. 1059.

<sup>547</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 2019, p. 201.

<sup>548</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, p. 412.

Duas lições podem ser extraídas de imediato. A primeira, o acoplamento estrutural entre direito e política permite, justamente, a salvaguarda do equilíbrio constitucional, na concretude do binômio constituição-realidade, com a preservação da identidade constitucional, seu núcleo básico. A segunda vem ao encontro do que defende Manoel Gonçalves Ferreira Filho. As cláusulas pétreas não causam a petrificação do direito constitucional, mas a preservação do seu núcleo intangível da constituição, sem deformá-la em sua gênese.

A título de exemplo, a terceira revisão da CRP concluída em 1989 alterou o art. 288 e excluiu alguns assuntos do rol de cláusulas pétreas e incluiu outros. Essa revisão nunca foi declarada inconstitucional. Suprimiu três dos limites que a redação original enunciava (as das alíneas “f”, “g” e “j”, que dispunham, respectivamente, sobre “a apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos”, sobre “a planificação democrática da economia” e sobre “a participação das organizações populares de base no exercício do poder local”). Mas inclui dois novos (hoje alíneas “f” e “g”, aquela sobre a “coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção”, esta sobre “a existência dos planos econômicos no âmbito de uma economia mista”)<sup>549</sup>.

O fato de Portugal possuir um rol extenso de cláusulas pétreas levou o parlamento, no exercício de seu poder de revisão, a abolir algumas delas, por força da terceira revisão. Isso entra em choque com a maioria da doutrina, que não admite a abolição das cláusulas pétreas, já que o poder de revisão é manifestação do poder constituído e não do poder constituinte, o que é um erro na medida em que a cláusula que institui os limites materiais não consta de seu próprio rol.

O processo informal de alteração da Constituição é silencioso, e se as revisões e emendas constitucionais formais podem alterar as cláusulas pétreas expressas como defendem Miguel Nogueira de Brito e Manuel Gonçalves Ferreira Filho, então a alteração da constituição via interpretação evolutiva, um dos modos de se operar a mutação constitucional, no plano informal, também podem alterar as cláusulas pétreas, sem, todavia, aviltar os limites implícitos<sup>550</sup>, já que a interpretação evolutiva caracterizadora de mutação constitucional é também afeta ao poder de reforma.

---

<sup>549</sup> Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. Significação e alcance das cláusulas pétreas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 202. out.-dez. 1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 15.

<sup>550</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO: “[...]. Se se viola, no primeiro momento, o limite implícito consistente na necessária existência do estatuto de hiper-rigidez traduzido na cláusula de limites expressos, não

Isto é, a interpretação evolutiva, segundo a classificação de Miguel Nogueira de Brito, poderia encetar a alteração dos limites expressos, considerados independentemente de se reportarem a limites implícitos. Qualquer relação entre o rol expresso de limites materiais e os limites implícitos, aqui considerados os princípios estruturantes fundamentais, se levantaria como barreira ao poder modificativo da interpretação evolutiva, ainda que calcada na evolução social.

Ao que parece, o debate existente no Brasil acerca da presunção de inocência e a prisão a partir da confirmação da condenação em segunda instância confirma, justamente, essa hipótese, na medida em que houve restrição de um direito fundamental, portanto, cláusula pétrea, em detrimento do poder punitivo do Estado. Se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como o Estado pode obrigar um não culpado a antecipar o cumprimento de sua pena?

A interpretação evolutiva pode irradiar seus efeitos modificativos sobre as cláusulas pétreas desde que não invoquem limites implícitos, o que certamente levará a mutação constitucional. Todavia, do mesmo modo que a interpretação não pode descambar para além dos limites semânticos do texto legal ou, como denomina Canotilho, “limites textuais implícitos”<sup>551</sup>, também não poderá subverter o cerne da cláusula pétrea, com vistas a aniquilá-la. Quando essa barreira for ultrapassada, estaremos diante de uma interpretação inconstitucional, e se as emendas e revisões formais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade por emanarem do poder constituído, na mesma medida as mutações inconstitucionais também estarão<sup>552</sup>.

De acordo com Anna Cândida da Cunha Ferraz, na prática, as mutações inconstitucionais proliferam ou porquanto o controle de constitucionalidade é ineficaz, ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade exercido por órgão ou poder constituído. Para a autora, o único tipo de controle que poderá incidir sobre tais

---

haverá, no segundo momento, qualquer manifestação válida de um poder de revisão. [...]”. In. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 433.

<sup>551</sup> Nesse sentido Canotilho ensina que a ideia de limitação do poder de revisão, no sentido apontado, não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas no texto constitucional. Desta forma, os limites materiais devem encontrar um mínimo de recepção no texto constitucional, ou seja, devem ser limites textuais implícitos. In. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2003, p. 1066.

<sup>552</sup> Cfr. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, 2.<sup>a</sup> ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, pp. 213-214.

mutações é o controle constitucional não organizado, isto é, o acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos.

Observe que estamos a tratar da modificação dos limites materiais expressos por meio da interpretação. Por óbvio, a cláusula de limites expressos pode sofrer mutação constitucional que revogue, por exemplo, uma de suas alíneas ou incisos, desde que não contenham princípios estruturantes fundamentais. Quando isso ocorrer, a mutação não será movida pela interpretação evolutiva, senão por desuso, costume *contra constitutione* ou influência do direito internacional.

No entanto, o Poder legislativo tem o remédio mais eficaz contra as mutações inconstitucionais, principalmente aquelas levadas a cabo via interpretação: as emendas constitucionais. O legislativo pode alterar a constituição para restabelecer o sentido da norma, não ficando vinculada a interpretação proveniente do Poder Judiciário, nos termos do art. 102, § 2º da CRFB.

No Brasil, cita-se como exemplo a vaquejada. O STF, em 06.10.2016, por 06 votos a 05, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.983, declarou inconstitucional a lei cearense nº 15.299/2013 que regulamentava a prática da vaquejada, típica festa popular nordestina, por representar maus-tratos aos animais, e afrontar o meio ambiente, sendo que após, o Legislativo aprovou a Emenda Constitucional nº 96/2017 que acrescentou o § 7º ao artigo 225 da Carta Magna para permitir, expressamente, a prática da vaqueja, reconhecendo-a como um direito cultural.

Uma última questão se coloca: os princípios fundamentais estruturantes não poderiam evoluir ao ponto dessa evolução ser reconhecida via interpretação e, portanto estarem sujeitos ao poder de reforma? Para Gilmar Mendes, se isso ocorrer, haverá uma ruptura a reclamar uma nova constituinte. Daí que a alteração dos princípios estruturantes estaria sob a alçada do constituinte originário e não do poder constituinte derivado ou de reforma.

Assim, os limites materiais à alteração da constituição, também servem de supedâneo aos procedimentos informais de alteração quando afetarem os limites implícitos, especialmente a mutação constitucional levada a efeito pela interpretação evolutiva. No que toca a interpretação evolutiva, as cláusulas pétreas devem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade, sob pena de tê-la como inconstitucional, o que, por outro lado, não

impede que a mutação se processe por outros meios, como o desuso ou por influência de normas externas<sup>553</sup>.

### **3.10. Força normativa da Constituição: contraponto entre a interpretação evolutiva e a mutação constitucional**

As Constituições brasileiras e portuguesas são classificadas como rígidas, ou para alguns, hiper-rígidas<sup>554</sup>, o que significa que exigem processo formal e qualificado para serem alteradas, nos moldes delegados pelo constituinte originário.

Como bem ensina Paulo Bonavides, rígidas são as constituições que não podem ser alteradas do mesmo modo que as leis ordinárias. Demandam um processo de reforma mais complicado e solene e constitui o modo mais utilizado pelos estados modernos<sup>555</sup>. Já as flexíveis, a exemplo da Constituição inglesa, podem ser modificadas pelo mesmo processo de alteração das leis ordinárias. De acordo com o autor, é um erro pensar que toda constituição costumeira é flexível e que toda constituição escrita é rígida, porquanto podem estar assentadas em costumes rígidos (velha Constituição Francesa anterior a 1789)<sup>556</sup> ou escritos flexíveis.

Todavia, as Constituições atuais de Brasil e Portugal são rígidas, sobretudo em razão da dificuldade imposta sobre o poder constituído em alterá-las, o que reclama processo solene, *quórum* qualificado, diferente das demais leis.

Mas como justificar a alteração de Constituições rígidas pela interpretação evolutiva ou pela mutação constitucional, sem se passar pela ritualística procedimental traçada pelo constituinte originário? Deixá-las-iam de ser rígidas? Ou nunca foram rígidas?

De fato, as constituições rígidas impõem enorme desafio aos processos informais de alteração da Constituição. Talvez seja por essa razão que autores do calibre de Konrad Hesse defendem a força normativa da Constituição, e a supremacia do texto frente à realidade que o contrarie, ainda que em constante mudança.

---

<sup>553</sup> Adriano Sant'Ana Pedra entende que a “elasticidade e a abertura semântica das expressões constantes no próprio artigo 60, § 4º, da CF, permitem que o seu conteúdo evolua na medida em que ocorrem mudanças no contexto social”. A meu ver, esse raciocínio se aplica apenas às mutações decorrentes de interpretação. In. *Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da constituição da democracia constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, p. 228.

<sup>554</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional: garantia da constituição e controle da constitucionalidade*. Tomo I. 2. ed. Coimbra Editora, 2006, p. 67.

<sup>555</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 2019, p. 83.

<sup>556</sup> *Ibidem*, loc., cit.

O conceito material de Constituição visa, justamente, aproximar o texto da realidade, com vistas a conferir efetividade a ele.

Por essa razão, Paulo Bonavides concebe duas constituições: uma escrita, no plano formal, e outra real ou viva, afeta ao plano material.

Para o autor, da Constituição real, que é a Constituição viva ou Constituição da realidade, fazem parte determinados componentes que sobre ela atuam com variável eficácia, tais como os partidos políticos, os grupos de interesses, as categorias patronais, empresariais ou trabalhistas, a opinião pública, enfim, toda a ordem de forças que refletem por igual os compromissos internacionais da sociedade politicamente organizada<sup>557</sup>.

A concepção de constituição real feita por Bonavides finca suas bases na obra de Ferdinand Lassale que já no século XIX delineou os contornos diferenciais entre a Constituição real e formal. O autor afirma que “onde a constituição escrita não corresponder a real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país<sup>558</sup>”.

Ferdinand Lassale apregoa que os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas, não tem valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis, aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar<sup>559</sup>.

Paulo Bonavides vislumbra duas constituições paralelas, mas que coexistem no tempo e no espaço. A grande dificuldade é sanar o conflito entre o texto formal e a realidade.

Para os autores que defendem a mutação ilimitada, a Constituição formal sucumbirá diante da Constituição real. Para outros, como Konrad Hesse e Gomes Canotilho, a constituição real deve observância a Constituição formal.

O problema de a constituição escrita sucumbir diante da realidade é, justamente, a flexibilização permanente das constituições modernas, o que certamente as fragilizaria ao ponto de torná-las objeto de manipulação de grupos dominantes, interesses mesquinhos ameaçadores da democracia. Nesse sentido, Carlos Blanco de Moraes aponta que uma distonia

---

<sup>557</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 2019, pp. 98-99.

<sup>558</sup> Cfr. FERDINAND LASSALE. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 33.

<sup>559</sup> *Ibidem*, p. 40.

entre a norma e a realidade tende a erodir a normatividade da constituição e a contribuir para sua nominalização, realidade que convida à deslegitimação do texto fundamental e à emergência de rupturas constitucionais<sup>560</sup>.

O abade Emmanuel Sieyès, na França do final do século XVIII, ao desenvolver a teoria do poder constituinte, certamente deixou essa questão mal resolvida. É que não se pode tirar do povo aquilo que lhe é intrínseco, e se encontra em permanente estado de latência. Certamente esse foi o impulso necessário para autores defenderem a submissão total da constituição formal à realidade.

Por outro lado, a constituição formal faz parte da realidade e essa ambiência é essencial para conferir a normatividade de que a lei fundamental necessita. Ainda que os conceitos básicos em que se funda se alterem no futuro, as constituições escritas não nascem do acaso e são dotadas de eficácia social, ponto de equilíbrio médio entre as forças políticas, de um lado, e o povo, de outro.

No entanto, Konrad Hesse é peremptório na defesa da Constituição escrita. O autor defende que a função da constituição escrita é impedir a imposição ao direito constitucional escrito inovando um direito constitucional não escrito<sup>561</sup>. E o autor está correto em sua avaliação. Do contrário, não seria necessária constituição escrita, se a alteração da realidade fosse bastante para se sobrepor ao escrito.

Outro fator que advoga contra a flexibilização indiscriminada da constituição escrita, é que a realidade é fluida e se altera constantemente, a depender da opinião pública que, a seu turno, pode ser objeto de manipulação ou controle, servindo, assim, de massa de manobra a àqueles que insistem em colocar em descrédito as instituições públicas. Isso impede, por exemplo, mensurar se a realidade vista reverbera a vontade da maioria, trunfo este que ainda milita em favor da democracia. Sem força normativa, não há constituição que resista às investidas golpistas<sup>562</sup>.

---

<sup>560</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional: garantia da constituição e controle da constitucionalidade*. Tomo I. 2. ed. Coimbra Editora, 2006, p. 66.

<sup>561</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2012, p. 49.

<sup>562</sup> Cfr. KONRAD HESSE: Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr prever a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. In. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 25.

Há de se destacar, por outro lado, que Konrad Hesse, ao defender a força normativa da Constituição, não defende a desconsideração da realidade em sua totalidade. Em sua opinião, quando a constituição ignora o estado de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo, se vê privada do imprescindível germe de força vital, resultando incapaz de conseguir que se realize o estado por ela disposto em contradição com dito estado de desenvolvimento. E arremata: “sua força vital e operativa, se baseia em sua capacidade para conectar com as forças espontâneas e as tendências vivas da época, de sua capacidade para desenvolver e coordenar estas forças, para ser, em razão do seu objeto, a ordem global específica de relações vitais concretas<sup>563</sup>”.

Nesse sentido, a realidade levada em consideração por Konrad Hesse é aquela capaz de se adequar ao texto constitucional sem contrariá-lo ou violá-lo, principalmente no que concerne à densificação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, o que não se constrói e tampouco se altera de um dia para outro. O autor não faz remissão às alterações repentinas, muitas vezes objeto de manobras e manipuladas, que contrariam a constituição.

De sorte que para Konrad Hesse, não existe uma realidade constitucional *contra constitutionem*. Deve-se fazer o necessário para evitar que se produza uma realidade inconstitucional ou para situar de novo a realidade de acordo com a constituição<sup>564</sup>, o que é incompatível com o pensamento de Ferdinand Lassale, de que a constituição deve ser conformada a realidade, ainda que essa realidade a contrarie.

Ao criticar Lassale, Konrad Hesse aponta que, a vingar a concepção sociológica do referido autor, a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, ou seja, que a normatividade submete-se à realidade fática<sup>565</sup>.

Parafraseando Lassale, a realidade brasileira comprova o quanto o poder da força, seja econômica ou política, revela-se superior a força das normas jurídicas, em flagrante promoção da desigualdade quando a constituição é expressa ao erigir a igualdade de todos perante a lei como direito fundamental. A faceta do poder se revelaria perversa diante dos interesses da nação, e corroeria a máxima de que todo o poder emana do povo, lógica de Sieyès.

---

<sup>563</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2012, p. 52.

<sup>564</sup> *Ibidem*, pp. 54-55.

<sup>565</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *A força normativa da Constituição*. 1991, p.10.

Hesse também trata da tensão permanente entre constituição escrita e a realidade. Para o autor, a mudança das relações fáticas pode — ou deve — provocar mudanças na interpretação da Constituição. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação, jurídica vigente<sup>566</sup>.

Gomes Canotilho endossa as lições de Konrad Hesse, ao exprimir a necessidade de conformação da interpretação ao programa normativo da constituição. O renomado jurista português afirma que “uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e, outra coisa, é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional<sup>567</sup>”.

Esse também é o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, para quem a interpretação, além de determinar o conteúdo das normas, também implica, principalmente em nível constitucional, numa atualização constante da regra posta, sem alterar-lhe o texto<sup>568</sup>.

A interpretação é o instrumento hermenêutico por meio do qual a realidade deve ser constitucionalizada, de acordo com o programa normativo estabelecido pelo constituinte. É essa medida que permitirá a salvaguarda do *corpus* da Constituição, enquanto programa normativo, impedindo sua derrocada ante a legislação infraconstitucional e as práticas inconstitucionais perpetradas pelos poderes do Estado e no seio da sociedade, principalmente aquelas com reflexo político e econômico.

Noutra perspectiva, a força normativa da Constituição preserva também os direitos fundamentais enquanto trunfos contra a maioria, porquanto são as garantias que o indivíduo tem diante dos atos estatais alicerçados na vontade majoritária, limitando-os<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *A força normativa da Constituição*. 1991, p. 23.

<sup>567</sup> Cfr., J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2003, p. 1229.

<sup>568</sup> Cfr. CELSO RIBEIRO BASTOS. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 117.

<sup>569</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra Editora, 2006, p. 37 e ss.

Sem a força normativa, os trunfos seriam inúteis diante da suposta vontade da maioria, do que se nota que a vontade individual ficaria a mercê da constituição cambiante declarada pelo Tribunal Constitucional, que nem sempre sufragará a vontade da maioria, visto que essa manifestação dificilmente chega aos tribunais que, conseqüentemente, não possuem condições de mensurar a expressividade social da matéria a ser enfrentada. Não só isso, os indivíduos ficariam expostos à própria ação estatal violadora dos direitos fundamentais.

Desse modo, as ideias defendidas por Konrad Hesse e J.J. Gomes Canotilho são consentâneas com o Estado Democrático de Direito, além de permitir a conformação das normas constitucionais à realidade, via interpretação ou mutação, sem incorrer em inconstitucionalidade, risco este presente nas teorias defendidas por Ferdinand Lassale e Georg Jellinek, diante da dificuldade de se filtrar a dinâmica em que opera a mudança da realidade, em sua profundidade e extensão, capaz de alterar a constituição.

#### **4. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA E ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**

##### **4.1. O papel da justiça constitucional na interpretação da Constituição**

Antes da independência americana, os advogados dos Estados Unidos se submetiam às regras de interpretação inglesa, fundadas na *common law*. Foi em 1770 que William Blackstone publicou na obra “Comentários sobre as leis inglesas” instruções acerca de como deveria ser realizada a interpretação<sup>570</sup>.

Na quarta regra, Blackstone antevia a problemática em torno da interpretação dos conceitos indeterminados. Dizia que a regra, enquanto aos efeitos e consequência, é que onde as palavras, em sua acepção literal, não tenham significado, ou são muito absurdo, deve existir algum desvio a respeito de seu sentido habitual<sup>571</sup>.

Além disso, Blackstone também já chamava a atenção para a força hegemônica que a equidade representaria em favor dos juízes, em detrimento dos demais poderes. O autor afirmava que “a liberdade de considerar todos os casos em uma luz equitativa não deve ser indulgente demais, para que destruamos toda a lei e deixemos a decisão de cada pergunta inteiramente no peito do juiz. E a lei, sem equidade, embora difícil e desagradável, é muito

---

<sup>570</sup> Cfr. CHRISTOPHER WOLFE. *La transformación de la interpretación constitucional*. Traduzido por María Gracia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 34.

<sup>571</sup> *Ibidem*, p. 35.

mais desejável para o bem público do que a equidade sem lei; o que tornaria cada juiz um legislador, e apresentaria a confusão mais infinita, pois haveria quase tantas regras de ação diferentes estabelecidas em nossos tribunais, pois há diferenças de capacidade e sentimento na mente humana<sup>572</sup>”.

Em seguida, foi a vez do “*The Federalist*” idealizado por James Madison, John Jay e Alexander Hamilton dispor sobre a estruturação da justiça norte-americana, bem como sobre métodos de interpretação da Constituição. Foram grandes inspiradores da Convenção de 1787 que aprovou a Constituição norte-americana<sup>573</sup>. Nessa obra, a preocupação também é latente em relação à interpretação dos conceitos indeterminados que poderia colocar o intérprete numa posição delicada diante do caso concreto. Apela-se, assim, as regras de sentido comum, como meio seguro de conduzir a interpretação.

De acordo com Christopher Wolfe, a doutrina “*The Federalist*” sobre a interpretação constitucional consiste em começar pelo sentido natural e evidente dos termos empregados, que se deduz de seu uso comum. Se as palavras são duvidosas, seu sentido deve buscar-se no contexto, sem perder de vista as implicações dos termos utilizados e as do documento em seu conjunto<sup>574</sup>.

No lumiar da história constitucional norte-americana, a corte constitucional teve de se debruçar sobre muitos casos relevantes, dentre os quais se destacam *Chisholm v. Georgia* de 1793; *Hylton v. United States* de 1796 e *Calder v. Bull* de 1798, ainda sobre a inspiração do “*The Federalist*”.

Em 1800, diante da recusa de John Hay em assumir novamente<sup>575</sup> à presidência da Suprema Corte Americana, o presidente norte-americano John Adams nomeou John Marshall como o novo mandatário geral da corte. Durante o período em que esteve na presidência, Marshall desenvolveu ainda mais os métodos de interpretação da Constituição. O caso mais emblemático foi, certamente, *Marbury v. Madison*, 1803, em que, pela primeira vez, o

---

<sup>572</sup> Cfr. WILLIAM BLACKSTONE. “And, on the other hand, the liberty of considering all cases in an equitable light must not be indulged too far, lest thereby we destroy all law, and leave the decision of every question entirely in the breast of the judge. And law, without equity, though hard and disagreeable, is much more desirable for the public good than equity without law; which would make every judge a legislator, and introduce most infinite confusion; as there would then be almost as many different rules of action laid down in our courts, as there are differences of capacity and sentiment in the human mind”. In: *Commentaries on the Laws of England*. Vol. 1. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893, p. 62. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/2140>>. Acesso em 02.08.2017.

<sup>573</sup> Cfr. JAMES MADISON, JOHN JAY e ALEXANDER HAMILTON. *The Federalist*. Indianápolis: Liberty Fund, 2001.

<sup>574</sup> Cfr. CHRISTOPHER WOLFE. *La transformación*, 1991, p. 42.

<sup>575</sup> Foi o primeiro presidente da Suprema Corte Americana entre 1789 e 1795.

Tribunal declarou uma lei do Congresso nula. Graças às técnicas interpretativas encadeadas por Marshall, o Tribunal garantiu a nomeação de Marbury e outros três federalistas aos cargos de juizes de paz do Distrito de Columbia<sup>576</sup>.

Já na Europa, a justiça constitucional passou a ser articulada por Kelsen com a queda da monarquia e ascensão da república, com a Constituição da Áustria de 1920. Ao tratar da organização da República austríaca, Kelsen idealizou a Corte Constitucional, à qual caberia “o controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das leis estaduais e sobre a conformidade da administração estadual com as leis federais<sup>577</sup>”.

Em 1928, durante o encontro promovido pelo Instituto Internacional de Direito Público em Viena, Kelsen defendeu exaustivamente a existência de uma Corte específica, com vistas a guardar a Constituição. Ao invés deste poder ficar a cargo das mais variadas instâncias do Executivo e do Legislativo, âmbito de grande influência política catequizadora do autoritarismo, seria concentrado num órgão de cúpula, cuja função primordial seria verificar a compatibilidade dos atos dos demais poderes com a Constituição<sup>578</sup>.

Mas as ideias de Kelsen despertaram forte reação da doutrina, especialmente a alemã, capitaneada por Carl Schmitt, para quem ter uma Corte Constitucional como guardiã da Constituição retiraria a criação do direito das mãos da política e seus órgãos, a pretexto de se fazer a interpretação do direito<sup>579</sup>. Outra investida de Schmitt é no sentido de demonstrar como a opção pela instituição de uma justiça constitucional, longe de ser uma necessidade teórica, é uma mera opção política. Desse modo, o tribunal constitucional exerceria um controle supremo do poder político, se sobrepondo ao chefe do Executivo e também ao Legislativo.

Para Carl Schmitt, simplesmente, ao concretizar o sentido do preceito constitucional, o intérprete – poder-se-á falar em uma interpretação autêntica – não está já a julgar, antes está

---

<sup>576</sup> Cfr. CHRISTOPHER WOLFE. *La transformación de la interpretación constitucional*, 1991, pp. 115-116.

<sup>577</sup> Cfr. HANS KELSEN. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 16.

<sup>578</sup> De acordo com HANS KELSEN “a teoria, ainda hoje muito difundida e defendida com os mais diversos argumentos, de que é preciso retirar dos órgãos de aplicação do direito todo e qualquer exame da constitucionalidade das leis, de que se deve conceder aos tribunais no máximo o controle da regularidade da publicação, de que a constitucionalidade da elaboração das leis é suficientemente garantida pelo poder de promulgação do chefe de Estado, e a consagração pelo direito positivo dessas concepções políticas nas próprias Constituições das atuais repúblicas devem-se em boa parte à doutrina da monarquia constitucional, cujas ideias influenciaram, mais ou menos conscientemente, a organização das democracias modernas. In: *Jurisdição constitucional*, 2003, p. 129-130.

<sup>579</sup> Cfr. RAVI AFONSO PEREIRA. *Interpretação constitucional e justiça constitucional*. Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 51.

a legislar. A atribuição de competência para efetuar uma interpretação autêntica da Constituição a um órgão – mesmo com mecanismos que assegurassem a sua independência e imparcialidade – não faria desse órgão um órgão jurisdicional. A atividade desse órgão inscrever-se-ia sempre na função legislativa do Estado<sup>580</sup>.

O autor alemão devotava grande preocupação com a diminuição do poder do Presidente do Reich, diante da ascensão política dos juízes dos Tribunais Constitucionais, o que chama de “aristocracia de toga<sup>581</sup>”. Tal fato, além disso, comprometeria a própria justiça, na medida em que o juiz se imiscuiria em assuntos políticos, comprometendo sua independência e imparcialidade<sup>582</sup>.

Diante de todos estes empecilhos a inviabilizar a criação de uma corte constitucional, o guardião da Constituição, pela Constituição de Weimar, na concepção de Carl Schmitt, seria o Presidente do *Reich*<sup>583</sup>, pois o tribunal constitucional, idealizado por Kelsen a partir da experiência americana, careceria de “neutralidade”.

Em resposta, Kelsen rebate Schmitt com os seguintes questionamentos: “os juízes são, via de regra, nomeados pelo chefe de Estado; não é este o “verdadeiro” detentor do poder político? E se apenas os partidos políticos o são, então a ausência de neutralidade dos juízes não pressupõe a ausência de neutralidade da instância que o nomeia?”. Em conclusão, Kelsen responde que, se a neutralidade garantida através da “independência” é condição essencial para a função de guardião da Constituição, então o chefe de Estado não possui nenhuma vantagem - pelo menos - em relação a um tribunal independente, e isso deixando-se totalmente de lado um fator que, embora não deva ser superestimado, pode muito bem

---

<sup>580</sup> Cfr. RAVI AFONSO PEREIRA. *Interpretação constitucional e justiça constitucional*. 2012, p. 55.

<sup>581</sup> Cfr. CARL SCHMITT. A necessidade de instituições estáticas e de um contrapeso para o parlamento é hoje na Alemanha um problema de características bem diferentes do controle do monarca naquele tempo. Isso é válido tanto para o direito judicial de exame, geral e difuso, quanto para o controle concentrado em uma única instância. A partir da concentração de todos os conflitos constitucionais em um único tribunal composto por funcionários de carreira inamovíveis e, nessa base, independente, seria criada uma segunda câmara, cujos membros seriam funcionários de carreira. Nenhuma estrutura judicial poderia ocultar o fato de que se trataria, em tal tribunal do Estado ou constitucional, de uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma aristocracia da toga. In: *O guardião da Constituição*. Traduzido por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 228.

<sup>582</sup> De acordo com CARL SCHMITT. Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. In: *Ibidem*, p. 233.

<sup>583</sup> Leciona CARL SCHMITT, consoante o conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do *Reich*. In: *O guardião da Constituição*, 2007, p. 233.

fundamentar uma certa superioridade do tribunal: o fato de que o juiz é impelido à neutralidade já por sua ética profissional<sup>584</sup>.

O debate *Kelsen vs. Schmitt* foi de suma importância para o esclarecimento e a compreensão do papel do tribunal constitucional na democracia, principalmente após a 2ª Guerra Mundial. Praticamente todos os países europeus, orientados pela matriz jurídica *civil law ou germânica*, adotaram as cortes constitucionais como guardiãs da Constituição. A título de exemplo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão foi criado em 1951, o Conselho Constitucional francês foi criado em 1958 e o Tribunal Constitucional português foi criado em 1982.

Embora a ideia das cortes constitucionais esteja cunhada no controle de constitucionalidade, na verificação da conformação da lei ordinária com a Constituição, inspirada no modelo norte-americano – *common law* – suas competências não se resumem a estes assuntos. Têm o papel, sobretudo, de interpretar a Constituição, estabelecer o sentido, o conteúdo e a extensão de conceitos indeterminados, principalmente aqueles que comprometem a concretização de direitos fundamentais individuais e sociais.

Como vimos anteriormente, a Constituição é um campo fértil de conceitos indeterminados. É tarefa do intérprete, pois, conferir o sentido, alcance e estabelecer o conteúdo destes conceitos. E no âmbito da justiça constitucional, como pontifica Ravi Afonso Pereira, as cortes constitucionais são encarregadas desta tarefa<sup>585</sup>. No Brasil, fica a cargo do Supremo Tribunal Federal e em Portugal, do Tribunal Constitucional, como dispõe o artigo 102º da Constituição brasileira e os artigos 221º e 223º da Constituição Portuguesa.

No entanto, a interpretação da Constituição não é monopólio das cortes constitucionais. Nesse sentido, Maria Luisa Balaguer Callejon afirma que a “aplicação dos preceitos constitucionais não corresponde apenas ao tribunal constitucional, por ser um trabalho da jurisdição constitucional em sentido amplo, e, portanto, de qualquer tribunal que se veja obrigado a utilizar a Constituição como fundamento direto de suas decisões<sup>586</sup>”. Também vimos em Häberle, Canaris e Juarez Freitas que a abertura interpretativa deve conferir a todos o direito de interferir no processo interpretativo, ainda mais quando a

---

<sup>584</sup> Cfr. HANS KELSEN. *Jurisdição constitucional*, 2003, p. 284.

<sup>585</sup> Cfr. RAVI AFONSO PEREIRA, para o qual, “é justamente a possibilidade e necessidade de interpretar juridicamente a Constituição que justifica a existência de Tribunais Constitucionais”. In: *Interpretação constitucional*, 2012, p. 44.

<sup>586</sup> Cfr. MARIA LUISA BALAGUER CALLEJON. *La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*. Madrid: Editorial Civitas, 1990, p. 35.

realidade tem o poder de alterar a norma positivada (via mutação), ou então alterar a interpretação de seu conteúdo e sentido, permitindo, assim, uma releitura.

Por integrarem o Judiciário, as cortes constitucionais, ao interpretarem determinado dispositivo da Constituição, realizam, por óbvio, interpretação judicial. A questão que se sucede é como este processo interpretativo é realizado, a partir dos métodos colocados à disposição dos intérpretes, de ampla difusão na doutrina. Outro problema orbita a pluralidade de métodos colocados à disposição do intérprete, em que cada um deles pode conduzir a diferentes interpretações, por vezes até mesmo conflitantes.

O debate Kelsen *vs.* Schmitt nunca foi tão atual. A interpretação da Constituição também é causa do ativismo judicial, que não se resume apenas à “criatividade togada”, mas também pelo controle da opção política exercida pelo Tribunal, diante da interferência sobre a competência de outro poder, sem qualquer sinal de deferência.

Por último, necessário enfrentar o problema da densificação de conceitos pelo Judiciário, diante da inércia do legislativo em fazê-lo, e a suposta ausência de legitimidade democrática das cortes constitucionais para tanto. Isso porque, como vimos no capítulo anterior, à interpretação, por situar-se no âmbito da hermenêutica e não do poder constituinte, não altera a Constituição, mas o sentido e conteúdo dos dispositivos constitucionais, conformando-os à realidade sem qualquer violação ao programa normativo da Constituição. Não que isso seja garantia de que todas as interpretações sejam constitucionais. Mas, nestes casos, defere aos demais poderes e a própria sociedade a possibilidade de debruçarem-se sobre aquele conteúdo posto, com vistas a pressionar um autocontrole por parte do Tribunal, ou então fazê-lo a tempo e modo, valendo-se do processo formal de alteração da constituição.

#### **4.2. A insuficiência do Originalismo, do Minimalismo judicial e do Direito como integridade como alternativa à interpretação evolutiva.**

O originalismo em Bork, o minimalismo em Cass Sunstein e o direito como integridade em Dworkin buscam solucionar o problema da interferência dos tribunais sobre questões políticas com ênfase na preservação da opção política, o que se relaciona, diretamente, com a interferência dos Tribunais sobre outros poderes.

Essas teorias também reforçam a necessidade de deferência do Tribunal em relação às opções políticas do Legislativo e do Executivo adotadas diante de cláusulas gerais ou de conceitos jurídicos indeterminados, no intuito de reduzir o ativismo desestruturante.

Cass Sunstein é precursor da teoria dos acordos teóricos incompletos. Para o autor, enquanto o minimalismo procedimental se preocupa em subtrair das mãos do Judiciário as questões de grande controvérsia, deixando-as em aberto, o minimalismo, em seu aspecto substancial, se preocupa com o conteúdo das decisões expresso na fundamentação daquilo que é enfrentado pelo Tribunal<sup>587</sup>. Isto é, deve partir de concepções amplamente difundidas e aceitas no seio social, além de sintéticas. Isso não significa, porém, que uma corte minimalista permita, sob esse mesmo argumento, que os direitos fundamentais sejam solapados ou desprovidos de efetividade.

Ora, se o minimalismo judicial, em seu aspecto substancial, se preocupa com o conteúdo das decisões expresso na fundamentação daquilo que é enfrentado a partir de concepções amplamente difundidas e aceitas no seio social, essa integração é veiculada por meio da interpretação, o que pode descaracterizar o próprio minimalismo, pois a teoria pode não se mostrar efetiva na prática, em razão do subjetivismo incontrolável que pode permear o intérprete. Ou seja, o minimalismo, enquanto teoria, não tem a força de obrigar o exegeta a fundamentar suas decisões a partir de concepções amplamente difundidas no seio social, justamente porque não pode mensurá-las.

Toda concepção apontada como regra no meio social, a reboque de meras alegações das partes processuais, revela-se frágil para sustentar decisões valorativas a pretexto de se concretizar a “vontade da coletividade”, ainda mais se forem contrárias ao texto constitucional.

Qualquer teoria aplicada ao direito, que tenha a realidade social, direta ou indiretamente, como premissa maior para se alcançar a norma em detrimento, corre o risco de apresentar um resultado irreal, não porque esteja errada em sua conformação ou em considerá-la, mas por basear-se em aspectos pessoais travestidos como coletivos apenas na decisão, sem qualquer confirmação prática. É comum o julgador elevar suas convicções pessoais como se também fossem expressão da coletividade, na tentativa insólita de legitimar sua decisão, em casos constitucionais relevantes ou de grande repercussão, mesmo quando à coletividade não tenha sido conferida a oportunidade de influir no julgamento o de ter seu

---

<sup>587</sup> Cfr. CASS SUNSTEIN “[...]. The argument therefore has a great deal to do with the problem of collective choice”. In. *Legal Reasoning and Political conflict*, 1996, p. 39.

ponto de vista considerado a contento, uma das críticas à abertura interpretativa em Peter Häberle.

Sobre o originalismo, pode-se imaginar, inicialmente, que o apego ao texto legal no processo interpretativo expurgaria qualquer possibilidade de consideração da realidade social. No entanto, há controvérsias.

Como sugere Dennis Goldford, o originalismo busca a leitura da Constituição de acordo com as normas ou princípios constitucionalizados pelos seus escritores e ratificadores. Para o autor, “derramar um novo significado em palavras antigas, ou vinho novo em uma garrafa antiga, é central, pois sugere que não ler a Constituição em termos de intenção original, é necessariamente não ler a Constituição<sup>588</sup>”.

Acontece que a leitura da constituição com o olhar de seus requer duas considerações: (1) necessariamente, o intérprete fará uma digressão histórica<sup>589</sup> (2) a vontade do legislador passa a ser confrontada com a vontade da lei (*volunta legislatoris vs. volunta legis*), sendo que a investigação da real intenção dos fundadores e ratificadores da Constituição não permite uma conclusão diferente daquela positivada, sob pena de se recorrer aos aspectos subjetivos da investigação e da interpretação, o que não se admite no originalismo.

Com isso, a interpretação a partir da vontade do legislador histórico também depende da percepção sobre a formulação da lei, como bem aponta Arthur Kaufmann<sup>590</sup>. Ou seja, ao investigar se a vontade do legislador obteve ou não expressão na norma legal, o intérprete realiza uma operação arriscada, diante da possibilidade de se negar o próprio originalismo, se sua conclusão apontar que a vontade dos legisladores fundadores é diferente daquele fixada na lei, o que lhe daria margem para aplicar sua convicção pessoal a pretexto de cumprir a

---

<sup>588</sup> Cfr. DENNIS GOLDFORD. The idea here of pouring new meaning into old words, or new wine into an old bottle, is central, for it suggests that not to read the Constitution in terms of original intent is necessarily not to read the Constitution – that is, that collection of norms or principles “constitutionalized” by the writers and ratifiers – at all. In: *The American Constitution*, 2005, p. 96.

<sup>589</sup> Cfr. ROBERTO PINTO BUENO: “Quando não esteja explícito aos originalistas o sentido da norma lhes caberá buscá-lo lançando mão de todo um repertório gravado, por exemplo, nos textos da história da elaboração do texto do qual se ocupam, ou seja, no caso em questão, a Constituição. Tanto este, como os demais instrumentos têm por finalidade descobrir o genuíno sentido da vontade do legislador originário”. In: *Interpretação Constitucional: a polêmica entre originalismo e não-originalismo*. n.º. 3 (2010): Revista da Faculdade de Direito da PUC/SP, p. 5.

<sup>590</sup> Nesse sentido, ARTHUR KAUFMANN: “não é certamente indiferente que a “vontade do legislador histórico” seja clara ou obscura. A interpretação jurídica não deverá ter em conta uma “vontade do legislador histórico” obscura, uma vez que são admissíveis diversas concepções quanto a configuração concreta dessa “vontade”. A relevância da “vontade do legislador histórico” deverá também depender da questão de saber se essa vontade obteve ou não expressão imediata na norma legal. Aquela só deverá relevar para a interpretação, na medida em que tenha exercido uma influência “perceptível” sobre a formulação da lei. Cfr. ARTHUR KAUFMANN. *Introdução à Filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. org. A. Kaufmann, W. Hassemer; trad. Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira; rev. cient., coord. António Manuel Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 403.

vontade dos legisladores não expressa no texto. Então, o processo de aplicação da Constituição, a partir do seu texto legal, por mais que pareça adequado no originalismo, não pode, na prática atual, se concretizar aos olhos da vontade dos ratificadores da Constituição (*volunta legislatoris*), senão aos olhos da lei (*volunta legis*), o que significa maior deferência em favor da interpretação gramatical, incompatível com a interpretação evolutiva, enquanto conjugação da lei a partir da realidade social.

Já dissemos, baseados nas lições de Lênio Streck, que o debate em torno da *volunta legislatores* e da *volunta legis* é ultrapassado, mas recorreremos a ele ao tratar do originalismo, justamente para apontar o paradoxo acima.

É por isso que não descartamos a interpretação evolutiva como meio de concretização da norma frente às novas realidades, ao mesmo tempo em que buscamos compatibilizá-la com texto Constitucional<sup>591</sup>, o que, segundo João Lemos Esteves, também seria admitido pelo originalismo. Em contrapartida, as mutações constitucionais informais não teriam qualquer chance de admissibilidade.

Essa dificuldade colocou o originalismo, de há muito, num segundo plano dentro da hermenêutica, sendo, como demonstrado, também confrontado pela teoria do direito enquanto sistema aberto (Canaris) ante a necessidade de se investigar se a vontade do legislador histórico foi ou não incorporada a norma legal. E, em caso positivo, o intérprete deve identificar ainda qual a vontade; questionar se foi incorporada corretamente, o que é paradoxo. Um tribunal não conta com os aparatos necessários para buscar a *volunta legislatoris*. Primeiro em razão da escassez de material; segundo diante da falta de tempo e terceiro porque são análises complexas que exigem “observar o observador do observador”, que é quem constrói a história.

Desse modo, o originalismo surge como contraponto ao ativismo, sendo que nos dias atuais se resume a aplicação do texto legal em detrimento da vontade do legislador, diante da dificuldade de investigação que pode em colocar em xeque a própria vontade do legislador expressa na lei, e abrir caminho para sua não aplicação.

---

<sup>591</sup> Sobre a compatibilidade da interpretação evolutiva com o originalismo, João Lemos Esteves ensina que se trata de interpretação literal do texto da Constituição, embora de dimensão evolutiva-retrospectiva. Evolutiva, porque atende aos desenvolvimentos linguístico-semânticos que refletem as mutações sociais; retrospectiva, na medida em que a sua determinação, o seu fundamento constitucional, retroage sempre ao momento fundador da Constituição. O Autor concluiu afirmando que o originalismo não é incompatível com a interpretação evolutiva das regras constitucionais, embora se revele contrário à admissibilidade de mutações constitucionais informais. In. *O originalismo e as mutações informais: notas sinópticas*. Mutações Constitucionais. Coord. Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Moraes, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 276.

Além disso, as teorias não originalistas subvertem a “lógica democrática em que o poder político popular encontra-se traduzida pelos representantes políticos. Ao inverter esta lógica, o não originalismo atribui ao Poder Judiciário uma supremacia que, genuinamente, a tradição da teoria democrática não lhe outorga<sup>592</sup>”.

Em Dworkin, o direito como integridade surge em auxílio ao juiz Hércules, criterioso e metódico<sup>593</sup>, em busca da solução perfeita do caso concreto, diante do sua alta capacidade para analisar todo o material jurídico que circunda a questão litigiosa. Dworkin assenta que “Hércules deve encontrar, se puder, alguma teoria coerente sobre os direitos legais à indenização por danos morais, tal que um dirigente político com a mesma teoria pudesse ter chegado à maioria dos resultados que os precedentes relatam<sup>594</sup>”.

Apesar da abrangência da teoria do direito como integridade, Dworkin não ignora os limites à legitimidade do tribunal, principalmente no que concerne à preservação das opções políticas consentâneas com o bloco de constitucionalidade, ao tratar dos argumentos de princípio e de política. Os argumentos de princípios<sup>595</sup>, a serem empregados nas decisões judiciais, definem direitos que devem ser realizados contramajoritariamente, em conformidade com o texto constitucional, enquanto os argumentos de política<sup>596</sup> definem estados ideais de coisas quanto a aspectos econômico, social e político, os quais são contraindicados para fundamentar decisões, mesmo diante de casos difíceis.

Observe que Dworkin exprime deferência em relação às opções políticas<sup>597</sup>. Mas isso não é suficiente. O argumento de princípio enquanto definidor de direitos exercidos

---

<sup>592</sup> Cfr. ROBERTO PINTO BUENO. Interpretação constitucional: a polêmica entre originalismo e não-originalismo., n. 3. Revista da Faculdade de Direito da PUC/SP, 2010, p. 8.

<sup>593</sup> Cfr. RONALD DWORKIN. *O império do direito*, 1999, p. 288.

<sup>594</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>595</sup> Cfr. RONALD DWORKIN: “os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. In. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 129.

<sup>596</sup> Cfr. RONALD DWORKIN “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, In. *Ibidem*, loc. cit..

<sup>597</sup> Para Miguel Nogueira de Brito, a defesa de Kelsen e a crítica de Schmitt à revisão judicial nos ajudam a compreender os riscos reais da judicialização da política presentes nas democracias constitucionais contemporâneas, agudamente sentidas durante a atual crise do euro. Leciona o renomado jurista Português: Judicial control is only possible, according to Schmitt, regarding norms with na uncontroversial determinable content which make possible a mere subsumption of the case: the judge applies the constitutional norm to the case at hand and refuses to apply the legal norm. However, when the constitutional norm has the nature of a principle this is no longer possible: the judge must decide a conflict over the content of a wholly indeterminate norm. He must establish in an authoritative way a normative content that was previously in doubt. But when the judge decides over the content of an indeterminate constitutional norm he will be no longer acting as a judge but as a true legislator. So, according to Schmitt, the judiciary has no legitimate role to play in such cases. In Schmitt's Spectre and Kelsen's Promise: The Polemics on the Guardian of the Constitution. *e-Book: Judicial Activism An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. Editores: Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre e Steven D. Smith, 2015, p. 97.

contramajoritariamente permite construção teórica que exige do intérprete o socorro dos princípios<sup>598</sup>. Isso porque, como aponta Dworkin, uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, e uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas, por quais autoridades e em que circunstâncias<sup>599</sup>.

Tanto que nem a ponderação, como mandamento de otimização, afasta o casuísmo, pois, ao final da operação, o intérprete aplica um princípio em detrimento do outro sob a justificativa de que o escolhido é o mais adequado ao caso<sup>600</sup>. Na verdade, isso não deixa de ser uma exclusão moldada axiologicamente, que pode ser invocada em sobreposição a lei, mediante “ponderação” de princípios altamente sofisticados e indeterminados<sup>601</sup>.

Consequência disso é a erosão da força normativa da Constituição, algo em voga atualmente no Brasil. E uma das críticas feitas neste trabalho é, justamente, o recurso aos princípios<sup>602</sup> como ferramenta motriz das decisões judiciais abstratas, assentadas no casuísmo, no que Lenio Streck denomina *pamprinciopilogismo*, empregado no exercício da jurisdição constitucional performativa a serviço do “bem”.

A adequação e coerência do romance em cadeia não impede que o juiz recorra a suas convicções pessoais ou faça concessões a pressões. Na verdade, a adequação e coerência, sem descurar da importância teórica, defere maior abertura ao intérprete, que poderá se sentir autorizado a decidir o que quiser, desde que sua decisão seja adequada e coerente. Mas adequada e coerente com o quê? Com o que ele pensa ou com o que a lei diz?

---

<sup>598</sup> Cf. RONALD DWORKIN. “os juízes devem tomar suas decisões sobre o “common law” com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado”. In. *O império do direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 292-293.

<sup>599</sup> Ibidem, p. 292.

<sup>600</sup> Cfr. ROBERT ALEXY. Teorias dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 611.

<sup>601</sup> Cfr. JOACHIM RÜCKERT. “Tanto rigidez normativa quanto ponderação devem ser otimizadas, cada uma, entretanto, em seu lugar, mantendo-se a rigidez acima de tudo. Pois a função do direito significa garantir durabilidade às expectativas, organizando a segurança das expectativas. Isso vale também para a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito como o de “ponderação”. In. *Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional*. Revista direito GV, São Paulo, v. 14 n. 1, jan-abr, 2018, p. 267.

<sup>602</sup> Contra Dworkin, Kaufmann se pergunta “si los principios generales del derecho no resultan demasiado abstractos y pobres de contenido como para que sólo de ellos pudiera llegarse a concretas decisiones jurídicas correctas”<sup>49</sup>; y sugiere, además, que no parece adecuado plantear una única solución correcta en el ámbito normativo -hermenéutico-, cuando normalmente “muchas diferentes proposiciones jurídicas sobre el mismo problema podrían ser igualmente ‘plausibles’ (...) y en ese sentido ‘correctas’”. Cfr. CRISTÓBAL ORREGO. La analogía entre la analítica y la hermenéutica: H. L. A. Hart y Arthur Kaufmann. *Persona y Derecho*, 47 (2002), p. 429.

O direito como integridade não permite traçar o perfil do exegeta, assim como não garante qualquer lisura no processo interpretativo, apesar do brilhante apego teórico. O que quero dizer é que tanto os argumentos de princípio como os de política possuem margem de discricionariedade suficiente para justificar uma decisão como adequada e coerente, conforme Kaufmann<sup>603</sup>. O risco disso é o direito escambar para a moral, ante a possibilidade de se estabelecer a justiça do caso em detrimento da norma<sup>604</sup>.

Por trás da realidade, há elevada carga de subjetivismo que leva ao casuísmo, uma ameaça à segurança jurídica. Como ensina Kaufmann, caso (fatos) e norma (dever-ser) são somente a matéria-prima do processo metodológico que precisam ser enriquecidos com empirismo, devendo tal correspondência ser fundamentada argumentativamente<sup>605</sup>. Ocorre que o ser vive sua realidade e a enxerga a partir da posição em que está, de acordo com suas convicções religiosas, culturais, políticas e sociais. O juiz também pode utilizar essas “qualidades” no processo constitucional.

Outra questão que se coloca é o risco de a força normativa da Constituição, como aponta Hesse, sucumbir não diante da realidade, mas da vontade do exegeta. É que a interpretação da Constituição permite, inevitavelmente, o recurso a vários vetores subjetivos, com apelo a emoção e as crenças pessoais e, até mesmo, a pressões de segmentos da sociedade, o que fomenta a jurisprudência dos valores<sup>606</sup>, tanto em Dworkin como em

---

<sup>603</sup> Para Arthur Kaufmann, “um dos muitos problemas é saber se os princípios gerais do direito não serão demasiado abstractos e pobres de conteúdo para que se possa chegar a concretas decisões jurídicas correctas apenas a partir deles. E haverá sempre, como pensa Dworkin, uma só e única solução correta, ainda que apenas para um Hércules”? Ou não será antes verdade que no plano normativo não se verificam as modalidades próprias do descritivo como “impossível”, “necessário”, “concordante”, “convicente”, de tal modo que várias proposições jurídicas completamente diferentes sobre a mesma questão podem ser igualmente “plausíveis” (o jurista falará, de preferência, em “defensáveis”) e neste sentido “correctas”? Não será fácil responder a esta questão”. In. *Filosofia do direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pp. 77-78.

<sup>604</sup> Cfr. HUMBERTO ÁVILA. “Em primeiro lugar, como as regras têm a função de pré-decidir o meio de exercício do poder, elas afastam a incerteza que surgiria não tivesse sido feita essa escolha. É justamente para evitar o surgimento de um conflito moral e para afastar a incerteza decorrente da falta de resolução desse mesmo conflito que o Poder Legislativo opta pela edição de uma regra”. In. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 113.

<sup>605</sup> “Caso e norma são somente a «matéria-prima» do processo metodológica, não sendo, sequer, possível fazê-los corresponder enquanto não forem trabalhados, por se situarem em planos categóricos diferentes. A norma pertence ao dever-ser definido de forma abstracta-geral, o caso, com os inúmeros factos, ao ser amorfo, não estruturado. A correspondência entre ambos só se torna possível após caso e norma terem sido, respectivamente, enriquecidos com empirismo e normatividade, de tal maneira que se «correspondam», devendo tal correspondência ser fundamentada argumentativamente”. Cfr. ARTHUR KAUFMANN. *Introdução à Filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. org. A. Kaufmann, W. Hassemer; trad. Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira; rev. cient., coord. António Manuel Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 191.

<sup>606</sup> Cfr. MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA: “[...] jurisprudência dos valores, não corresponde a uma garantia consistente dos direitos, já que, por um lado, submete o exercício desses direitos a um cálculo de custo/benefício, e, por outro, faz do tribunal um poder legislativo de segundo grau, a controlar, de uma perspectiva legislativa e não jurisdicional, as escolhas políticas legislativas e executivas, assim como as

Alexy<sup>607</sup>. Todas as teorias acima apontadas visam equilibrar forças em favor do texto constitucional, mas apresentam falhas, sendo o direito como integridade a que mais confere margem à construção axiológica.

Arthur Kaufmann também tratou da relação caso e norma, embora não tenha enfrentado a questão da manipulação. Para o autor, “a configuração de uma norma legal como «*tipo legal*» (interpretação) acontece perante o caso; a configuração do caso como uma «correlação de factos» (construção) acontece perante a norma legal – e esta configuração é sempre um acto criativo, que precede a subsunção (se bem que, nos casos «claros» configuração e subsunção parecem reduzir a um só acto)<sup>608</sup>”. É justamente por ser um ato criativo precedente que a configuração e subsunção dos fatos a norma legal é motivo de preocupação, ante o risco de manipulação dos fatos.

A interpretação evolutiva, igualmente, está sujeita ao olhar para além do texto positivo. O exegeta recorre à interpretação evolutiva a pretexto de atualizar o sentido jurídico de algum termo constitucional, adequando-o a realidade social. Todavia, nem sempre o intérprete está imbuído de boa-fé ou conhece, de facto, a realidade social. Isso também pode ser um alibi desprezioso para fazer prevalecer aspectos morais em detrimento do que verdadeiramente diz o texto constitucional<sup>609</sup>.

De acordo com Böckenförde, não há alteração da constituição quando os pressupostos fáticos do tipo constitucional são modificados. A norma enfrenta a realidade social que mudou<sup>610</sup>. Não há qualquer referência à admissão da nova realidade social com força para alterar o programa normativo-constitucional, até porque é a partir deste que a realidade social se conforma.

No entanto, se a interpretação evolutiva for efetivada a partir de ponderação ou argumentos de princípio, é fácil concebê-la em contrariedade à Constituição, o que reduz sua

---

concepções de vida digna dos cidadãos, à luz do que seus 11 Ministros consideram ser o melhor – e não o constitucionalmente adequado – para a sociedade brasileira”. In. Direito, política e filosofia: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007, p. 120-121.

<sup>607</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, pp. 315 e ss.

<sup>608</sup> Cfr. ARTHUR KAUFMANN. Introdução à Filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. org. A. Kaufmann, W. Hassemer; trad. Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira; rev. cient., coord. António Manuel Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 191.

<sup>609</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, op., cit., pp. 321-322.

<sup>610</sup> Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 1993, pp. 185-186.

força normativa a pó<sup>611</sup>. Tal fato decorre do alto grau de abstração inerente aos princípios que podem, facilmente, subsidiar uma interpretação contrária ao texto da Constituição, impondo uma leitura valorativa e casuística<sup>612</sup> em detrimento da legalidade, o que, inevitavelmente, escamba para a moral<sup>613</sup> e gera insegurança jurídica, além de trespassar o princípio democrático.

#### **4.3. Alteração de conceitos constitucionais pelo tribunal constitucional e mutação constitucional**

A Constituição lança mão de inúmeros conceitos<sup>614</sup>, como já vimos, cujo grau de abstração é visto pelo tribunal como uma carta branca para interpretá-los da melhor maneira que lhe aprouver, imbuído de subjetivismo. Como lecionam Georges Abboud e Júlio Cesar Rossi, cria-se “por encomenda, princípios a depender da necessidade de ponderar no caso, sem o menor constrangimento<sup>615</sup>”. Primeiro a decisão, depois o fundamento.

Todavia, não deveria ser assim. Acerca do decisionismo e da discricionariedade, ímpares são as lições de Sérvulo Correia, que apesar de voltadas à administração, plenamente sindicáveis aos juízes, no sentido de que a “abertura da previsão nunca pode ser total: da norma ou do concurso de normas que regem o ato administrativo tem de poder extrair-se o núcleo essencial do tipo de situação sobre a qual poderá incidir o exercício do poder<sup>616</sup>”. Ainda sobre a discricionariedade, Herbert Hart afirma que, diante de casos difíceis ou sem soluções previstas na lei preestabelecida, “os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se

---

<sup>611</sup> Cfr. RUI BARBOSA. “Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas tem a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”. In: *Comentários a Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 489.

<sup>612</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS. “A partir do momento em que direitos individuais são transacionados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor e tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização”. In: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 321.

<sup>613</sup> Cfr. HERBERT HART. *O conceito de direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

<sup>614</sup> Para ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, são fatores que influem na interpretação como processo de mutação: O caráter sintético, genérico e esquemático das normas constitucionais; a linguagem do texto constitucional, eivada de termos sem significação definida, vagos, equívocos, que abrigam conceitos elásticos, que evoluem com o tempo e que condicionam a interpretação. In: *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 57.

<sup>615</sup> Cfr. GEORGES ABOUD e JÚLIO CESAR ROSSI. *Riscos da ponderação à brasileira*. Vol. 269, Curitiba: Revista de Processo, 2017, pp. 109-138.

<sup>616</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA. *Legalidade*, 2013, p. 492.

libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usa-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos<sup>617</sup>”.

Não pretendemos restringir a atividade interpretativa à interpretação literal ou retirar do intérprete a liberdade de interpretar o texto constitucional. Nossas críticas são voltadas à interpretação contrária as normas constitucionais, aos seus princípios basilares.

Atribuir novo sentido aos conceitos constitucionais não é tarefa tão simples como se pode imaginar, ou como a prática forense comumente sugere. Tampouco acontece de um dia para outro<sup>618</sup>. É necessário captar a dimensão do novo sentido atribuído ao conceito no seio social, através da mutação constitucional<sup>619</sup> ou da interpretação evolutiva, que não pode decorrer de aspirações momentâneas, sem respaldo histórico-social, tal como apregoa J.J. Gomes Canotilho<sup>620</sup>.

Não podemos perder de vista a cisão feita entre interpretação evolutiva e mutação constitucional. Quando o sentido de algum conceito é alterado sem contrariar o texto expresso, estamos diante de interpretação evolutiva. Por outro lado, quando o sentido empregado ao conceito contraria o texto expresso da constituição, estamos a tratar de mutação constitucional, manifestação do poder de reforma, desde que compatível com os princípios estruturantes do direito e programa normativo, o que reduz, drasticamente, as chances de ser reconhecida em constituições rígidas e prolixas como a brasileira e a portuguesa.

---

<sup>617</sup> Cfr. HERBERT HART. *O conceito de direito*. 1994, p. 336.

<sup>618</sup> Cfr. CRISTINA QUEIROZ. A normatividade social, que encontra a sua expressão em numerosos princípios jurídicos, modifica-se no fluxo imperceptível do quotidiano, operando-se uma lenta evolução das normas, podendo ocorrer que o sentido destas, apesar de o texto permanecer inalterado, sofra uma revolução completa, enquanto na consciência dos membros da comunidade se mantém a continuidade do direito. In: *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 111.

<sup>619</sup> De acordo com ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição. In: *Processos informais*, 2015, p. 57.

<sup>620</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. Uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e, outra coisa, é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente incompatíveis pelo programa da norma constitucional. Uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme. A necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais, que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento desta mutações constitucionais silenciosas (*‘stille Verfassungswandlungen*) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional. In: *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 1229.

A alteração da constituição é definida pelo poder de reforma, cujas regras são previamente estabelecidas. Vimos que a interpretação evolutiva não pode representar contrariar o texto legal.

É paradoxo pensarmos na teoria do poder constituinte enquanto expressão popular por parte dos representantes reunidos em assembleia, em Sieyès, ao mesmo tempo em que o reconhecimento da mutação constitucional fica a cargo do Tribunal Constitucional, numa atividade completamente anômala, ainda mais quando o poder constituinte conferiu ao órgão legislativo o imperativo de alterar a constituição, tal como assinala Carré de Malberg<sup>621</sup>.

O problema disso é a desfiguração contínua da Constituição, ou melhor, a banalização da atividade da jurisdição constitucional em tempos de constituições rígidas e prolixas, onde quase todos os assuntos ganham *status* constitucional. Como forma de ultrapassar os limites estabelecidos pela própria Constituição, qualquer brecha ou liberdade de conformação extraída do texto constitucional, ao invés de ser exercida pelo Legislativo ou Executivo, passa, necessariamente, pelo crivo do judiciário que poderá revê-la a pretexto de realizar o controlo de constitucionalidade.

Ora, se não temos constituições costumeiras ou semirrígidas, a mutação constitucional está mais para o constitucionalismo norte-americano<sup>622</sup> que para o constitucionalismo francês. Isso porque, como dito, é incompatível com a teoria do poder constituinte em Sieyès, ao mesmo tempo em que encontra ressonância no sistema *common law*, na medida em que, como defende Jellinek<sup>623</sup>, a constituição norte-americana de 1787 foi

---

<sup>621</sup> Cfr. CARRÉ DE MALBERG. “Así pues, la separación entre las funciones jurisdiccionales y administrativas responde ante todo a la necesidad de proveer a los ciudadanos de jueces que estatuyan con plena independencia de espíritu. Es esto una necesidad cuya demostración perentoria proporcionó Montesquieu (Esprit des lois, lib. XI, cap. VI). Pero esta separación se funda también en la necesidad de someter la jurisdicción a formas de procedimiento destinadas a proporcionar a los administrados y a los litigantes garantías de veracidad, o sea de conformidad a la ley, o de alta imparcialidad, en el derecho que debe serles pronunciado”. In: Teoría General del Estado. México DF: Fondo de cultura económica, 2001, p. 762.

<sup>622</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. *Reforma y mutación de la Constitución*. Traduzido por Christian Föster. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2018, p. 14.

<sup>623</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. Cuando los americanos, que fueron los primeros en declarar como principio constitucional la separación de poderes, determinaron según su Constitución la existencia de estados miembros y el Estado de la Unión, era para ellos evidente que todos los poderes originariamente pertenecían al pueblo, quien por medio de la Constitución los atribuye a órganos particulares para que lo representen. Como punto de vista de unificación de todos los poderes, se reconoce en el preambulo de la Constitución americana al pueblo. Los poderes individuales, estrictamente delimitados, están concedidos (*granted*) o reservados (*vested*), esto es, concedidos a los órganos designados, conforme ala Constitución; de suerte que, según la teoría oficial, el pueblo reúne en sí todos los poderes y puede disponer de nuevo de ellos mediante un cambio de Constitución. In: *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando De Los Rios México-DF: FCE, 2000, p. 453.

concebida a partir da repartição tripartite de poderes em Montesquieu<sup>624</sup>, calcada no sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), o que confere certo protagonismo ao Judiciário<sup>625</sup>, não se resumindo ao de juiz “boca da lei”.

Mas não é isso que ocorre no Brasil e em Portugal. O Tribunal Constitucional não tem o menor pudor de contrariar o texto expresso da Constitucional a pretexto de concretizar a vontade popular. Ou seja, o Tribunal julga-se legítimo representante do povo, o que não é verdade. Assim, patente à inspiração norte-americana, mesclada ao reforço popular em Sieyès como pressuposto de legitimação, para vencer a força normativa das constituições rígidas, embora, como vimos, a Constituição norte americana seja principiológica, o que amplia, naturalmente, a margem de atuação do intérprete<sup>626</sup>. Tanto que houve tempos em que o *Supreme Court* foi criticado justamente pelo seu viés ativista (*Warren Court e Burger Court*).

A propósito, um bom exemplo para ilustrar interpretação contrária à Constituição é o Habeas Corpus 124.306/RJ em trâmite no Supremo Tribunal Federal brasileiro, de relatoria inicial do Ministro Marco Aurélio, mas que teve como relator do acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso, após voto-vista vencedor seguido pelos demais membros da Primeira Turma do Pretório Excelso.

Os pacientes deste *habeas corpus* foram presos em flagrante pelo suposto cometimento dos crimes descritos no artigo 288 (formação de quadrilha), combinado com o artigo 126 (provocar aborto com o consentimento da gestante), em concurso material – por quatro vezes –, ambos do Código Penal brasileiro, e pleiteavam a revogação da prisão preventiva.

---

<sup>624</sup> Cfr. GEORG JELLINEK. El Plan of government de las constituciones de los Estados miembros descansa, hasta donde es posible - ya que una completa realización del principio no era ni posible ni deseada en America-, sobre el principio de la división y equilibrio de los poderes, debido no sólo al predicamento de que gozaba entonces la doctrina de Montesquieu, sino tambien, porque, como hemos dicho, la historia constitucional de las colonias es muy peculiar y al desviarla de Inglaterra la conduce a una exigencia analoga a la de Montesquieu en que respecta a las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo. In *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando De Los Rios. México-DF: FCE, 2000, p. 468.

<sup>625</sup> Cfr. UADI LAMMEGO BULOS. “Mas a mutação constitucional deve ser confrontada perante a teoria do poder constituinte, principalmente no que concerne a questão da soberania popular como expressão do princípio democrático”. In. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 150.

<sup>626</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. “A autoridade do *Supreme Court* permitia assegurar a ligação entre permanência e mudança e fazer da republica nascente uma «comunidade para o desenvolvimento», segundo a noção de Harrington. As suas funções de garantia da Constituição asseguram ao mesmo tempo a respectiva abertura a realidades em mutação e impedem que sejam postos em causa, pelos representantes do povo e não pelo próprio povo, os resultados da Revolução Americana”. In. *Constituição constituinte*, p. 56-57.

O Supremo Tribunal Federal concedeu ordem de ofício e revogou a prisão preventiva dos pacientes. Aliás, esse era o único objeto do Habeas Corpus 124.306/RJ, tanto que o relator inicial, Ministro Marco Aurélio, tinha se limitado a fazer esta análise.

Ocorre que no julgamento realizado em 29.11.2016, o Ministro Luís Roberto Barroso extrapolou os limites das matérias de fato e de direito suscitadas no *Habeas Corpus* 124.306/RJ, e passou a discutir a descriminalização do aborto, numa guinada deturpadora de conceitos constitucionais estáveis, máxime a vida humana.

Sem qualquer respaldo na Constituição Federal e tampouco no Código Penal brasileiro, que só exclui a punibilidade do aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, o Ministro Luís Roberto Barroso, a pretexto de realizar interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 a 126 do Código Penal brasileiro – que tipificam o crime de aborto – firmou a tese de que o aborto realizado até o terceiro mês de gestação não constitui crime, sem qualquer respaldo legal ou constitucional.

Contudo, não há nenhuma lei brasileira neste sentido. Há, justamente, lei em sentido contrário, tipificando o crime de aborto realizado a qualquer tempo, o que afasta qualquer hipótese de omissão legislativa sobre o assunto. A justificativa dessa decisão calca-se, segundo o ministro, no fato de que a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher (os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria), bem como o princípio da proporcionalidade.

Impende destacar, em primeiro lugar, que a Constituição da República Federativa do Brasil consagra em seu artigo 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida. E é justamente este conceito que sofreu profunda alteração com a decisão proferida no Habeas Corpus 124.306/RJ, sem que tenha sofrido qualquer mutação ou evolução.

Na decisão, o Ministro citou duas concepções sobre o início da vida. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, ou seja, desde o momento em que o

espermatozóide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno

No entanto, o ministro adotou a teoria mais equidistante, incompatível com o direito a vida. Isso é fazer interpretação conforme a Constituição? Será que esta é a interpretação que mais se coaduna com o texto Magno? Se a Constituição, no artigo 5º, *caput*, protege, sem exceção, a vida humana, o dever de proteção legal se estende a todas as formas de vida humana e, portanto, à vida intrauterina.

A adoção de teoria mais danosa ao direito à vida, no tocante ao seu início, viola também o artigo 4º, item 01, do Pacto de San José da Costa Rica, segundo o qual “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

O Ministro diz que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. E com 03 (três) meses e 15 dias ou 04 (quatro) meses de gestação o feto já teria autonomia para resistir fora do útero materno? E mais: se há controvérsia até mesmo no âmbito da biomedicina, no que tange ao início da vida, por que ser tão radical e fixar em 03 (três) meses o interregno despenalizador do aborto?

Ora, a fixação deste limite temporário despenalizador do aborto não encontra qualquer guarida na legislação brasileira. Ao inserir esta discussão no âmbito do objeto do HC 124.306/RJ, o Ministro Luís Roberto Barroso extrapolou sua competência e invadiu o âmbito de atuação reservado constitucionalmente ao Poder Legislativo, o que viola o princípio da separação dos poderes<sup>627</sup>, principalmente quando a maioria da sociedade brasileira é contra o aborto, segundo apontam os institutos de pesquisa<sup>628</sup>.

E o pior de tudo. Sob o prisma da abertura interpretativa da constituição proposta por Peter Häberle, fonte legitimadora da participação popular na interpretação constitucional, é antidemocrático tomar decisão desta magnitude, desamparada por qualquer precedente da

---

<sup>627</sup> Cfr. DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, ao se referir ao Tribunal Constitucional Espanhol: fora do limite que supõe para a jurisdição ordinária, a primazia do Tribunal Constitucional, nos termos expostos, os juízes e tribunais têm como função própria prevista pela vigente Lei Orgânica do Poder Judicial de 1985, que mantém a tradicional separação de poderes entre a jurisdição e os restantes poderes do Estado. In: *Función judicial e interpretación de la ley*. Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico. Vol. 65, nº 3, 1996, p. 588.

<sup>628</sup> Cfr., pesquisa em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-59-dos-brasileiros-sao-contrarios-a-mudancas-na-atual-lei-sobre-o-aborto.ghtml>. Acesso em 10.03.2019.

Corte, sem ampliar o debate. O intérprete, como se viu no caso citado, lança mão da discricionariedade desde o primeiro instante, quando deveria usá-la em última instância, após, como sugere Karl Engisch, considerar as concepções de setores populacionais em valoração objetiva<sup>629</sup>.

Como vimos no tópico anterior, este caso é exemplo clássico do uso dos princípios e dos valores, em que o juiz pretende legitimar sua decisão na coletividade, sem qualquer garantia de que o entendimento expresso na decisão realmente é compatível com o desejo da maioria. São mais argumentos performativos, naquilo que Habermas chama de justiça do caso, independentemente do que o direito positivo afirma. Um convite à arbitrariedade<sup>630</sup>.

Não há qualquer fundamentação ou justificação de como o processo interpretativo utilizado no HC 124.306/RJ – interpretação conforme a constituição – pode acarretar a mitigação da inviolabilidade do direito a vida. Nesse ponto, há de se destacar, o contributo de Fernando Azevedo Moreira em relação à interpretação dos conceitos indeterminados. Para o autor, identificada a situação de fato, surgem duas premissas intermediárias, onde residiriam os problemas típicos da interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados, a chamada zona de dúvida, onde não é possível suceder à subsunção imediata do fato à hipótese legal. Superada a zona intermediária em que residia a dúvida, o intérprete está pronto para submeter o fato à norma oriunda da interpretação<sup>631</sup>.

É nesta zona de dúvida que a decisão deveria fundamentar e justificar a mitigação da inviolabilidade do direito a vida, o que não existe, pois, dentre as teorias acerca do início da vida humana, foi considerada aquela mais equidistante e mais danosa à inviolabilidade deste direito fundamental. Ademais, embora já tratado no item anterior, é evidente o recurso a princípios como mecanismo de reforço da tese adotada na decisão contramajoritária.

---

<sup>629</sup> KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, pp. 236-237.

<sup>630</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS. Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito - e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. E certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas normas se ajuntam num sistema afinado o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. Aquilo que é o melhor para cada um de nós não coincide eo ipso com aquilo que é igualmente bom para todos. In. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 323.

<sup>631</sup> Cfr. FERNANDO AZEVEDO MOREIRA. *Conceitos indeterminados: sua sindicabilidade contenciosa em Direito Administrativo*. Lisboa: Vulgus, 1985, p. 40.

Não há que se falar em interpretação evolutiva porque os sentidos atribuídos aos conceitos são contrários ao texto expresso. Seria possível invocar a mutação constitucional, já que a interpretação empregada no caso colide com o texto constitucional. Mas no caso estamos a tratar de direito fundamental, insuscetível de exclusão via mutação porque afeto a dignidade da pessoa humana e aos princípios estruturantes. O mesmo se diga em relação à presunção de inocência *vs.*, cumprimento antecipado da pena após condenação em segunda instância, objeto das ADC's n° 43 e 44<sup>632</sup>.

Para Anna Cândida Ferraz, se a interpretação é importante fator de concretização da mutação constitucional (atribuição de novo sentido a conceito clássico), também é verdade que a interpretação inconstitucional leva à mutação inconstitucional, se o Tribunal insistir em mantê-la. No entanto, a partir do momento em que a interpretação é tida por inconstitucional, cessa, de imediato, seu poder de modificação informal da Constituição, maculando assim a mutação. É que a interpretação precede a mutação. A interpretação, em desconformidade com a Constituição, não tem força para alterá-la, sob pena de colocar em risco a ordem democrática.

Ora, se as emendas constitucionais devem obediência aos princípios estruturantes em que se baseia a ordem constitucional, como expressão do poder constituído, sujeitas que são ao controle de constitucionalidade, do mesmo modo, a mutação constitucional deve obediência ao arquétipo constitucional para então ingressar na ordem constitucional. Não pode representar a alteração de sentido de um conceito, que, por sua vez, é incompatível com outras normas da Constituição.

No plano dogmático é assim. Na prática, porém, quando a interpretação inconstitucional provém do tribunal constitucional, produz seus efeitos até ser alterada pelo próprio Tribunal, ou venha a ser objeto de emenda constitucional. Esse criacionismo maculado de inconstitucionalidade na origem não pode legitimar o poder constituinte informal ou difuso das cortes constitucionais, posto que incompatível com a teoria do poder constituinte em Sieyès, bem como no constitucionalismo norte-americano, calcado na democracia popular e na estruturação dos poderes em sistema de freios e contrapesos. Na verdade, a vingar essa ideia, o Judiciário é alçado a poder híbrido (regulador), que além de

---

<sup>632</sup> Sobre ADC's 43 e 44, cf. DIEGO CREVELIN DE SOUSA. In. Sobre a impossibilidade de prisão pena antes do trânsito em julgado. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-80>>. Acesso em 13.04.2019.

suas competências, também pode investir sobre a seara de outros poderes quando bem entender, sem, no entanto, lograr de legitimidade.

Vê-se, portanto, que é comum o Tribunal Constitucional atribuir novo sentido a conceitos constitucionais (inviolabilidade do direito a vida, por exemplo), sem qualquer evolução ou respaldo histórico-social a embasar a alteração e, via de consequência, a mutação constitucional, sendo evidente que os métodos interpretativos não são suficientes para evitar a criação *ex lege* e *contra lege* do direito. Ao contrário, os métodos servem de estratagem para o exegeta fundamentar qualquer interpretação, seja para manter o conteúdo do conceito, ou para alterá-lo, indiscriminadamente, como se viu no HC 124.306/RJ e parece ser um debate infindável nas ADC's n° 43 e 44.

#### **4.4. O silêncio como opção política e a interpretação evolutiva como meio de colmatação de lacunas: análise a luz da separação de poderes**

Enquanto expressão do poder de reforma, cabe ao Legislativo alterar formalmente a Constituição. Baseado nisso, a primeira questão que se coloca é saber se a omissão legislativa autoriza a atuação positiva do Tribunal Constitucional para alterar, informalmente, a Constituição, via interpretação evolutiva e sua possível conformação com a cláusula de separação dos poderes.

A esse respeito, Habermas aponta que a ampliação das funções da justiça, praticamente inevitável, porém perigosa do ponto de vista normativo, sobrecarrega o tribunal constitucional com tarefas de uma legislação concorrente, a amparar a superação do Estado Liberal que se transforma no Estado intervencionista e do bem-estar social<sup>633</sup>. Além disso, Habermas ainda registra outros dois pontos em que se fundam suas críticas a jurisdição constitucional: jurisprudência de valores, orientada por princípios com comparação entre bens (na Alemanha); e controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América.

Já Jorge Reis Novais ensina que a separação de poderes não pode ser vista apenas em sua dimensão negativa, subjacente a ideia de poderes estáticos, e sim em sua dimensão positiva “de ordenação adequada das funções estatais e dos órgãos a quem elas são confiadas no quadro da estruturação racional de uma ordem de conveniência humana e de estabilização

---

<sup>633</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2ª ed. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 298.

de uma unidade limitada do Estado<sup>634</sup>”, o que não autoriza a atuação usurpadora dos Tribunais.

Essa concepção dinâmica dos poderes denota preocupação latente de a atividade dos tribunais constitucionais substituir a atividade legislativa, tornando-os mais propensos a juízos verdadeiramente políticos, numa sobreposição e intromissão derogadora de independência e harmonia dos poderes, numa escalada vertiginosa de politização das decisões jurídico-constitucionais.

Habermas aponta para o entrechoque entre os poderes constituídos, decorrente da gama de poderes atribuídos ao tribunal constitucional, superpoder detentor da última palavra em assuntos constitucionais, com reflexo direto sobre a atividade legiferante e administrativa, relegando os demais ao segundo plano<sup>635</sup>. O autor defende uma instância inaugurada pelo próprio legislador com a participação de juízes, para se analisar a constitucionalidade das leis, como forma de preservar a separação de poderes<sup>636</sup>. A interferência provocada pelo controle de constitucionalidade sobre a atividade do legislativo simboliza, em seu núcleo, não a autoridade do tribunal constitucional, mas o autoritarismo, que, embora não ocorra em todos os casos, o simples risco de ocorrer já coloca em xeque a necessidade dessa sobreposição do tribunal ao legislador<sup>637</sup>.

Esse problema, como destaca Lenio Streck é ainda maior do Brasil, que, além do controle concentrado, também realiza o controle difuso de constitucionalidade<sup>638</sup>. O autor

---

<sup>634</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*. Lisboa: Lex, 1997, p. 38.

<sup>635</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. I, 2003, p. 299.

<sup>636</sup> *Ibidem*, p. 300.

<sup>637</sup> Cfr. LENIO STRECK. Na visão da teoria do discurso sustentada por Habermas, a lógica da divisão de Poderes exige uma assimetria no cruzamento dos Poderes do Estado: em sua atividade, o Executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois Poderes através do Executivo. A lógica da divisão de Poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo. A concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato (sic) de normas. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, para o jusfilósofo alemão, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o que pode assumir as proporções de um processo judicial. In: *Verdade e consenso*, 2011, p. 85.

<sup>638</sup> Cfr. LENIO STRECK. Parece inexorável – aliás, isso não deveria causar nenhuma surpresa – que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado: de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por maiorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais. Daí o constante questionamento da legitimidade de o Poder Judiciário (justiça constitucional) deter o poder de desconstituir atos normativos do Poder Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo, questão que

afirma ainda que “apesar das divergências teóricas, ninguém pode, por exemplo, apoiar-se no procedimentalismo ou no substancialismo para justificar posturas *self-restraining* do Supremo Tribunal Federal para negar direitos fundamentais. E tampouco para incentivar decisionismos e arbitrariedades (cuja origem está na discricionariedade positivista, da qual a hermenêutica e a teoria discursiva são inimigas figadais)<sup>639</sup>”.

É motivo de preocupação, dessarte, quando decisionismos e arbitrariedades decorrem daquele órgão que deveria guardar a ordem constitucional, que deveria zelar pelos direitos fundamentais, no caso, o Tribunal Constitucional. Só neste trabalho, há exemplos dos mais variados. Relembro os casos da prisão após a confirmação da condenação de primeiro grau pelo tribunal de apelação *vs.*, presunção de inocência; e do aborto até o terceiro mês de gestação *vs.*, direito a inviolabilidade da vida humana. A leitura correta da Constituição para uns, pode não ser para outros, e os métodos de interpretação, clássicos ou modernos, estão aí para satisfazer a todos os gostos.

A propósito, Paulo Bonavides fala que a “crise do Judiciário brasileiro tem sido assim em grande parte a crise do Supremo, crise, portanto, de um Tribunal não raro contraposto ao espírito da Constituição e de suas fórmulas principiológicas, das quais ele, por escrúpulo de envolvimento em questões políticas, às vezes se mantém reservado e arredo desertando não raro a causa constitucional<sup>640</sup>”. Finaliza o renomado jurista afirmando que “flutua o Judiciário brasileiro diante de pressões cujas ondas o fazem oscilar entre a cidadania e o capital, entre a independência e a submissão, entre a lei e o arbítrio, entre a razão e a vontade, entre o princípio e a regra, entre a democracia e o elitismo<sup>641</sup>”.

O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, com o caso *Marbury vs. Madison*, no lumiar do século XIX, fez florescer o sistema de *checks and balances*, com o fim de controlar, a princípio, a legalidade dos atos dos demais poderes, garantindo o equilíbrio entre eles e, ao menos em tese, o respeito à Constituição.

Ora, a Corte Constitucional não está impedida de fazer interpretação evolutiva calcada em bases históricas e sociológicas sólidas, de acordo com os princípios norteadores da causa constitucional, encampando a própria alteração vislumbrada no seio social, com

---

assume ainda maior complexidade em países (Brasil, por exemplo) que mantém o sistema difuso de controle de constitucionalidade. In: *Verdade e consenso*, 2011, p. 80.

<sup>639</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>640</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Revista de Estudos Avançados, vol. 18, nº 51. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004, p. 138.

<sup>641</sup> Ibidem, loc. cit.

observância dos princípios estruturantes, corolários dos direitos e garantias fundamentais. Isso não viola a Constituição e tampouco a separação dos poderes<sup>642</sup>, pois se trata de mecanismo cuja finalidade é aplicar o espírito constitucional ao longo do tempo.

Pontuais são as lições de Boaventura de Souza Santos, ao afirmar que “o juiz não conhece a realidade”. E “se o juiz não conhece a realidade, como pode utilizá-la a pretexto de atualizar o direito constitucional, conformando-o a realidade?”<sup>643</sup>.”

Por essa razão, a cláusula de separação de poderes funciona como espécie de limite à atuação do tribunal<sup>644</sup>, de modo a impedir que a interpretação constitucional seja alçada ao patamar de instrumento veiculador de politização das decisões, em flagrante desrespeito aos Poderes Legislativo e Executivo, tal como ensina J.J Gomes Canotilho<sup>645</sup>.

Se não bastasse, dentro dos limites impostos pela cláusula de separação dos poderes, as Cortes Constitucionais nem sempre são felizes ao interpretar e modificar o sentido, conteúdo e extensão de algum conceito. Às vezes, a interpretação conferida é flagrantemente inconstitucional por contrariar o núcleo intangível da Constituição, como os princípios estruturantes e direitos fundamentais, além de controlar o mérito da opção política.

Nestes casos, há flagrante violação à separação de poderes. A legitimidade e a independência conferida pelo povo, verbalizadas pelo poder constituinte originário, não autorizam a violação da Constituição. Quando o tribunal interpreta erroneamente, invade, automaticamente, o âmbito de atuação de outro poder, por não ter competência e tampouco legitimidade para se aventurar noutros horizontes. Por isso viola a separação dos poderes<sup>646</sup>.

---

<sup>642</sup> Cfr. CRISTINA QUEIROZ. O princípio da separação de poderes impõe o respeito pela liberdade de conformação do legislador, mas não impede a sua "complementação" ou o seu "desenvolvimento" posterior. Impede unicamente que a vontade do legislador resulte defraudada ou falseada. In: *Interpretação constitucional*, 2000, p. 294.

<sup>643</sup> Cfr. BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS. Para uma revolução democrática da justiça. 3ª ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57.

<sup>644</sup> Cfr. ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY. O Federalista. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, pp. 310-311.

<sup>645</sup> Para Gomes Canotilho, quando os tribunais constitucionais usam e abusam de sentenças manipulativas, modeladora dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou quando fixam em termos estritos os pressupostos da inconstitucionalidade de uma norma, corre-se sempre o risco de as folgas democráticas de apreciação política serem restringidas a ponto de os tribunais constitucionais merecerem a censura de se arvorarem em surperlegisladores. Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva. In: Jorge Miranda (Org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 883.

<sup>646</sup> Cfr. CRISTINA QUEIROZ: A regra geral é a de que os tribunais, e em particular os tribunais de justiça constitucional, se devem refrear de tomar em consideração os factos legislativos. Os princípios da "separação de poderes" e do "Estado de direito" impedem que os tribunais entrem a valorar as escolhas legislativas. Só quando o exercício do poder legislativo se aproxima perigosamente de uma "área constitucionalmente proibida" ("reserva de constituição"), como no caso dos direitos, liberdades e garantias, a relevância dos factos legislativos

Não só isso, também causa o estremecimento do princípio democrático, ante a carência de legitimação popular.

De mais a mais, os membros do Poder Legislativo são eleitos diretamente pelo povo e detém o monopólio da alteração formal da Constituição, através das emendas ou das revisões. Aliás, o próprio tribunal deve respeitar a liberdade de conformação do legislador, extirpando do ordenamento jurídico, em sede de controle de constitucionalidade, as leis realmente contrárias a Constituição.

Essa não é, todavia, a única forma de o tribunal garantir a incolumidade da Constituição. Outra forma é não se valer da interpretação para legislar<sup>647</sup>. Mas alteração não se confunde com a densificação de conceitos indeterminados que, embora previstos na Constituição, não foram objeto de anterior atenção do legislador. Uma coisa é ir contra o texto expresso, o que, a meu sentir, a interpretação evolutiva não admite. Outra coisa é alterar o sentido de um conceito, sem ultrapassar os limites expressos do texto, mantendo, assim, sua completude e conformidade com o programa normativo constitucional, em respeito à força normativa da Constituição, como vimos em Konrad Hesse e Böckenförde.

Entretanto, parcela da doutrina admite e identifica o ativismo positivo quando o Judiciário atua na defesa e promoção de direitos fundamentais carecedores de concretização por parte do Executivo, ou de regulamentação legal por parte do Legislativo, calcado no princípio da inafastabilidade da jurisdição e na aplicabilidade direta das normas constitucionais<sup>648</sup>.

Aqui se coloca outra questão: a da omissão legislativa ser catapultada como justificativa legitimadora da atuação ilimitada dos tribunais constitucionais.

O argumento é de que diante da omissão e inércia dos demais poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo, não poderia o Judiciário ignorar a pretensão deduzida pelos jurisdicionados, porquanto a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a

---

se tomaria crucial, não podendo então nenhuma decisão individual ser isolada da consideração desses factos. O tribunal passa a controlar a justificação ofertada pelo legislador. In: *Interpretação constitucional*, 2000, p. 292.

<sup>647</sup> Conforme CRISTINA QUEIROZ, a tendência geral vai no sentido de se conceder um amplo espaço de liberdade de conformação ao legislador, declarando-se unicamente como inconstitucionais os actos que não possam ser justificados de um ponto de vista de direito constitucional (: teste negativo), não quando não correspondam a uma específica "concepção" constitucional (: teste positivo). In: *Ibidem, loc. cit.*

<sup>648</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais da Constituição portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 196-197, para quem, sob o pálio do princípio da aplicabilidade direta, os poderes públicos não podem invocar a falta de regulamentação legal para proibir ou recusar o exercício de direitos e liberdades pessoais, de modo que estes direitos são imediatamente exequíveis, cabendo ao juiz – enquanto aplicador direto ou enquanto instância de controle – determinar o sentido dos conceitos imprecisos contidos nas normas jurídicas, quando suscitado.

direito. Esse argumento é antidemocrático porque legitima um órgão não eleito deslegitimando-se aquele verdadeiramente eleito pelo povo ou, no mínimo, diminuindo sua importância.

Em defesa do ativismo judicial irrestrito, leciona José Geraldo Alencar Filho que é de fato uma tendência mundial e inevitável, decorrente do pós-globalização, já que os tutelados do Estado precisam de uma resposta rápida para a satisfação das garantias e direitos que são oferecidos pelo Estado e que devem ser salvaguardados por ele<sup>649</sup>. Noutra frente, encontram-se os moderados, que admitem o ativismo judicial em certos assuntos, especialmente na concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Humberto Ávila assenta que “se ficar configurada a omissão total do Poder Legislativo no cumprimento do dever de regular determinada matéria garantidora de direitos fundamentais ou configuradora de princípios fundamentais, a atuação do Poder Judiciário não será ativista, porque, sendo excepcional, não estará descaracterizando a função típica do Poder Legislativo, nem estará se sobrepondo ao resultado normativo dessa mesma função<sup>650</sup>”.

Todavia, a concretização destes direitos, em regra, envolve interpretação evolutiva em sua acepção original, isto é, sem contrariar o texto constitucional, já que a maioria das normas são principiológicas ou cláusulas gerais, de conteúdo indeterminado ou plurisemântico, que servem de reforço da dignidade da pessoa humana e de outros princípios estruturantes. Assim, o judiciário possui certa margem de discricionariedade para atuar dentro dos limites aceitáveis pela Constituição, no que Karl Engisch denominou discricionariedade na estatuição e na hipótese, evidenciando a correspondência entre ambos<sup>651</sup>.

Por outro lado, quando o tribunal se vale da interpretação para alterar em desacordo com o regime orgânico constitucional, há ativismo no sentido negativo, que, além de deslegitimar o próprio Tribunal em razão do ataque à Constituição, viola a separação de poderes, mormente há flagrante tentativa em fazer prevalecer o sentido atribuído na decisão sobre aquele já definido pelo Legislador, no exercício de sua liberdade de conformação.

Não se pode perder de vista que a omissão legislativa pode também ser encarada como uma opção política do legislador ou do executivo. E como tal, ao ser ativista, o

---

<sup>649</sup> Cfr. JOSÉ GERALDO ALENCAR FILHO. *Judicialização da política e ativismo judicial: estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial*. Recife: Nossa Livraria, 2013, p. 78.

<sup>650</sup> Cfr. HUMBERTO ÁVILA. *Ativismo judicial*, 2011, p. 152.

<sup>651</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, pp. 226-227.

judiciário também exerce, na verdade, o controle da opção política, transpondo a barreira do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Daí a doutrina distinguir a omissão constitucional, aquela situada dentro da liberdade de conformação do legislador como opção política em que a Constituição não exige uma atuação positiva, e a omissão inconstitucional, aquela contrária às disposições constitucionais que impõem um *facere* ao Legislativo e ao Executivo na concretização da norma constitucional. Nesse sentido, Canotilho distingue, com erudição, os dois tipos de omissão, para quem “a omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional<sup>652</sup>”.

Merece destaque o tratamento dispensado pelo STF em relação ao mandado de injunção, remédio constitucional destinado a corrigir a omissão legislativa prejudicial ao exercício de direitos e liberdades<sup>653</sup>. Não satisfeito em reconhecer a omissão, o STF simplesmente passou a substituir o legislativo na solução prática da lide, adentrando o mérito do problema e apontado a solução adequada para o caso, segundo sua vontade, mesmo nos casos de omissão constitucional. Ou seja, ao invés de transferir a responsabilidade pela opção política adotada na resolução do problema aos poderes competentes, fixando prazo para edição do ato normativo específico, o próprio STF passou a exercê-la diretamente, por sua conta e risco.

De acordo com Lenio Streck, Vicente de Paulo Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira, “há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando por um verdadeiro exercício de uma tardia jurisprudência dos valores pelo STF (ou pelos demais tribunais da República). Não se pode esquecer que, por vezes, o fato de o constituinte não tratar do assunto não possa significar “omissão”; pode ser, na verdade, uma escolha política<sup>654</sup>”.

Alguns podem imaginar que há incoerência entre defender a força normativa da Constituição ao mesmo tempo em que se vislumbra a omissão como uma opção política. O

---

<sup>652</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2003, p. 1033.

<sup>653</sup> Cfr. GILMAR MENDES. “A Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional”. In. *Curso de Direito Constitucional*. 2018, p. 1608.

<sup>654</sup> Cfr. LENIO LUIZ STRECK, VICENTE DE PAULO BARRETO e RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA. *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo, v. 1, nº 2, p. 80, jul/dez, 2009.

raciocínio de quem pensa assim é de que a omissão inconstitucional deveria ser combatida justamente para conferir efetividade às normas constitucionais, o que reforçaria ainda mais sua força normativa. Não há incoerência ou contradição. As omissões inconstitucionais, de fato, devem ser combatidas, principalmente, quando impedem o gozo e fruição dos direitos e garantias fundamentais, por serem normas de aplicação imediata<sup>655</sup>. Então, é força normativa destas que permite o combate à omissão inconstitucional.

Além disso, a própria distinção entre omissão inconstitucional e constitucional é dotada de subjetivismo que, por si só, pode contaminar todo o processo de controle de omissão exercido pelo Tribunal.

A questão que se coloca é como o Tribunal Constitucional comporta-se diante da omissão constitucional. Nestes casos, uma vez reconhecida à omissão, seja por meio de mandado de injunção ou por Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, o STF deveria delegar ao poder competente a obrigação de praticar o ato normativo ou executivo para encerrar o estado de omissão.

A prática revela, no entanto, que, ao extrapolar seu limite de atuação em relação ao controle da omissão, o STF acaba por exercer competência atribuída constitucionalmente a outro poder, o que, por sua vez, viola a Constituição e diminui sua força normativa.

Esse ativismo é extremamente danoso quando estamos diante de omissões constitucionais<sup>656</sup>. Nestes casos, o STF não age com deferência e tampouco considera se a omissão é, na verdade, uma opção política ou faz parte das dificuldades políticas próprios do legislativo em produzir atos normativos, muito dos quais se exige quórum qualificado.

A consequência de não se enxergar a omissão constitucional como uma opção política coloca em xeque a segurança jurídica, gerando, assim, “uma instabilidade institucional pela fissura provocada no texto da Constituição através de um protagonismo da Corte Constitucional<sup>657</sup>”. Para os autores, a (in)segurança jurídica mostra-se ofendida “no momento em que a Corte altera, a pretexto de um “esquecimento do constituinte” (sic) ou de uma “descoberta valorativa” (sic), ou, ainda, do saneamento (incorreto) de uma

---

<sup>655</sup> Cfr. LENIO LUIZ STRECK. *Jurisdição constitucional*. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 566.

<sup>656</sup> Em sentido contrário, cfr. JOSÉ A FONSO DA SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 48-49.

<sup>657</sup> Cfr. LENIO LUIZ STRECK, VICENTE DE PAULO BARRETO e RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA. *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo, v. 1, nº 2, p. 80, jul/dez, 2009.

“inconstitucionalidade da própria Constituição” (sic), o texto da Constituição como se Poder constituinte fosse, gerando um tipo de mal-estar institucional gravíssimo<sup>658</sup>”.

Assim, o Tribunal Constitucional, ao atribuir sentido aos conceitos indeterminados, princípios, cláusulas gerais e sanar omissões inconstitucionais, para garantir efetividade e o livre exercício dos direitos e garantias fundamentais, que devem ser resguardados contra qualquer violação, não pode se afastar<sup>659</sup> por se tratar de normas de aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e do artigo 18/1 da Constituição da República Portuguesa. Deve, no entanto, respeitar o limite de sua competência e agir com deferência em relação à opção política adotada ou deixá-la a cargo do Legislativo<sup>660</sup>, quando estiver diante de omissões constitucionais, fixando prazo, se for o caso, até porque o ativismo, nestes casos, pode não só significar a interferência política, mas também implicar efeitos orçamentários que os tribunais não têm condições de mensurar.

#### **4.5. Leitura do texto constitucional a partir da realidade social: a questão da soberania popular como pressuposto de legitimidade do poder constituinte**

A evolução social e a atualização do direito frente às novas realidades e as novas gerações são pressupostos básicos da interpretação evolutiva, o que implica três premissas: (1) o realinhamento do direito às novas necessidades da sociedade, de modo a alcançá-las; e (2) o tribunal não pode alterar conceitos sem qualquer respaldo histórico-social, e (3) em desacordo com o núcleo essencial e básico da Constituição (princípios estruturantes calcados na ideia de dignidade da pessoa humana e Estado de direito), ou seja, *contra constitutionem*.

De acordo com Paulo Bonavides, o poder constituinte nacional é, nesse caso, a soberania a serviço do sistema representativo, que se torna dinâmica e fonte dos poderes constituídos<sup>661</sup>.

---

<sup>658</sup> Cfr. LENIO LUIZ STRECK, VICENTE DE PAULO BARRETO e RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA. *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”*. 2009.

<sup>659</sup> Princípio da inafastabilidade da jurisdição disciplinado no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB.

<sup>660</sup> Cfr. NUNO PIÇARRA. “A direta legitimação democrática do legislador que não é a dos tribunais, aponta para uma presunção de constitucionalidade das leis e o princípio da separação dos poderes aponta para uma *judicial self-restraint* quanto aos juízos de natureza política contidos nas leis cuja constitucionalidade se trata de apreciar, uma vez assente o primado político do legislador”. In. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 261.

<sup>661</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 34ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, pp. 144-145.

Para Miguel Nogueira de Brito, “os *founders* americanos encontraram em Locke a formulação teórica da ideia de soberania popular, ou seja, a ideia de que o povo consubstancia um corpo homogêneo e unitário que detém em última instância o poder político e a ideia do princípio da maioria como forma de encontrar o bem comum<sup>662</sup>”.

No entanto, também vimos que o poder constituinte originário não está plenamente vinculado aos conceitos pré-constitucionais, mas apenas aos conceitos transcendentais que exprimem a vontade máxima do povo nas constituições democráticas, caracterizadores dos princípios básicos estruturantes, a partir da dignidade humana e do Estado de Direito, cujo afastamento derrubaria, logicamente, toda e qualquer expressão do poder constituinte enquanto manifestação da vontade do povo.

Em suma, as constituições rígidas e prolixas são compostas por generalidades assentadas diretamente na vontade popular, enquanto outras partes são mais técnicas assentadas nos estudos e debates durante a manifestação do poder constituinte originário. Isso ocorre em razão da influência do direito internacional, dos conceitos técnicos inseridos no *corpus iuris* de constituições extensas e prolixas como a brasileira e a portuguesa e em razão de conceitos indeterminados, cujos sentidos empregados pela sociedade são plúrimos, ainda mais num país heterogêneo, de extensões continentais, como o Brasil.

Com isso, a soberania popular, no poder constituinte, existe como pressuposto de legitimação da assembleia, ínsita ao processo de escolha de seus membros. A partir de então, a assembleia constituinte se desprende da soberania popular para atuar na elaboração da constituição, não estando plenamente vinculada aos conceitos pré-constitucionais ou imanentes, o que é ainda mais evidente nas constituições outorgadas e pactuadas, como desdobramento da soberania nacional<sup>663</sup>.

---

<sup>662</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. “A questão de saber como aplicar o princípio da soberania popular a feitura da constituição, se era uma questão aberta em 1776, deixou de o ser em 1787 graças as experiências dos estados. A estas experiências se ficou a dever a distinção entre a tradicional autoridade delegada dos parlamentos para legislar e o recente “poder constituinte do povo”, necessário para legitimar aquela autoridade delegada através da sua fundação numa constituição escrita”. In. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, pp. 30-31.

<sup>663</sup> Cfr. CARRÉ DE MALBEG. Se ve, en resumen, cuál es la diferencia entre los dos conceptos que fundan la especialidad del poder constituyente, el uno en la soberanía del pueblo y el otro en la idea de la soberanía nacional. Es verdad que ambos exigen que la potestad constituyente se ejerza por una autoridad distinta de las autoridades constituidas, pero esta separación tiene un alcance muy diferente según el concepto que le sirve de base. Si se funda en una teoría de la soberanía popular, sólo va dirigida, en este caso, contra las autoridades constituidas, y si, además, se comete el error de combinarlas con el régimen representativo, conduce al régimen de las Constituyentes de potestad ilimitada. Por el contrario, la separación que tiene su punto de partida en el principio de la soberanía nacional implica la limitación de las mismas Constituyentes, pues entonces se dirige a la vez contra el órgano constituyente y contra los órganos constituidos, y excluye el exceso de potestad de toda

A doutrina da soberania nacional impede às constituintes de exercerem os poderes por elas mesmas criadas, ou seja, os poderes constituídos. Concluído o processo de elaboração ou reforma da Constituição, dissolvem-se imediatamente, abrindo espaço à atuação dos poderes constituídos<sup>664</sup>, de acordo com as competências atribuídas a cada um deles<sup>665</sup>. A esse respeito, Carré de Malberg defende que “no sistema de soberania nacional, somente a nação, considerada como um todo orgânico, é soberana”. Qualquer de seus órgãos, considerados separadamente, não pode possuir um poder ilimitado. Nesse sentido, o princípio da soberania exclusiva da nação exige que o poder dos órgãos constituídos seja determinado e limitado por uma regra superior, que definirá quais atos são de sua competência e que, em qualquer caso, imporá aos seus limites de atividade que não podem ser transferidos. Esta regra limitadora estará contida na Constituição, por representar o resultado do trabalho de uma autoridade superior aos poderes constituídos<sup>666</sup>.

Essa separação do poder constituinte é assente no constitucionalismo norte-americano, no qual a supremacia da Constituição representa a base do controle de constitucionalidade, já que todas as leis ordinárias elaboradas pelos poderes constituídos devem obediência à Constituição.

A doutrina da soberania popular do poder constituinte, tanto na França como nos Estados Unidos, busca no povo sua maior fonte de legitimação, sendo que na França<sup>667</sup>, a Constituinte seria o povo por estar condicionada a vontade deste, na concepção de Sieyès, e nos Estados Unidos a constituinte seria uma assembleia cujo trabalho só se legitima com a aprovação do povo<sup>668</sup>.

Posto isso, a constituinte pode ser dividida em suas fases: a de legitimação e de exercício, propriamente dito.

---

autoridad, cualquiera que sea ésta, incluso en el caso de ser las llamadas a constituir todas las demás. In. *Teoría General del Estado*. México DF: Fondo de cultura económica, 2001, p. 1295.

<sup>664</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. “Por sua vez, o órgão constituinte encontra-se limitado por não deter os poderes que constitui, mas apenas o poder constituinte. Com a criação das autoridades que exercem os poderes constituídos, o órgão constituinte devera desaparecer. No entanto, para Carré de Malberg, tal como para Sieyès na última fase do seu pensamento, o poder constituinte acaba por se reconduzir ao poder de revisão”. In. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, 2000, p. 89.

<sup>665</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 2019, p. 156.

<sup>666</sup> Cfr. CARRÉ DE MALBERG. *Teoría General del Estado*. México DF: Fondo de cultura económica, 2001, p. 1290.

<sup>667</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. “Nesta perspectiva, a função o constituinte aparece como uma dependência da função legislativa. Para Carré de Malberg, o direito constitucional francês não assenta sobre a existência reconhecida de uma soberania popular, mas sobre a ideia de soberania nacional e, por isso, não é sustentável que o poder constituinte pertença aos cidadãos”. In. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 85.

<sup>668</sup> Cfr. PAULO BONAVIDES. *Ibidem*, p. 160.

A questão que se coloca, no âmbito dos poderes constituídos, dentro da matriz americana e francesa, é a seguinte: se o legislador, detentor de legitimidade representativa consubstanciada no voto popular, não pode alterar conceitos constitucionais sem observar o processo formal, como os tribunais constitucionais estariam autorizados a alterá-los por meio da interpretação, já que desmunidos de legitimidade representativa e sem obediência ao processo formal estabelecido pelo poder constituinte que, inclusive, prescreve *quórum* qualificado?

Para além da doutrina da soberania, que, sumariamente, parece responder negativamente a questão, há também de se considerar o debate em torno da legitimidade democrática dos tribunais constitucionais diante da doutrina da soberania nacional e da soberania popular, para só depois fazermos essa análise a partir da democracia dualista de Bruce Ackerman.

Abalizada doutrina difere legitimidade democrática de legitimidade representativa. Nesse particular, Maria Luisa Balaguer Callejon entende que a legitimação democrática do Poder Judiciário decorre da própria legitimação democrática da Constituição enquanto manifestação do poder constituinte. Portanto, já não se trata de uma legitimação indireta, mas direta, que procede, sem mediação, da própria ordem constitucional<sup>669</sup>, de sorte que os tribunais constitucionais possuem legitimidade democrática, não obstante essa legitimidade não seja representativa, a qual se restringe aos órgãos legislativos e aos chefes do Executivo<sup>670</sup>, eleitos pelo voto popular.

Ao encampar este entendimento, a autora afirma ainda que o conceito de democracia é mais amplo que o da representação. A democracia não esgota suas fórmulas políticas na representação, pois há instituições perfeitamente democráticas que não são representativas. A falta de condição representativa do Poder Judiciário não afeta, de modo algum, sua legitimação democrática<sup>671</sup>.

Para Balaguer Callejon, outro fator de legitimação democrática do Poder Judiciário é sua independência, que garante o cumprimento rigoroso de sua função de controle dos outros

---

<sup>669</sup> Cfr. MARIA LUISA BALAGUER CALLEJON. *La interpretación*, 1990, p. 25.

<sup>670</sup> As lições de PAULO OTERO acerca da realização política representativa, assentada num monopólio a favor dos partidos políticos, reforçada pela aversão patológica da Constituição aos mecanismos de democracia semidireta, pode ser invocadas para destacar o papel positivo dos tribunais constitucionais, num sistema de freios e contrapesos, em que o poder político parece ilimitado. Cfr. PAULO OTERO. “A desconstrução da democracia constitucional”. In. Jorge Miranda (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 629 e ss.

<sup>671</sup> Cfr. MARIA LUISA BALAGUER CALLEJON, op. cit., p. 26.

poderes e sua correta inserção dentro do Estado, como uma das peças-chaves que faz funcionar o Estado Democrático de Direito<sup>672</sup>. Todavia, esse argumento não se sustenta, mormente a independência dos poderes não é pressuposto de legitimidade democrática, pois não é característica afeta, unicamente, ao poder judiciário, mas também aos demais poderes. Há várias instituições independentes que detêm legitimidade enquanto órgãos de atuação estatal, mas que não deixam de ser subordinados a outros poderes. Talvez o Judiciário tenha papel determinante no sistema de freios e contrapesos, o que não faz dele um poder superior aos demais.

Desse modo, a legitimidade do tribunal constitucional está calcada na soberania nacional, inerente aos poderes constituídos, o que o torna apto, portanto, a exercer suas competências fixadas pelo constituinte originário em pé de igualdade com o Poder Legislativo, o único encarregado, expressamente, da reforma da Constituição. Aliás, o regime de distribuição de competências é atribuição do poder constituinte originário<sup>673</sup>, cuja observância é indispensável à manutenção do Estado Democrático de Direito e à própria sustentação dos poderes constituídos, subjaz à defesa dos direitos fundamentais e princípios estruturantes, ante qualquer investida antidemocrática ou autoritária, que ouse se levantar em momentos de crises.

Assim, o tribunal constitucional, embora legitimado constitucionalmente, não é órgão representativo, o que, todavia, não o rebaixa a posição de menor importância em relação aos demais poderes. Em suma, embora haja uma ruptura da soberania popular ainda no poder constituinte originário, diante da distribuição de competências aos poderes constituídos, ainda assim tal poder é expressão do princípio democrático, porque sua legitimidade decorre do povo.

De todo modo, a legitimação democrática decorrente da Constituição, não autoriza o Tribunal Constitucional a realizar interpretação inconstitucional, para, com isso, desvirtuar conceitos constitucionais, raciocínio esse extensível também aos demais poderes, ainda que de natureza representativa, consubstanciado no voto popular, ante a necessidade de se observar o procedimento formal, o que não impede interpretações evolutivas constitucionais.

---

<sup>672</sup> Cfr. MARIA LUISA BALAGUER CALLEJON. *La interpretación*, 1990, p. 26.

<sup>673</sup> Cfr. REINHOLD ZIPPELIUS que, “de acordo com a compreensão democrática, os representantes devem antes ser mandatados pelo povo no sentido de exprimir a vontade em seu lugar. No fato de eles receberem o seu mandato das mãos do povo, reside não só o fundamento legitimador do seu poder de decisão, mas também o instrumento para manter a decisão dos representantes, de uma forma geral, em harmonia com a vontade da maioria do povo”. In: *Teoria Geral do Estado*. 3ª ed. Traduzido por Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 238.

À primeira vista, as cortes constitucionais detêm legitimidade democrática reconhecida no texto constitucional pelo constituinte originário, instituído democraticamente em representação ao povo para a elaboração das Constituições. No entanto, esta autorização não constitui carta branca. Como órgão guardião da Constituição, o tribunal carece de legitimidade para alterar conceitos por meio da interpretação, quando contrários aos princípios basilares caracterizadores do espírito da Constituição.

Como vimos, os sentidos inconstitucionais não ensejam a mutação constitucional, o que impede a alteração do texto constitucional a encampar o novo sentido atribuído ao conceito. Além disso, isso não pode ser feito sem qualquer ressonância histórico-social<sup>674</sup>.

A partir da doutrina da soberania nacional, como vimos em Carré de Malberg, Bonavides, Jellinek e Miguel Nogueira de Brito, se o Tribunal Constitucional integra os poderes constituídos, assim como o Poder Legislativo, ambos são órgãos de soberania nacional. Isso importa dizer que o Tribunal Constitucional pode alterar o sentido de conceitos constitucionais, observado os limites do texto, mediante interpretação evolutiva.

Essa conclusão traz a tona outro problema: o do enfraquecimento da soberania nacional e, conseqüentemente, da cláusula de separação dos poderes, na teoria do poder constituinte. Simplesmente porque a malversação das competências distribuídas pelo constituinte originário, por parte dos poderes constituídos, enfraquece a própria soberania popular, enquanto esquadra fundamentadora do poder constituinte originário, e da soberania nacional, enquanto fundamento dos poderes constituídos.

Se no poder constituinte reside a soberania popular, o descumprimento de uma competência por ele fixada, inicialmente, importa ir contra a vontade do povo e, conseqüentemente, à essência do poder constituinte em Sieyès<sup>675</sup>. A razão legitimadora do poder constituinte originário deixa de ser, porque, *a posteriori*, os poderes constituídos poderão usurpar a competência uns dos outros, em nome de sua soberania popular que não possuem. Isso é ainda mais evidente quando estamos a tratar da pretensão do Tribunal Constitucional em alterar a constituição pela via da mutação constitucional, tema muito em voga nos dias atuais. Por ser o poder constituinte detentor de soberania popular, é natural que

---

<sup>674</sup> Cfr. LENIO STRECK. O papel institucional da Justiça Constitucional assume relevância nessa temática – sem descuidar da importância das lutas políticas, por meio de movimentos sociais e mobilizações da sociedade, porque o Judiciário (justiça constitucional) ainda possui um alto grau de comprometimento com a manutenção do status quo –, entendendo-se o direito a partir do viés transformador que lhe foi dado pelo Estado Democrático de Direito, mediante mudanças qualitativas e quantitativas que podem ser produzidas na sociedade. In: *Verdade e consenso*, 2011, p. 171.

<sup>675</sup> Cf. EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS. A constituinte burguesa. *Qu'est-ce que le Tiers État?* 2015, p. 10.

atribua a competência para alterar a constituição a um poder constituído detentor, ao menos, de legitimidade representativa, no âmbito da soberania nacional, a cargo do Legislativo.

Assim como Balaguer Callejon, o jurista brasileiro André Ramos Tavares também defende a legitimidade do Tribunal Constitucional, pois, uma vez concebido como produto do poder constituinte originário, este emprestaria sua soberania popular e, conseqüentemente, o legitimaria<sup>676</sup>.

A posição de André Ramos Tavares e Balaguer Callejon é uma boa justificativa para o atropelo e ativismo do Tribunal Constitucional em relação aos demais poderes, como se assim tivesse quisto o constituinte originário e, conseqüentemente, o povo, último esforço de onde se poderia extrair algum resquício de “legitimidade representativa”.

Acontece que se considerarmos, como dito, os momentos de legitimação e exercício do poder constituinte originário, dentro daquela concepção de desprendimento em relação à vontade popular, a Corte Constitucional, ao contrário do que defende Tavares, careceria de legitimidade porque sua legitimação decorrente do texto constitucional elaborado pela assembleia constituinte ecoa enquanto soberania nacional e não popular<sup>677</sup>. O poder

---

<sup>676</sup> Cfr. ANDRÉ RAMOS TAVARES. “esse ato de soberania popular, ou, mais precisamente, sua manifestação (o poder constituinte), caracteriza-se como potência criadora por excelência. Definindo-se (efetivamente) como democrático, tudo aquilo que vier a instituir se reveste da necessária legitimidade, que sob esse ponto de vista é considerada como legitimidade direta. Pretendendo a Constituição que haja um Tribunal Constitucional a controlar os demais poderes, aquele já se legitima democraticamente, independentemente das fórmulas adotadas para a indicação de seus membros. Prevalece a vontade popular.” In. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 509.

<sup>677</sup> Cfr. CYNARA MONTEIRO MARIANO “No contexto brasileiro, a problemática em torno das decisões políticas fundamentais, em que pese também apresentar inconvenientes quanto à efetiva concretização dos direitos (especialmente os de natureza política, econômica e social), é, antes de tudo, uma questão de legitimidade e de poder constituinte. A instância brasileira a quem foi outorgada a competência para decidir por último em matéria constitucional não integra propriamente um dos poderes constituídos, quer dizer, pelo menos não nos termos do constitucionalismo francês, que pratica com a máxima dignidade a doutrina da soberania popular. Disso resulta, portanto, a necessidade de aprofundar essa questão, pois, para traduzir fielmente o princípio democrático, a atuação da jurisdição constitucional brasileira também deve ter origem em processos democráticos. Analisar, portanto, a legitimidade do judiciário, no Estado Democrático de Direito brasileiro, exige, precipuamente, investigar em que medida esse poder se vincula ou se desvincula do poder constituinte e do princípio da soberania popular, e se a atuação judicial tem correspondido às expectativas coletivas de realização dos direitos e da justiça, pois enquanto ao judiciário, no sistema jurídico brasileiro, é reservado o papel de juiz da legalidade, o povo, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição brasileira de 1988, permanece como o titular da legitimidade. Noutras palavras, a legitimidade do judiciário exige que se compatibilize democracia, pluralismo e cidadania no poder, o que não se encontra bem resolvido na jurisdição constitucional brasileira, dada a discutível legitimidade de origem na investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal. Mas não é apenas o déficit de legitimidade na origem que se verifica como obstáculo à legitimação da jurisdição constitucional no Brasil. Sua legitimidade de exercício também não está resolvida, dada a ausência de uma maior e concreta participação popular nos processos decisórios e crescente atuação do STF em algumas esferas de competências próprias do Legislativo e do Executivo”. In. *Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pp. 145-146.

constituinte que fixa a competência do legislativo é o mesmo que fixa as competências do Judiciário, sendo que nenhum deles pode se sobrepor àquele.

Isso deslegitima a Corte Constitucional enquanto poder constituído? Não. Apenas mostra que o simples fato de haver disposição expressa acerca da competência da Corte Constitucional para interpretar a Constituição, não é suficiente para afirmar que seu exercício funda-se na soberania popular, o que, por derradeiro, denota a importância do debate em torno da sua legitimidade em realizar interpretações e mutações alterando a Constituição quando, na verdade, deveria guardá-la contra tais investidas. Até porque, do mesmo modo que o texto constitucional fixa a competência de controlo e fiscalização em favor da Corte Constitucional, também fixa a competência exclusiva do Poder Legislativo para reformar a Constituição, com o *plus* de que os membros do poder legislativo gozam de legitimidade representativa.

#### **4.6. Democracia dualista na concretização do poder constituinte: a Suprema Corte na alteração da Constituição**

O dualismo democrático enuncia os momentos constitucionais, assim considerados aqueles em que o povo se mobiliza com vistas a permitir que uma sensibilidade democrática superior prevaleça, como um fator de impulsão da alteração da Constituição que tem o povo como principal ator democrático, frente a hegemonia dogmática dos poderes constituídos prevalecente nas Constituições modernas.

Isso permite que o povo soberano decida nos chamados “momentos constitucionais<sup>678</sup>”, a partir do apoio amplo e consistente entre os cidadãos<sup>679</sup> para garantir o estabelecimento do processo de criação da norma constitucional<sup>680</sup>. De acordo com David Strauss, “de tempos em tempos, de acordo com essa teoria, o povo se mobiliza, e isso permite que uma sensibilidade democrática superior prevaleça. A Constituição, nessa linha, é o

---

<sup>678</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN; CARLOS F. ROSENKRANTZ. Tres concepciones de la democracia constitucional, p. 16. No mesmo sentido, Miguel Nogueira de Brito. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 40.

<sup>679</sup> Cfr. JORGE OCTÁVIO LAVOCAT GALVÃO. “[...] em hipóteses de extraordinária comoção política, o povo norte-americano iniciaria um processo político de redefinição de sua identidade constitucional, configurando o que o autor denomina de momento constitucional”. In. *O Poder Executivo na construção do Direito Constitucional: uma breve análise do caso brasileiro*. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, nº. 2, jul./dez. 2014, p. 52.

<sup>680</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 371.

produto destes períodos<sup>681</sup>”. Passado este momento, durante o período de “política normal”, há necessidade de se consolidar e manter as decisões constitucionais do povo, o que fica a cargo dos órgãos de soberania nacional. A política normal deve ser tolerada em nome da liberdade individual; é, no entanto, democraticamente inferior à política intermitente e irregular de virtude pública associada a momentos de criação constitucional<sup>682</sup>.

De acordo com Miguel Nogueira de Brito, a “distinção entre *normal politics* e *constitutional politics* permite perspectivar a teoria do poder constituinte e dos poderes constituídos a luz da teoria da democracia<sup>683</sup>”. Isso porque o poder constituinte, na perspectiva da teoria dualista de Bruce Ackerman, deixará de se limitar ao poder de ditar a constituição primeira e passa a ser um patrimônio do povo.

Dentro dessa perspectiva, Ackerman divide o processo de criação da norma constitucional em quatro fases: a primeira, o movimento ganha a autoridade constitucional para garantir que a reforma, ao contrário das frações ideológicas incontáveis que compete na política usual, seja colocada à disposição da apreciação pública. Na segunda, o processo de criação da norma constitucional apoia o movimento para centralizar o seu conteúdo em uma série de propostas operacionais para a reforma constitucional. Na terceira, ocorre a deliberação popular mobilizada<sup>684</sup>.

Na fase de formalização, Ackerman defende que o dispositivo constitucional decisivo seja emitido por um Presidente em nome do povo<sup>685</sup>. Se o Congresso apoiar o preceito, promulgando normas transformadoras que desafiem os fundamentos do regime preexistente, essa legislação é considerada um equivalente funcional a uma proposta de emenda constitucional<sup>686</sup>.

No entanto, esse avanço pode retornar o processo à fase da deliberação mobilizada (terceira fase). Se a Suprema Corte invalida a onda de leis transformadoras e desafia o

---

<sup>681</sup> Cfr. DAVID STRAUSS. *We the people, They the people e o enigma do constitucionalismo democrático*. Revista Teoria Jurídica Contemporânea. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017, p. 262.

<sup>682</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. “Although constitutional politics is the highest kind of politics, it should be permitted to dominate the nation's life only during rare periods of heightened political consciousness. During the long periods between these constitutional moments, a second form of activity - I shall call it normal politics - prevails. Here, factions try to manipulate the constitutional forms of political life to pursue their own narrow interests. Normal politics must be tolerated in the name of individual liberty; it is, however, democratically inferior to the intermittent and irregular politics of public virtue associated with moments of constitutional creation”. In. *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale L.J.(1984), pp. 1022-1023.

<sup>683</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. 2000, p. 45.

<sup>684</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 371-372.

<sup>685</sup> Ibidem, p. 373.

<sup>686</sup> Ibidem, loc., cit.

movimento ascendente a refinar a sua visão por meio da exposição e aceitação da proposta pelo povo, o Presidente e o Congresso devem se manifestar sobre esse desafio, editando uma nova série de leis, sujeitas a obter sólido apoio eleitoral nas próximas eleições<sup>687</sup>, o que fará com que a questão retorne a Corte para nova reavaliação<sup>688</sup>.

Daí, a Corte teria duas opções: invalidar mais uma vez a série de leis editadas ou então reconhecer a vontade do povo. Se a Corte chegar a esta segunda conclusão (não poderá ser diferente se houver amplo apoio popular nas eleições e diante da possibilidade de alteração da composição do Tribunal pelo Presidente eleito, por membros compromissados em encampar o novo movimento) ela procede a uma alteração de ofício sem aguardar uma emenda constitucional formal<sup>689</sup>. Isso teria ocorrido, segundo Ackerman, no *New Deal*, que, antes das eleições de 1936, defendia um modelo econômico completamente diferente daquele inicialmente concebido antes das eleições de 1932<sup>690</sup>, tendo a Suprema Corte relevante papel da defesa da Constituição, contribuindo para a ampliação do debate a ser aprimorado até as próximas eleições. Durante o *New Deal*, Roosevelt teria conseguido capitanear os anseios do movimento popular, tanto que obteve a reeleição, e então, junto a Suprema Corte, conseguiu proceder a uma alteração imediata que reverteria as doutrinas tradicionais do regime constitucional existentes, sustentando estes esforços por intermédio da nomeação de juristas e magistrados que trabalharam pelo *New Deal* como, por exemplo, Frankfurter, Douglas e Jackson<sup>691</sup>.

---

<sup>687</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN: “Thus, while the separation of powers operates in normal times to make representation problematic, it can operate very differently during constitutional moments—refining the issues of high legal principle involved in the political conflict and thereby allowing Americans to place a constitutional meaning upon a sustained series of electoral victories and legislative successes that is very different from the meaning ordinarily attached to any single episode of normal politics. The democratic struggle over constitutional principle will not end, moreover, until a series of decisive victories at the polls permits the newly triumphant spokesmen of the People to proclaim their new higher law from all three of the branches constituted by the first three Articles. It is only at this point that a structural amendment, as I shall call it, achieves its legitimate ratification under our dualist Constitution as it has evolved over the past two centuries”. In. *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale L.J.(1984), p. 1055-1056. No mesmo sentido Jorge Octávio Lavocat Galvão: “demais, para que a demanda se torne foco de uma política extraordinária, é necessário que a população se engaje no debate sobre o tema, o que normalmente ocorre nas eleições presidenciais subsequentes, nas quais a questão se torna um dos principais pontos de divergência entre os candidatos concorrentes. Caso o partido do proponente saia vencedor em sucessivas eleições e o partido oponente não mais rejeite tal bandeira política, mas apenas questione o seu significado futuro, então a Suprema Corte acaba por legitimá-la na linguagem do direito constitucional. In. *O Poder Executivo na construção do Direito Constitucional: uma breve análise do caso brasileiro*. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, nº. 2, jul./dez. 2014, p. 53.

<sup>688</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional, 2006, pp. 373-374.

<sup>689</sup> Ibidem, p. 374.

<sup>690</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale L.J.(1984), p. 1055.

<sup>691</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN, loc., cit.

Na democracia dualista de Ackerman, o papel da Suprema Corte não é de representar o povo, até porque, segundo o autor, “durante a política normal, ninguém representa o povo isento de problemas, nem a Suprema Corte, nem o Presidente, nem o Congresso ou os institutos de pesquisa de opinião<sup>692</sup>”. A Suprema Corte, após longas lutas sem diversos setores da vida pública, deve aderir a essa nova expressão da vontade constitucional, buscando integrar a nova solução constitucional às velhas estruturas que foram deixadas intactas pelo povo<sup>693</sup>. Nestes casos, a Corte Constitucional deve atuar como guardião das conquistas do povo “assumindo grande responsabilidade em analisar e interpretar a política normal nos termos dos princípios constitucionais do referido movimento<sup>694</sup>”.

A democracia dualista de Ackerman revela um *déficit* democrático do constitucionalismo brasileiro, que afasta o povo da participação política<sup>695</sup>. Enquanto poder constituído, é comum o Tribunal Constitucional ingerir-se sobre competências alheias, no afã de satisfazer a vontade popular por meio da interpretação evolutiva ou até mesmo das mutações constitucionais e, para tanto, faz menção ao povo em suas decisões como mero difusor de legitimação, por carecer de representatividade.

Ou seja, o Brasil vive o inverso do processo de alteração da Constituição concebido na democracia dualista de Ackerman. Uma das causas é a diminuição gradual da importância do povo no processo democrático e na vida política. É conveniente que seja assim, afinal, os detentores do poder veem o povo como ameaça permanente, justamente porque a eles são destinadas políticas públicas deficientes, serviços públicos de má qualidade, falta de efetivação dos direitos fundamentais, condições ideais para justificar uma reação popular forte o suficiente para caracterizar o momento constitucional, como defende Ackerman, que teria os privilégios dos poderes constituídos como principais alvos.

---

<sup>692</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional, 2006, p. 367.

<sup>693</sup> Ibidem, p. 369.

<sup>694</sup> Ibidem, p. 370.

<sup>695</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. “In contrast, the party of Black is right to insist that the Constitution’s authority is generated by the mobilized and self-conscious commitments of We the People. And yet the Blackians’ narrow focus on the formal amendment mechanism described in Article V gives an anachronistic twist to their professions of faith. While they speak endlessly about the primacy of popular sovereignty, they trivialize the central twentieth-century texts that codify the great triumphs of modern constitutional politics. Instead of interpreting these landmark statutes and superprecedents with sympathetic attention, they endlessly debate the meaning of the merest jottings from the Founding and Reconstruction. We have reached, then, my promised moment of half-truth, or better, half-truths: The party of Hugo Black celebrates the principle of popular sovereignty but trivializes the modern achievements of the American people. The party of Oliver Wendell Holmes recognizes that the living Constitution has moved far beyond the Founding and Reconstruction, but it trivializes the principle of popular sovereignty”. In. *The living constitution*. Harvard Law Review, vol. 120, n. 7, 2007, p. 1802.

Outra causa é o ativismo judicial. O ativismo judicial deve ser entendido, nas palavras de Elival Ramos, como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)<sup>696</sup>. No mesmo sentido, Maria Benedita Urbano identifica situação típica de ativismo judicial “quando os juízes constitucionais se opõem a uma decisão política contida uma norma com base em critérios, motivações ou raciocínios políticos, ainda que juridicamente fundamentado; ao fazê-lo, estarão a criar uma orientação política autônoma e alternativa a dos governantes<sup>697</sup>”.

O ativismo interpretativo que busca alterar a constituição ou até mesmo caracterizar as mutações constitucionais tem a Suprema Corte como principal ator constituinte. E a democracia dualista de Ackerman apregoa justamente o contrário. Defende uma Suprema Corte discreta, que atue como guardiã das conquistas do povo “assumindo grande responsabilidade em analisar e interpretar a política normal nos termos dos princípios constitucionais do referido movimento<sup>698</sup>”.

O ativismo judicial deslegitima os momentos constitucionais porque gera insegurança jurídica e, conseqüentemente, reduz a capacidade de articulação popular, empurrando os anseios sociais legítimos para o vácuo, estado de dormência, que torna o povo refém da política ativista dos tribunais.

Por trás disso, no entanto, há alta carga de subjetivismo fundamentador da jurisprudência dos valores, o que pode comprometer até mesmo os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, como ocorreu em relação à presunção de inocência<sup>699</sup>. Nesse sentido, Lenio Streck defende que a jurisdição constitucional deve se

---

<sup>696</sup> Cfr. ELIVAL DA SILVA RAMOS. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131.

<sup>697</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 140.

<sup>698</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. 2006, p. 370.

<sup>699</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN: “Justice Scalia is not the only one making this mistake. Almost everybody does, albeit in a watered-down form. To see my point, distinguish two issues: canon definition and canon interpretation. The first seeks to identify the key texts of our tradition; the second, to figure out what they mean. Almost all of our debates center on the second question. Some think that the grand abstractions of the formal Constitution should be limited to the particular understandings of the generation that enacted them; others think that it is up to the living to fill in the best interpretation of the First Amendment or the Equal Protection or Due Process Clauses. But both sides focus on the same constitutional canon — the formal text running from Article I, written in 1787, through the latest twentieth-century amendment. To be sure, the advocates of living constitutionalism more readily grasp the significance of twentieth-century transformations as they elaborate the modern meaning of ancient texts. But they do so in ways that sometimes distort these more recent achievements, and they sometimes use the more abstract texts in the official canon as a springboard for elitist efforts to revolutionize American values”. In. *The living constitution*. Harvard Law Review, vol. 120, n. 7, 2007, p. 1755.

constituir na “garantia daquilo é o cerne do pacto constituinte de 1988! Entretanto – e esse é motivo pelo qual o autor defende uma Teoria da Decisão – isso não depende (e não pode depender) da visão solipsista (consciência individual) de juízes ou Tribunais<sup>700</sup>”.

Na democracia dualista de Ackerman, é o povo que, através dos momentos constitucionais, tem a força para alterar a Constituição. Dentro dessa perspectiva, como explanado anteriormente, Ackerman divide o processo de criação da norma constitucional em quatro fases: a primeira, o movimento ganha a autoridade constitucional para garantir que a reforma, ao contrário das frações ideológicas incontáveis que competem na política usual, seja colocada à disposição da apreciação pública. Na segunda, o processo de criação da norma constitucional apoia o movimento para centralizar o seu conteúdo em uma série de propostas operacionais para a reforma constitucional. Na terceira, ocorre a deliberação popular mobilizada<sup>701</sup>.

É nesta fase que as propostas transformadoras do movimento são testadas diversas vezes dentro do processo constitucional, o qual pode resultar no fracasso do momento constitucional, ante o contra-ataque bem sucedido da maioria silenciosa<sup>702</sup>.

Se, no entanto, o momento sobressair-se, e arregimentar uma base ainda mais sólida, o processo avança para a última fase, a formalização. Nessa fase, o dispositivo constitucional decisivo seja emitido por um Presidente em nome do povo<sup>703</sup>. Se o Congresso apoiar o preceito, promulgando normas transformadoras que desafiem os fundamentos do regime preexistente, essa legislação é considerada um equivalente funcional a uma proposta de emenda constitucional<sup>704</sup>.

No entanto, esse avanço pode retornar o processo à fase da deliberação mobilizada (terceira fase). Se a Suprema Corte invalida a onda de leis transformadoras e desafia o movimento ascendente a refinar a sua visão por meio da exposição e aceitação da proposta pelo povo, o Presidente e o Congresso devem se manifestar sobre esse desafio, editando uma nova série de leis, sujeitas a obter sólido apoio eleitoral nas próximas eleições<sup>705</sup>, o que fará com que a questão retorne a Corte para nova reavaliação<sup>706</sup>.

---

<sup>700</sup> Cfr. LENIO STRECK. *Hermenêutica jurídica em crise*, 2014, p. 305.

<sup>701</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. 2006, pp. 371-372.

<sup>702</sup> *Ibidem*, p. 372.

<sup>703</sup> *Ibidem*, p. 373.

<sup>704</sup> *Ibidem*, loc., cit.

<sup>705</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN: “Thus, while the separation of powers operates in normal times to makerepresentation problematic, it can operate very differently during constitu-tional moments-refining the issues of high legal principle involved in thepolitical conflict and thereby allowing Americans to place a constitutionalmeaning upon a sustained series of electoral victories and legislative successes that is very different from the meaning ordinarily attached to any single episode of normal politics. The democratic struggle over

Daí, a Corte teria duas opções: invalidar mais uma vez a série de leis editadas ou então reconhecer a vontade do povo. Se a Corte chegar a esta segunda conclusão (não poderá ser diferente se houver amplo apoio popular nas eleições e diante da possibilidade de alteração da composição do Tribunal pelo Presidente eleito, por membros compromissados em encampar o novo movimento) ela procede a uma alteração de ofício sem aguardar uma emenda constitucional formal<sup>707</sup>. Isso teria ocorrido, segundo Ackerman, no *New Deal*, que, antes das eleições de 1936, defendia um modelo econômico completamente diferente daquele inicialmente concebido antes das eleições de 1932<sup>708</sup>, tendo a Suprema Corte relevante papel da defesa da Constituição, contribuindo para a ampliação do debate a ser aprimorado até as próximas eleições. Durante o *New Deal*, Roosevelt teria conseguido capitanear os anseios do movimento popular, tanto que obteve a reeleição, e então, junto a Suprema Corte, conseguiu proceder a uma alteração imediata que reverteria as doutrinas tradicionais do regime constitucional existentes, sustentando estes esforços por intermédio da nomeação de juristas e magistrados que trabalharam pelo *New Deal* como, por exemplo, Frankfurter, Douglas e Jackson<sup>709</sup>.

Assim, em Ackerman, a iniciativa para alterar a constituição é do povo, e não dos poderes constituídos, embora estes tenham a competência de veicular à mensagem do povo, incorporando-a a ordem constitucional vigente, na seguinte ordem de atuação: Presidente, Congresso e, por último, o Tribunal Constitucional. A Suprema Corte é um dos últimos atores do processo de alteração da constituição na democracia dualista e deve atuar como garantidor das conquistas populares nos momentos políticos<sup>710</sup>.

---

constitu-tional principle will not end, moreover, until a series of decisive victories at the polls permits the newly triumphant spokesmen of the People to proclaim their new higher law from all three of the branches constituted by the first three Articles. It is only at this point that a structural amendment, as I shall call it, achieves its legitimate ratification under our dualist Constitution as it has evolved over the past two centuries". In. *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale L.J.(1984), p. 1055-1056. No mesmo sentido JORGE OCTÁVIO LAVOCAT GALVÃO: "demais, para que a demanda se torne foco de uma política extraordinária, é necessário que a população se engaje no debate sobre o tema, o que normalmente ocorre nas eleições presidenciais subsequentes, nas quais a questão se torna um dos principais pontos de divergência entre os candidatos concorrentes. Caso o partido do proponente saia-se vencedor em sucessivas eleições e o partido oponente não mais rejeite tal bandeira política, mas apenas questione o seu significado futuro, então a Suprema Corte acaba por legitimá-la na linguagem do direito constitucional. In. *O Poder Executivo na construção do Direito Constitucional: uma breve análise do caso brasileiro*. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, nº. 2, jul./dez. 2014, p. 53.

<sup>706</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. 2006, pp. 373-374.

<sup>707</sup> Ibidem, p. 374.

<sup>708</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale L.J.(1984), p. 1055.

<sup>709</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN, op., cit., loc., cit.

<sup>710</sup> Cfr. CYNARA MONTEIRO MARIANO: "Logo, a positivação, no texto constitucional, das regras atinentes à competência e investidura do Supremo Tribunal Federal não elimina a validade moral e supraconstitucional dos valores democráticos fundamentais. A previsão constitucional confere, à jurisdição constitucional exercida pelo STF, somente uma validade jurídica, o que é insuscetível, porém, de conferir-lhe plena legitimidade, já que esta

Ora, se nem mesmo a iniciativas das emendas é do Poder Legislativo, já que Ackerman a atribui ao povo, numa espécie de iniciativa informal que deve anteceder a formal, a ser identificada nos momentos constitucionais, tampouco o Tribunal Constitucional está autorizado a contrariar disposição constitucional expressa via interpretação evolutiva ou mutação constitucional, o que se revelaria uma prática violadora do princípio democrático<sup>711</sup>, onde o poder político reside no povo. Não estamos, com isso, a defender a concepção originalista<sup>712</sup>, na medida em que reconhecemos a importância da interpretação evolutiva como fator de atualização da norma constitucional ante as novas gerações<sup>713</sup>.

#### **4.7. Limites à alteração da Constituição pela interpretação evolutiva.**

A interpretação evolutiva permite a conformação do conteúdo e sentido dos conceitos à realidade, e tem na própria Constituição seu limite maior. Resta saber se a mutação constitucional gestada na interpretação evolutiva autoriza a atribuição de sentido contrário ao texto expresso da Constituição.

A resposta a esta questão tem implicações gravíssimas na seara da teoria da Constituição, em especial, o poder constituinte. As mutações constitucionais declaradas pelos Tribunais Constitucionais estão em rota de colisão com a democracia dualista de Ackerman<sup>714</sup>, que traz o povo como figura central a fomentar os momentos constitucionais de

---

não se atinge pela mera legalidade ou positividade, conforme explicado anteriormente. Além disso, a plena legitimidade do órgão de defesa da Constituição, no caso brasileiro, não está resolvida por meio da manifestação da vontade de uma maioria pretérita e conjuntural, ainda que constituinte, porque ela tem que ser fundamentada num consenso valorativo do povo, que é suprapositivo, e que sofre mutações constantes com o passar dos tempos. O que significa que a legitimidade da jurisdição constitucional, não só no caso brasileiro como em qualquer sistema político, diz mais respeito à ideia de um poder constituinte permanente, do que à ideia do poder constituinte estático e inicial, em sua versão clássica”. In. *Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 156.

<sup>711</sup> Cfr. DAVID STRAUSS. *We the people, They the people e o enigma do constitucionalismo democrático*. Revista Teoria Jurídica Contemporânea. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017, p. 260.

<sup>712</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. Sustained reflection will not only enrich the ongoing enterprise of constitutional interpretation. It will also highlight the high stakes involved in the effort by Justice Scalia, and many others, to challenge the very notion of a living Constitution. We will come to see Justice Scalia’s challenge as an invitation to cut ourselves off from the American people’s great constitutional achievements of the twentieth century. In. *The living constitution*. Harvard Law Review, vol. 120, n. 7, 2007, p. 1754.

<sup>713</sup> Cfr. DAVID STRAUSS. “Entretanto, ainda estamos vinculados a sua obra, de algumas maneiras— o que significa que nos referimos a “*They the People*”, e não ao “*We the People*”, e isso não soa muito democrático. Uma terceira questão está relacionada aos pontos de partida e aos pontos de chegada das gerações responsáveis pelas retificações e ementas. Isso significa que nós estamos, possivelmente, agindo de forma incompatível com o que o povo ordenou e estabeleceu, originariamente. Mas, talvez, essas atualizações façam a Constituição mais democrática; eu sustento que, ao menos potencialmente, elas o façam”. In. *We the people, They the people e o enigma do constitucionalismo democrático*. Revista Teoria Jurídica Contemporânea. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017, p. 254.

<sup>714</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. 2006, pp. 371-372.

qualquer alteração, e a Suprema Corte como o último ator do processo dualista a catalisar este anseio popular, além de ser o garantidor da vontade popular manifestada.

Levanta, ainda, o problema da legitimidade e da violação da cláusula de separação dos poderes, vez que permite o deslocamento do epicentro calcado na vontade democrática do povo para as mãos do Tribunal, órgão de soberania nacional sem representatividade, com competências delimitadas pelo poder constituinte originário.

A se admitir mutações contrárias ao texto da constituição, qual será o parâmetro para controle de constitucionalidade? Não haveria mutação inconstitucional, o que significa que as mutações não estariam sujeitas ao controle de constitucionalidade ou a qualquer princípio estruturante, ainda que germinado no poder constituinte. Ora, se a mutação está inserida no âmbito do poder de reforma da Constituição e se a Emenda à Constituição editada pelo Congresso Nacional está sujeita ao controle de constitucionalidade, como pode a mutação constitucional não se submeter a este mecanismo de controlo? Simplesmente não haveria sistema de freios e contrapesos que resistiria a esta força superior emanada dos Tribunais que passariam a deter o monopólio do direito constitucional<sup>715</sup>.

No primeiro semestre de 2019, a Venezuela foi exemplo de como o monopólio da Suprema Corte é perigoso. O Tribunal Supremo de Justiça venezuelano é um dos pilares de um governo autoritário, que rejeita qualquer ajuda humanitária, inclusive a entrada de alimentos e remédios provenientes da ONU e que reduziu a população à miséria. Não há amostra maior de conduta vilipendiadora da dignidade humana com amparo da justiça.

Uma forma de reação ao monopólio das alterações constitucionais declaradas pelos Tribunais Constitucionais são as emendas de reforço editadas pelo Poder Legislativo, derogadoras do sentido modificador e contrário a Constituição, como ocorreu no caso da vaquejada (Emenda Constitucional 96 de 06.06.2017). O poder legislativo poderá sustar a mutação constitucional violadora das cláusulas pétreas e do programa normativo da Constituição plasmado no Estado Democrático de Direito, na dignidade da pessoa humana e demais princípios estruturantes a partir da edição de emenda formal à Constituição reafirmando e até mesmo ampliando estes direitos.

---

<sup>715</sup> Nesse sentido, leciona Celso Ribeiro Bastos: “De outra parte é preciso deixar consignado que a compreensão, ou melhor dizendo, a interpretação da norma sofre alteração devido a evolução da sociedade, contudo, esses elementos fáticos não têm o condão de alterar o conteúdo da norma. É dizer, não modificam a estrutura da norma jurídica, posto que se assim o fosse o intérprete poderia, no tocante a interpretação da constituição, alterar a essência de suas normas de molde a considerar uma lei que contrariasse os preceitos contidos na Lei Fundamental como válida. Estar-se-ia conferindo um enorme poder ao intérprete, o que acabaria por comprometer toda a ordem jurídica e os princípios e valores por ela albergados”. In. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 184.

Essa competência decorre, a meu ver, do sistema de freios e contrapesos e pelo fato de o Poder Legislativo gozar de legitimidade representativa, cujos membros são eleitos democraticamente. Enquanto representantes do povo, os parlamentares gozam de melhores condições para aferir se a realidade social apontada como majoritária pelo Tribunal Constitucional de fato se sustenta ou se está fundada numa falsa percepção.

Mas se as mutações se sujeitam a controle, não seriam inconstitucionais de plano por não observarem o procedimento formal de alteração do texto constitucional?<sup>716</sup>

A resposta é positiva. Por isso falamos em limites a alteração da constituição pela interpretação evolutiva que também pode levar à mutação constitucional. Ou seja, justamente para não impingir à mutação *status* supraconstitucional. E sendo assim, a própria mutação constitucional se sujeita a estes limites que se encontram na essência da Constituição.

Sabidamente, há práticas sociais ou políticas que contrariam o texto constitucional e que não podem ser ignoradas. Quanto ao aspecto político, são colocadas, paulatinamente, sob análise dos Tribunais Constitucionais sendo que muitas delas, apesar de confrontarem com a Constituição, são mantidas.

Tanto Jorge Miranda (ao admitir o costume *contra constitutione*) como Jorge Bacelar Gouveia, ao referenciar as vicissitudes constitucionais, admitem a mutação constitucional alterem preceitos constitucionais. De acordo com Jorge Bacelar Gouveia, as vicissitudes constitucionais definem-se, assim, em razão da projeção dos seus efeitos, tanto sobre a estabilidade ou sobre a mutabilidade da Ordem Constitucional, como sobre a permanência ou a alteração das normas e princípios que a integram, acarretando os seguintes efeitos jurídico-normativos: a alteração de preceitos constitucionais, a supressão de preceitos constitucionais e o aditamento de preceitos constitucionais<sup>717</sup>.

---

<sup>716</sup> Perguntar-se-á então: em sistemas onde foram instituídas jurisdições vocacionadas para a garantia da Constituição, se essas alterações constitucionais são introduzidas à margem das normas que dispõem sobre a revisão formal da mesma Lei Fundamental através de emendas, por que razão não são as mesmas, pura e simplesmente, julgadas inválidas? A questão é complexa, na medida em que as mutações se exprimem primariamente no domínio dos fatos para, posteriormente, evoluírem para o universo do direito. Neste sentido, tem pertinência a ideia já aludida por Hesse, segundo a qual existe nas mutações algo em comum com o poder constituinte que nasce originariamente como um fenómeno existencial. As mutações, quando vingam e passam do universo fático para jurídico, constituem uma vicissitude constitucional híbrida pois, situando-se a paredes meias com a revisão ou emenda constitucional, tem na sua formação algo que as aproxima do poder constituinte no léxico de Schmitt e que consiste numa génese existencialista imposta pela realidade dos fatos. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso*. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, p. 64.

<sup>717</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *Manual de direito constitucional: teoria do direito constitucional*. Tomo I, 6. ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 703.

A mutação constitucional não pode contrariar o texto da Constituição<sup>718</sup>. A alteração de preceitos constitucionais a partir da interpretação evolutiva deve margear o próprio texto constitucional, cujo resultado não pode contrariá-la, o que também se aplica em relação ao aditamento. Quanto à supressão de preceitos, entendo que o não exercício de qualquer competência ou obrigação por qualquer poder não implica numa revogação tácita calcada no desuso, visto que a omissão, neste caso, pode decorrer da ausência de pressupostos fáticos necessários a ensejar o exercício da competência tipificada, tal como ocorre com o *impeachment* na Constituição Norte-Americana que, apesar de nunca acionado, sua supressão jamais esteve em questão.

Já Anna Cândida Ferraz<sup>719</sup> diferencia as mutações constitucionais – compatíveis com o texto constitucional – das mutações inconstitucionais. A autora só admite as mutações constitucionais, o que me parece equivocado, justamente porque afastaria as mutações do controle de constitucionalidade.

Ora, só se pode falar em mutações inconstitucionais se se admitir que as mutações podem contrariar o texto da constituição ou contrariar seu núcleo intangível. Como reconhecer a inconstitucionalidade de algo que sequer pode ser admitido? Desse modo, as mutações, sejam conformes ou contrárias ao texto constitucional, são pressupostos de existência das mutações inconstitucionais, o que só pode ser aferido *a posteriori*. Apenas é possível reconhecer que uma mutação é inconstitucional se ela existir e assim for declarada, questionada ou resistida pelos demais poderes ou pelo povo.

Campo fértil para a interpretação evolutiva e também para a mutação são os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Aliás, aqui reside a principal crítica à interpretação como concretização<sup>720</sup>. De acordo com Konrad Hesse, a “interpretação Constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só está completo com sua interpretação, contudo, só nesse sentido tem caráter criativo: a atividade interpretativa está vinculada a norma<sup>721</sup>”.

---

<sup>718</sup> “A utilização desse mecanismo [mutação constitucional], permite uma atualização contínua e, por que não, natural, da Constituição, que, sem a observância do procedimento agravado de reforma, caminha *pari passu* com o organismo social: preserva-se o texto, mas altera-se o conteúdo, que deve sempre refletir a realidade de configuração do poder político”. Cfr. EMERSON GARCIA. Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 474-475.

<sup>719</sup> Cfr. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 8 e ss.

<sup>720</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2012, p. 63.

<sup>721</sup> *Ibidem*, op. cit., loc., cit.

Nesse sentido, a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a ser concretizada<sup>722</sup>. Para Hesse, o intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão que é a que vai permitir-lhe contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma ideia do conjunto e perfilar um primeiro projeto que necessita ainda de comprovação, correção e revisão através da progressiva aproximação para a “coisa” por parte dos projetos em cada caso revisado, a unidade de sentido é claramente fixada<sup>723</sup>.

Para Kelly Susane Alflen da Silva, “a concretização do Direito e, em principal, da Constituição (ou da lei), não pode, portanto, ser inteiramente controlável metodologicamente nem se realizar com o auxílio do silogismo lógico-formal, no sentido de se efetuar como a exatidão obtida nas ciências operadas a partir de comandos jurídicos previamente elencados acabados e completos<sup>724</sup>”. Pressupõe o juízo de possibilidade jurídica do caso diante do texto constitucional, o que não significa, ao mesmo tempo, a alteração de sentido a cada caso julgado, senão a fixação de sentido a ser seguido naqueles casos em que a norma carece de elementos necessários que dificultem sua concretização, o que possibilita o recurso ao ser histórico, ao conhecimento e a pré-compreensão<sup>725</sup>.

Ao defender a interpretação como concretização, Konrad Hesse exalta a força normativa da constituição, e para ele, esse método visa conferir efetividade às normas constitucionais. Miguel Nogueira de Brito questiona como pode a interpretação ser vinculada por aquilo que se destina a desvelar, conferindo ênfase aos conceitos indeterminados<sup>726</sup>.

Inicialmente, há que se fazer um recorte entre os conceitos jurídicos indeterminados sem conteúdo estabelecido e aqueles que já tiveram seu conteúdo fixado e, portanto, sujeitos a alteração. Feito esse recorte, primeiramente, reforço que o foco deste trabalho é a alteração da Constituição por meio da interpretação evolutiva, o que coloca-nos diante do segundo recorte, ou seja, quando os conceitos jurídicos indeterminados, de algum modo, já tiveram seu

---

<sup>722</sup> Cfr. CRISTINA QUEIROZ: “a teoria da norma jurídica repousa na ideia fundamental de que a norma, objecto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se apresenta como resultado de um trabalho de construção, correntemente designado de concretização. A teoria da norma jurídica repousa na ideia fundamental de que a norma, objecto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se apresenta como resultado de um trabalho de construção, correntemente designado de concretização”. In: *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 121.

<sup>723</sup> Cfr. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2012, p.64.

<sup>724</sup> Cfr. KELLY SUSANE ALFLEN DA SILVA. *Interpretação e Concretização Normativo-Constitucional*. DPU Nº 27 – Maio-Jun/2009, p. 51.

<sup>725</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *Lições de introdução à teoria da constituição*. 2ª. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 166.

<sup>726</sup> *Ibidem*, p. 167.

conteúdo pré-estabelecido. Isso porque a definição do conteúdo do conceito indeterminado é pressuposto para o debate em torno da sua alteração *a posteriori*.

No entanto, não podemos furta-nos da primeira parte do recorte, quando o conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados ainda não foi fixado. Nesse processo, o intérprete estaria vinculado a alguma coisa?

*A priori*, não estaria vinculado ao conceito, pois a fixação de seu conteúdo é pressuposto para sua vinculação futura, como bem descrito por Miguel Nogueira de Brito. Mas isso significaria total discricionariedade ao intérprete? Não. Estaria vinculado aos elementos constitucionais aos quais deve recorrer para fixar o conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados, como os princípios estruturantes.

Outra questão é que, em regra, em razão do princípio da inércia da jurisdição, quando o sentido ou conteúdo de algum conceito jurídico indeterminado ou cláusula geral for questionado perante o judiciário, é porque outro poder já definiu seu sentido/conteúdo, de modo que não será o tribunal a fazê-lo em primeiro lugar.

Ao tribunal compete, então, realizar o juízo de conformação do sentido atribuído ao texto constitucional, ou seja, o controlo de constitucionalidade. E mesmo que o sentido atribuído seja declarado inconstitucional, não cabe ao judiciário substituir a liberdade de conformação política dos demais poderes, mas atuar com deferência.

Desse modo, quando o tribunal lida com conceitos indeterminados, ainda que pela primeira vez, a seu alcance estão disponíveis diversos elementos constitucionais a auxiliá-lo na tarefa interpretativa, tais como os princípios estruturantes, os fundamentos objetivos e direito e garantias fundamentais. O fato de o conceito ser indeterminado não interfere na vinculação do tribunal à Constituição enquanto lei maior.

Karl Engisch, como referimos no primeiro capítulo, elenca os conceitos discricionários ao lado dos conceitos indeterminados e dos conceitos normativos<sup>727</sup>. No entanto, é possível situá-los como uma nova categoria de conceitos indeterminados ou como conceitos normativos, já que pode haver conceitos indeterminados puramente discricionários, assim como conceitos normativos discricionários.

De acordo António Sousa, os conceitos discricionários são aqueles que se caracterizam pela autonomia de valoração pessoal<sup>728</sup>.

---

<sup>727</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, p. 225.

<sup>728</sup> Cfr. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA. *Conceitos*, 1994, p. 28.

E os atos de valoração? O que têm a ver com os conceitos indeterminados? Na verdade, este é um elemento intrínseco aos conceitos discricionários que, gozam de maior valoração que os conceitos descritivos e normativos *strictu sensu*. Isso não significa que estes conceitos não sejam valorados, até porque Engisch distingue valoração objetiva de valoração subjetiva.

Ao voltar sua atenção à discricionariedade (afinal, que significam elas senão o livre parecer pessoal do juiz ou do funcionário administrativo?), Karl Engisch afirma que o controle judicial do ato discricionário, seja emanado no próprio judiciário ou da esfera administrativa, depende da verificação do abuso do poder discricionário inserido no âmbito subjetivo do sujeito que o exerce. Se a interpretação conferida ao conceito discricionário está dentro da margem de aceitação, esse ato, seja administrativo ou judicial, não poderá ser revisto, a menos que, no âmbito judicial, vise adequar o conceito ao caso concreto.

Mas o foco da discricionariedade no âmbito da valoração, com vistas a preencher conceitos caso a caso, concentra-se, sobretudo, no esclarecimento do conceito de discricionariedade na sua estrutura dogmática sob o ângulo visual do “direito dos juristas<sup>729</sup>”. Para Karl Engisch, o poder discricionário é revelado quando duas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conformes ao direito<sup>730</sup>. Independentemente da alternativa adotada, a autoridade estará dentro da margem de legalidade, alargada em razão da abertura densificadora decorrente de conceitos indeterminados utilizados pelo legislador<sup>731</sup>.

Há de se considerar, no entanto, que os conceitos indeterminados exigem, muitas vezes, a atribuição de sentido através da interpretação, a partir do caso concreto, porque nem sempre a lei oferecerá alternativa a ser escolhida. É o intérprete que construirá as alternativas dentro do espaço de livre apreciação e a liberdade de conformação não significa carta branca. E o responsável por realizar este cotejamento entre a lei e o caso concreto, seja atribuindo

---

<sup>729</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, p. 215.

<sup>730</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>731</sup> Dignas de registro são as lições de SÉRVULO CORREIA: O poder próprio da Administração manifesta-se precisamente no exercício da discricionariedade e da prerrogativa de avaliação respeitante ao preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados. Através destas figuras, o ordenamento jurídico recusa a subordinação total da administração ao legislador e ao juiz. Recusa a subordinação total ao legislador, porque as soluções se vão basear em premissas autonomamente escolhidas pelo órgão administrativo. E a recusa a subordinação total ao juiz administrativo, porque a este não caberá substituir-se à Administração para efeito de refazer os juízos valorativos de prognose e de ponderação de interesses em conflito, isto é, não lhe cabe rever e emitir em última instância juízos de mérito que integram materialmente a função administrativa e, em princípio, se encontram arredados do controlo jurisdicional de legalidade. As normas que encerram conceitos jurídicos indeterminados ou conferem discricionariedade deixam pois à Administração um momento criativo que, embora regido por alguns princípios (vinculação ao fim, imparcialidade, proporcionalidade), configura o exercício de um poder próprio de determinação daquilo que em cada momento, nos casos concretos, é melhor para a satisfação dos interesses públicos abstratamente enunciados na lei. In: *Legalidade*, 2013, pp. 488-489.

sentido, seja criando alternativas, segundo Engisch, desfruta de “competência delegada pelo legislador como forma de delegação de poder, para tomar uma decisão que o legislador não tomou ele mesmo, mas remeteu para o agente administrativo ou para o juiz, porque só pode ser tomada considerando os fatos e circunstâncias que apenas *in concreto* podem ser descobertos<sup>732</sup>”.

Com efeito, Engisch busca aproximar discricionariedade vinculada e o espaço de livre apreciação. A discricionariedade vinculada é entendida como sendo a busca por uma decisão justa em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, ao mesmo tempo em que se procede a uma cuidadosa análise das circunstâncias do caso concreto. O espaço de livre conformação, além de considerar as diretrizes jurídicas em busca da justiça, “exigem sempre uma valoração individual que, por seu lado, não é juridicamente controlável, mas, no entanto, almeja ao objetivamente justo<sup>733</sup>”.

A diferença entre os espaços de livre apreciação e o poder discricionário, é que este último “reconhece um espaço ou domínio de liberdade de decisão própria daquele a quem a competência é atribuída”, aparentemente sem qualquer vinculação ao direito<sup>734</sup>. Por outro lado, os espaços de livre apreciação, conjugados com a discricionariedade vinculada, limitariam o espaço e o domínio de liberdade de decisão própria, porque parte de todas as diretrizes jurídicas e legais que seriam o caminho, para só ao final, diante da minuciosa análise do caso concreto, ser aplicada uma dose de “valoração individual” que, embora não seja judicialmente controlável, almeja objetivamente o justo.

De saída, o problema é definir o conceito de “valoração individual” e do que seja “objetivamente justo”. Embora a lei seja o ponto de partida, a valoração individual pode desviá-la do caminho. Não é porque o juiz parte do arcabouço jurídico disponível, de diretrizes legais, jurisprudenciais ou principiológicas que ao final terá condições de fazer uma valoração individual como expressão máxima de justiça. O problema antecede a subsunção do fato à norma, porque, até então, as análises do juiz perquirem atribuir valor e conteúdo ao conceito objeto da controvérsia. A valoração individual pode atribuir, neste momento, um conteúdo e extensão contrários à lei, e deturpar seu sentido. Não há garantias de que a valoração individual seja objetivamente justa, na medida em que o próprio conceito de justo é

---

<sup>732</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, p. 220.

<sup>733</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>734</sup> *Ibidem*, loc. cit..

indeterminado, embora Engisch reconheça ser “problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que latitude tal discricionarietà existe<sup>735</sup>”.

Ao prever os reflexos desta anomalia no ordenamento jurídico, o renomado jurista Paulo Otero que, ao situar a problemática em torno da erosão da legalidade da atuação administrativa – e aqui peço licença para transportar esta lição para o campo dos atos decisórios do juiz que, assim como o administrador, tem a lei emanada do legislador como fonte primária de seu ofício – ao afirmar que “as normas legais em branco<sup>736</sup> são passíveis de suscitar implicações ao nível do princípio democrático, da publicidade, e eventual renúncia do legislador a sua competência densificadora das normas, produzindo uma espécie de incompetência negativa<sup>737</sup>”.

Por último, Karl Engisch define que o poder discricionário apregoado por ele aparece apenas como “discricionarietà da estatuição” e “discricionarietà na hipótese legal”. A discricionarietà da estatuição não define as hipóteses a serem consideradas pelo aplicador da lei, cingindo-se um conceito discricionário cujas hipóteses serão construídas a partir do caso concreto. A discricionarietà na hipótese legal oferece algumas alternativas para o aplicador da lei verificar a mais condizente ao caso concreto. Aparentemente, o âmbito de discricionarietà é reduzido, até verificarmos que é possível um dispositivo legal conter, ao mesmo tempo, discricionarietà na estatuição e também na hipótese, evidenciando a correspondência entre ambos<sup>738</sup>.

Assim, é possível identificar limites à interpretação evolutiva, que, via de consequência, se estendem à mutação constitucional, com duas exceções: os limites materiais (cláusulas pétreas) e circunstanciais<sup>739</sup>.

Os limites materiais implícitos e explícitos são parâmetros de controlo da mutação constitucional e da interpretação evolutiva, sendo que os direitos consagrados nas cláusulas pétreas não poderão sofrer restrição ou leitura em desacordo com a Constituição. Já os limites

---

<sup>735</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, p. 228.

<sup>736</sup> PAULO OTERO admite que as “normas legais em branco” podem conter cláusulas gerais ou conceitos indeterminados. In: *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 899.

<sup>737</sup> *Ibidem*, p. 898.

<sup>738</sup> KARL ENGISCH, *op. cit.*, pp. 226-227.

<sup>739</sup> Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES. “O poder de emenda também se submete a restrições circunstanciais. Proíbe-se a mudança em certos contextos históricos adversos à livre deliberação dos órgãos constituintes, como a intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa (CF, art. 60, § 1º)”. In: *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 115.

circunstanciais<sup>740</sup> (estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal<sup>741</sup>) se aplicam apenas em relação à mutação constitucional. Isso porque se trata de limite expresso ao poder de reforma da Constituição a ser exercido pelo Congresso Nacional, o que também se estende à alteração da Constituição por mutação constitucional.

A seu turno, a interpretação evolutiva, por não se enquadrar no âmbito da teoria do poder constituinte, não está sujeita aos limites circunstanciais, sendo que o Tribunal Constitucional poderia alterar o sentido dos conceitos constitucionais durante estado de sítio, defesa e intervenção militar desde que conformes à Constituição.

---

<sup>740</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO: A história ensina que certas circunstâncias excepcionais (estado de guerra, estado-de-sítio, estado de emergência) podem constituir ocasiões favoráveis a imposição de alterações constitucionais, limitando a liberdade de deliberação do órgão representativo. Isso explica um preceito com o teor do art. 284º impositivo de limites circunstanciais, que proíbem a revisão da Constituição em situações de anormalidade constitucional (estado-de-sítio ou estado de emergência). In. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2003, p. 1063.

<sup>741</sup> Cfr. art. 60, § 1º da CRFB: “A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”. No mesmo sentido, cf. art. 289 da CRP.

## CONCLUSÃO

A hermenêutica, enquanto ciência, coloca à disposição do intérprete vários métodos interpretativos, dentre os quais podemos mencionar métodos de interpretação clássicos concebidos por Friedrich Carl von Savigny (interpretação sistemática, histórica, lógica e gramatical) e modernos, dentre os quais J.J. Gomes Canotilho destaca (método hermenêutico clássico, o método tópico-problemático, o método hermenêutico concretizador, o método científico-espiritual, o método normativo-estruturante, e a interpretação comparativa) além de princípios (o da unidade, o da identidade, o da adequação ou de concordância prática, o da efetividade, da supremacia e do efeito integrador) que, ao que parece, nem sempre são os mais adequados diante dos desafios que a realidade impõe.

A interpretação evolutiva constitui importante mecanismo de atualização do direito, ao permitir que a evolução social seja incorporada ao conteúdo da norma constitucional, impedindo, assim, a condenação das gerações futuras aos ideais das gerações passadas. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes<sup>742</sup>.

Todavia, o ativismo judicial, no âmbito das Cortes Constitucionais, provoca uma ruptura que enfraquece a interpretação evolutiva como fio condutor do dinamismo que permeia as relações sociais e, conseqüentemente, a própria sociedade, por se tratar de ponto médio entre os processos de alteração formal e informal do texto da constituição, ao mesmo tempo em que deflagra a crise da hermenêutica, enquanto ciência propulsora dos métodos e princípios, cujo contributo é inegável para o desenvolvimento e atribuição de sentidos.

A primeira problemática reside na dicotomia entre regras e princípios. A ideia de peso ou importância dos princípios defendidos por Dworkin é tão sustentável quanto à ponderação de Alexy no caso de colisão de princípios. A diferença entre regras e princípios está na colisão, visto que os princípios não se anulam, mas se limitam reciprocamente num caso concreto, enquanto as regras se invalidam, a partir dos critérios de solução de antinomia (Alexy também afirma que as regras podem excepcionarem-se). As regras exprimem obrigações absolutas, pois havendo norma simultânea que verse sobre a mesma matéria, uma delas será derogada, ao passo que os princípios instituem obrigações *prima facie*, que depende da aplicação prática para se verificar aquela aplicável ao caso concreto.

---

<sup>742</sup> Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2009, p. 151.

Independentemente do princípio que for aplicado, o outro princípio continuará a existir, podendo se sobressair noutro caso.

No entanto, não se pode perder de vistas que para interpretar os princípios a partir de uma nova realidade, certamente o exegeta recorrerá a métodos clássicos, modernos e aos próprios princípios de interpretação constitucional, consagrados pela hermenêutica, de modo que ele também faz parte do sistema hermenêutico enquanto condutor do processo interpretativo, como bem salientado por Humberto Ávila. Daí a importância das lições de Ávila e Lenio Streck no sentido de que os princípios não podem ser simplesmente afastados, porque o afastamento destes inclui, necessariamente, um juízo de valor enfraquecedor do próprio conteúdo do princípio afastado, a gerar, com isso, decisionismos e preciosismos contrários a fórmula política, preocupação latente em Canosa Usera, naquilo que Streck denomina panprincipialismo.

Por integrar o sistema hermenêutico, o intérprete reflete a questão do ser em Heidegger, na medida em que o conceito de ser é indefinível, e se constrói a partir do ente<sup>743</sup>. A presença permite a reunião de valores experiências no arcabouço formador do ente que, por sua vez, serve de base para o ser revelar o conceito. Em verdade, o ser em Heidegger relaciona-se, diretamente, ao intérprete em Canaris e Larenz que precisa interpretar o direito diante da nova realidade. O caminho do ser enquanto intérprete permitirá a identificação da evolução havida e, então, a atualização necessária do conteúdo do conceito, a partir dos princípios e direitos fundamentais. Há de se responder como a experiência adquirida no percurso do caminho não influenciará, negativamente, a interpretação.

A experiência do ser integrante do processo interpretativo coloca-o numa posição privilegiada, pois é a partir dele que os sentidos são atribuídos aos conceitos que integram a Constituição. Isso significa que experiência não pode ser tomada isoladamente, sob pena de desviar a interpretação de sua rota normal, que é conferir efetividade à norma constitucional.

Desse modo, a concepção de sistema jurídico aberto em Canaris, numa análise pluralística da norma, permite a incorporação da realidade social ao sistema jurídico, propiciando uma verdadeira atualização. A questão que se coloca, então, é o modo e os critérios dessa incorporação e a definição da competência para realizá-la, diante do risco, como alerta Kelsen, de decisões casuísticas contrárias à segurança jurídica e ao próprio sistema normativo, ao mesmo tempo em que traz à tona a questão da legitimidade do Judiciário, tal como prenunciado por Schmitt.

---

<sup>743</sup> Cfr. MARTIN HEIDEGGER. Ser e tempo. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 29.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que a interpretação evolutiva permite a alteração informal do sentido atribuído ao texto constitucional, a própria Constituição traça o procedimento formal para alterá-la. Trata-se de competência conferida pelo poder constituinte ao Poder Legislativo, um dos poderes constituídos.

Assim, é paradoxo admitir processos informais de alteração da Constituição, ao mesmo tempo em que há órgão encarregado de alterá-la, mediante procedimento formal, com quórum qualificado.

E a doutrina trata, em maior escala, de dois processos informais de alteração da Constituição: a interpretação evolutiva e a mutação constitucional, sendo que alguns autores as tratam como expressões sinônimas. É preciso registrar, em nosso entender, que a interpretação evolutiva não se confunde com mutação constitucional.

De sorte que, a primeira diferença reside no fato de que a interpretação evolutiva constitui apenas um dos meios de se promover a mutação constitucional, ao lado de outras fontes, ou seja, seria espécie do gênero mutação. Carlos Blanco de Moraes elenca ao lado da interpretação as seguintes fontes das mutações: fontes fáticas de formação espontânea, fontes ato e fontes jurisprudenciais de base interpretativa, âmbito em que se situa a interpretação evolutiva.

A segunda diferença insere a interpretação evolutiva no âmbito da hermenêutica, na medida em que emprega os métodos e princípios desenvolvidos por esta ciência ao revelar os sentidos da norma. Já em outra seara, a mutação constitucional se insere na teoria do poder constituinte, especialmente o derivado ou de reforma, cujo objetivo pretendido é a reforma da Constituição de forma anômala, sem observar o procedimento formal traçado pelo constituinte, conduzindo o Judiciário ao protagonismo no processo democrático que caberia ao povo.

A terceira diferença diz respeito aos limites circunstanciais à alteração da Constituição. A interpretação evolutiva, por não se enquadrar no âmbito da teoria do poder constituinte, não está sujeita aos limites circunstanciais, sendo que o Tribunal Constitucional poderia alterar o sentido dos conceitos constitucionais durante estado de sítio, defesa e intervenção militar, faculdade esta inaplicável às mutações constitucionais. Ora, se durante estes aspectos circunstanciais não se pode alterar formalmente a Constituição, também não poderia ser declarada a mutação constitucional afeta ao poder de reforma da Constituição, ainda que informal.

Uma última diferença diz respeito aos efeitos. Por inserirem-se no âmbito do poder de reforma, as mutações constitucionais produzem efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, enquanto a interpretação evolutiva poderá produzir efeitos *ex tunc*, se assim desejar o Tribunal, mas, em regra, *inter partes*. Apenas terá efeitos *erga omnes* quando for declarada no julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Este trabalho elenca dois exemplos que buscam diferenciar a interpretação evolutiva da mutação constitucional, ao mesmo tempo em que demonstra os efeitos danosos ativismo judicial da Suprema Corte brasileira, até mesmo em relação à interpretação de direitos e garantias fundamentais.

O primeiro é a mitigação da presunção de inocência nas ADC's nº 43 e 44 e mutação por interpretação contrária ao texto expresso da Constituição. No exemplo citado, não estamos diante de qualquer alteração fática no substrato histórico a justificar a interpretação conferida ao inciso LVII do art. 5º da CRFB e tampouco de qualquer anseio popular. O conceito e o plano fático são os mesmos daquele pré-constitucional, recebido e incorporado pelo constituinte com o conteúdo de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença. Como admitir que alguém, presumidamente inocente, cumprirá pena antes que a sentença penal tenha se transformado num título exequível?

O problema da utilização indiscriminada da interpretação para contrariar e manipular os conceitos constitucionais ou até mesmo para contrariar disposição textual expressa da Constituição a pretexto de ter ocorrido mutação é diário nos Tribunais Constitucionais. E as alterações de posicionamentos havidas no STF em relação ao inciso LVII do art. 5º da CRFB nas ADC's nº 43 e 44, além de gerar insegurança jurídica, relava o ativismo danoso flagrantemente inconstitucional, além de confundir o povo.

De modo contrário, a evolução do conceito de liberdade ao longo do século XIX<sup>744</sup> é exemplo cristalino de interpretação evolutiva, na medida em que o sentido prevalecente ao final não contrariou em nada o artigo 179 da Constituição Brasileira Imperial de 1824. Apenas conferiu efetividade a um direito consubstanciado na gênese, mas que na prática não era reconhecido diante da relação de dependência e sobreposição de classes, o que também

---

<sup>744</sup> Dentre a parcela mais conservadora da população, que se valia da escravidão para auferir renda e lucros, “criou-se um clima de desconfiança e até de desinteresse pela monarquia, que para eles estava tanto comprometida com a instituição servil como com a propriedade da terra”, conferindo, assim, força ao movimento que culminou com a proclamação da República. Cfr. FRANCIELLY SCHMEISKE. Reflexões sobre a expropriação de terras destinadas à exploração do trabalho escravo. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira / Universidade de Lisboa da Faculdade de Direito, Centro de Investigação de Direito Privado. - Lisboa, 2015. - A. 1, nº 3 (2015), p. 639-660.

denota o processo de erosão calcado na igualdade relativa em prol do Estado Liberal<sup>745</sup>. Certamente, essa interpretação evolutiva preenche todas as condições para elevar a alteração havida ao status de mutação constitucional.

Konrad Hesse exalta a força normativa da Constituição. Isso faz da interpretação instrumento hermenêutico por meio do qual a realidade deve ser constitucionalizada, de acordo com o programa normativo estabelecido pelo constituinte. É essa medida que permitirá a salvaguarda do *corpus* da Constituição, enquanto programa normativo, impedindo sua derrocada ante a legislação infraconstitucional e as práticas inconstitucionais perpetradas pelos poderes do Estado e no seio da sociedade, principalmente aquelas com reflexo político e econômico.

Desse modo, as ideias defendidas por Konrad Hesse e J.J. Gomes Canotilho são consentâneas com o Estado Democrático de Direito, além de permitir a conformação das normas constitucionais à realidade, via interpretação ou mutação, sem incorrer em inconstitucionalidade, risco este presente nas teorias defendidas por Ferdinand Lassale e Georg Jellinek, diante da dificuldade de se filtrar a dinâmica em que opera a mudança da realidade, em sua profundidade e extensão, capaz de alterar a constituição.

Após a Segunda Guerra Mundial surgiram teses que objetivaram confrontar o ativismo judicial na tentativa de preservar a opção política. Nesse período, a *Warren Court* a *Burger Court* enfrentaram temas espinhosos que representaram um avanço do controle da opção política e rendera críticas ao ativismo. O originalismo em Bork, o minimalismo em Cass Sunstein e o direito como integridade em Dworkin buscaram solucionar o problema da interferência dos tribunais sobre questões políticas com ênfase na preservação da opção política.

Todavia, sob a perspectiva hermenêutica, as teorias apresentadas seriam insuficientes para impedir a escalada ativista das Cortes Constitucionais.

Ora, se o minimalismo judicial, em seu aspecto substancial, se preocupa com o conteúdo das decisões expresso na fundamentação daquilo que é enfrentado a partir de concepções amplamente difundidas e aceitas no seio social, essa integração é veiculada por meio da interpretação, o que pode descaracterizar o próprio minimalismo, pois a teoria pode não se mostrar efetiva na prática, em razão do subjetivismo incontrolável que pode permear o

---

<sup>745</sup> Cfr. ISABEL MARIA BANOND DE ALMEIDA. O estado e a liberdade no século XIX: Europa e caso português (II) In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto do Direito Brasileiro. Lisboa, 2012-. - A. 2, nº 2 (2013), p. 863-908.

intérprete. Ou seja, o minimalismo, enquanto teoria, não tem a força de obrigar o exegeta a fundamentar suas decisões a partir de concepções amplamente difundidas no seio social, justamente porque não pode mensurá-las.

Sobre o originalismo, pode-se imaginar, inicialmente, que o apego ao texto legal no processo interpretativo expurgaria qualquer possibilidade de consideração da realidade social. No entanto, há controvérsias. A leitura da constituição com o olhar de seus requer duas considerações: (1) necessariamente, o intérprete fará uma digressão histórica (2) a vontade do legislador passa a ser confrontada com a vontade da lei (*volunta legislatoris vs. volunta legis*), sendo que a investigação da real intenção dos fundadores e ratificadores da Constituição não permite uma conclusão diferente daquela positivada, sob pena de se recorrer aos aspectos subjetivos da investigação e da interpretação, o que não se admite no originalismo.

Essa dificuldade colocou o originalismo, de há muito, num segundo plano dentro da hermenêutica, sendo, como demonstrado, também confrontado pela teoria do direito enquanto sistema aberto (Canaris) ante a necessidade de se investigar se a vontade do legislador histórico foi ou não incorporada a norma legal. E, em caso positivo, o intérprete deve identificar ainda qual a vontade; questionar se foi incorporada corretamente, o que é paradoxo. Um tribunal não conta com os aparatos necessários para buscar a *volunta legislatoris*. Primeiro em razão da escassez de material; segundo diante da falta de tempo e terceiro porque são análises complexas que exigem “observar o observador do observador”, que é quem constrói a história.

Já o direito como integridade permite o intérprete recorrer ao socorro dos princípios. Isso porque, como aponta Dworkin, uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, e uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas, por quais autoridades e em que circunstâncias<sup>746</sup>.

Tanto que nem a ponderação, como mandamento de otimização, afasta o casuísmo, pois, ao final da operação, o intérprete aplica um princípio em detrimento do outro sob a justificativa de que o escolhido é o mais adequado ao caso<sup>747</sup>. Na verdade, isso não deixa de ser uma exclusão moldada axiologicamente, que pode ser invocada em sobreposição a lei, mediante “ponderação” de princípios altamente sofisticados e indeterminados.

---

<sup>746</sup> Cfr. RONALD DWORKIN. *O império do direito*. 1999, p. 292.

<sup>747</sup> Cfr. ROBERT ALEXANDER. *Teorias dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 611.

Consequência disso é a erosão da força normativa da Constituição, algo em voga atualmente no Brasil. A adequação e coerência do romance em cadeia não impede que o juiz recorra a suas convicções pessoais ou faça concessões a pressões. Na verdade, a adequação e coerência, sem descurar da importância teórica, defere maior abertura ao intérprete, que poderá se sentir autorizado a decidir o que quiser, desde que sua decisão seja adequada e coerente.

O direito como integridade não permite traçar o perfil do exegeta, assim como não garante qualquer lisura no processo interpretativo, apesar do brilhante apego teórico. O que quero dizer é que tanto os argumentos de princípio como os de política possuem margem de discricionariedade suficiente para justificar uma decisão como adequada e coerente, como ensina Kaufmann. O risco disso é o direito escambar para a moral, ante a possibilidade de se estabelecer a justiça do caso em detrimento da norma<sup>748</sup>.

O Tribunal Constitucional não pode recusar atribuir sentido aos conceitos indeterminados, princípios, cláusulas gerais e sanar omissões inconstitucionais, para garantir efetividade e o livre exercício dos direitos e garantias fundamentais, que devem ser resguardados contra qualquer violação, por se tratar de normas de aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e do artigo 18/1 da Constituição da República Portuguesa. Deve, no entanto, respeitar o limite de sua competência e agir com deferência em relação à opção política adotada ou deixá-la a cargo do Legislativo, quando estiver diante de omissões constitucionais, fixando prazo, se for o caso, até porque o ativismo, nestes casos, pode não só significar a interferência política, mas também implicar efeitos orçamentários que os tribunais não têm condições de mensurar. Qualquer investida, nesse sentido, incorreria flagrante violação a cláusula de separação de poderes.

No que se refere à questão da soberania popular como pressuposto de legitimidade do poder constituinte, o simples fato de haver disposição expressa acerca da competência da Corte Constitucional para interpretar a Constituição, não é suficiente para afirmar que seu exercício funda-se na soberania popular, o que, por derradeiro, denota a importância do debate em torno da legitimidade das cortes constitucionais em realizar interpretações e mutações alterando a Constituição quando, na verdade, deveriam guardá-las contra tais investidas. Até porque, do mesmo modo que o texto constitucional fixa a competência de

---

<sup>748</sup> Cfr. HUMBERTO ÁVILA. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 113.

controle e fiscalização em favor da corte constitucional, também fixa a competência exclusiva do poder Legislativo para reformar a constituição, com o *plus* de que os membros do poder legislativo gozam de legitimidade representativa.

Como isso, a partir da doutrina da soberania, a Corte Constitucional, enquanto poder constituído, não possui legitimidade popular para alterar a Constituição *contra legem*, pois essa competência possui atribuída, expressamente, ao Poder Legislativo, pelo poder constituinte originário, este sim detentor de soberania popular.

A teoria do poder constituinte calcada nas revoluções norte-americana e francesa reduz o âmbito de aplicação da interpretação evolutiva e da mutação constitucional, justamente porque reforça a força normativa da Constituição construída a partir da força política do povo. Isso se torna ainda mais forte na democracia dualista de Ackerman, que traz o povo como principal ator dos momentos constitucionais, tem a força para alterar a Constituição.

Assim, em Ackerman, a iniciativa para alterar a constituição é do povo, e não dos poderes constituídos, embora estes tenham a competência de veicular à mensagem do povo, incorporando-a a ordem constitucional vigente, na seguinte ordem de atuação: Presidente, Congresso e, por último, o Tribunal Constitucional. A Suprema Corte é um dos últimos atores do processo de alteração da constituição na democracia dualista e deve atuar como garantidor das conquistas populares nos momentos políticos.

Ora, se nem mesmo a iniciativas das emendas é do Poder Legislativo, já que Ackerman a atribui ao povo, numa espécie de iniciativa informal que deve anteceder a formal, a ser identificada nos momentos constitucionais, tampouco o Tribunal Constitucional está autorizado a contrariar disposição constitucional expressa via interpretação evolutiva ou mutação constitucional, o que se revelaria uma prática violadora do princípio democrático<sup>749</sup>, onde o poder político reside no povo. Não estamos, com isso, a defender a concepção originalista, na medida em que reconhecemos a importância da interpretação evolutiva como fator de atualização da norma constitucional ante as novas gerações<sup>750</sup>.

---

<sup>749</sup> Cfr. DAVID STRAUSS. *We the people, They the people e o enigma do constitucionalismo democrático*. Revista Teoria Jurídica Contemporânea. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017, p. 260.

<sup>750</sup> Cfr. DAVID STRAUSS. “Entretanto, ainda estamos vinculados a sua obra, de algumas maneiras— o que significa que nos referimos a “*They the People*”, e não ao “*We the People*”, e isso não soa muito democrático. Uma terceira questão está relacionada aos pontos de partida e aos pontos de chegada das gerações responsáveis pelas retificações e ementas. Isso significa que nós estamos, possivelmente, agindo de forma incompatível com o que o povo ordenou e estabeleceu, originariamente. Mas, talvez, essas atualizações façam a Constituição mais democrática; eu sustento que, ao menos potencialmente, elas o façam”. In. *We the people, They the people e o enigma do constitucionalismo democrático*. Revista Teoria Jurídica Contemporânea. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017, p. 254.

O texto constitucional atua como limite à alteração informal da Constituição procedida tanto pela interpretação evolutiva como pela mutação constitucional. Ademais, os limites circunstanciais (estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal) de alteração da Constituição são limites à mutação constitucional apenas. Os limites materiais (cláusulas pétreas) aplicam-se tanto à interpretação evolutiva como a mutação constitucional.

Por último, há a celeuma em torno dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais não poderiam, em tese, vincular o exegeta justamente por serem desprovidos de conteúdo prévio.

Embora os conceitos indeterminados não tenham conteúdo determinado o suficiente para vincular, o intérprete estaria vinculado aos elementos constitucionais aos quais deve recorrer para fixar o conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados, como os princípios estruturantes.

Há de se considerar, no entanto, que os conceitos indeterminados exigem, muitas vezes, a atribuição de sentido através da interpretação, a partir do caso concreto, porque nem sempre a lei oferecerá alternativa a ser escolhida. É o intérprete que construirá as alternativas dentro do espaço de livre apreciação e a liberdade de conformação não significa carta branca. E o responsável por realizar este cotejamento entre a lei e o caso concreto, seja atribuindo sentido, seja criando alternativas, segundo Engisch, desfruta de “competência delegada pelo legislador como forma de delegação de poder, para tomar uma decisão que o legislador não tomou ele mesmo, mas remeteu para o agente administrativo ou para o juiz, porque só pode ser tomada considerando os fatos e circunstâncias que apenas *in concreto* podem ser descobertos<sup>751</sup>”.

Com efeito, Engisch busca aproximar discricionariedade vinculada e o espaço de livre apreciação. A discricionariedade vinculada é entendida como sendo a busca por uma decisão justa em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, ao mesmo tempo em que se procede a uma cuidadosa análise das circunstâncias do caso concreto. O espaço de livre conformação, além de considerar as diretrizes jurídicas em busca da justiça, “exigem sempre uma valoração individual que, por seu lado, não é juridicamente controlável, mas, no entanto, almeja ao objetivamente justo<sup>752</sup>”.

A questão é definir o conceito de “valoração individual” e do que seja “objetivamente justo”. Embora a lei seja o ponto de partida, a valoração individual pode

---

<sup>751</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, p. 220.

<sup>752</sup> *Ibidem*, p. 221.

desviá-la do caminho. Não é porque o juiz parte do arcabouço jurídico disponível, de diretrizes legais, jurisprudenciais ou principiológicas que ao final terá condições de fazer uma valoração individual como expressão máxima de justiça. O problema antecede a subsunção do fato à norma, porque, até então, as análises do juiz perquirem atribuir valor e conteúdo ao conceito objeto da controvérsia. A valoração individual pode atribuir, neste momento, um conteúdo e extensão contrários à lei, e deturpar seu sentido. Não há garantias de que a valoração individual seja objetivamente justa, na medida em que o próprio conceito de justo é indeterminado, embora Engisch reconheça ser “problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que latitude tal discricionariedade existe<sup>753</sup>”.

---

<sup>753</sup> Cfr. KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, 2014, p. 228.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio Cesar. Riscos da ponderação à brasileira. Vol. 269, Curitiba: Revista de Processo, 2017.

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ACKERMAN, Bruce. The living constitution. Harvard Law Review, vol. 120, n. 7, 2007.

ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution, 93Yale L.J.(1984).

ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional.

ALENCAR FILHO, José Geraldo. Judicialização da política e ativismo judicial: Estudos dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial. Recife: Nossa Livraria, 2013.

ALENCAR FILHO, José Geraldo. Judicialização da política e ativismo judicial: estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial. Recife: Nossa Livraria, 2013.

ALEXANDRINO, José de Melo. Reforma constitucional: lições do constitucionalismo português. In. <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2016/03/Reforma-constitucional-.pdf>.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. Teorias dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Isabel Maria Banond de. O estado e a liberdade no século XIX: Europa e caso português (II) In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto do Direito Brasileiro*. Lisboa, 2012-. - A. 2, nº 2 (2013).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais da Constituição portuguesa de 1976. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARENDT, Hannah. Da revolução. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. Brasília: editora ática, 1989.

ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ATIENZA, Manuel. Interpretación Constitucional. Bogotá: Universidade Libre, 2010.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACZKO, Bronislaw. *The Social Contract of the French: Sieyès and Rousseau*. The University of Chicago Press, 1988.

BARATIERI, Noel Antônio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. As cláusulas pétreas: a possibilidade de revisão constitucional de vinculações de receitas na área da educação. In: *Justiça do Direito*, v. 31, n. 3, p. 585-602, set./dez. 2017.

BARBOSA, Márcio. *A Noção de Ser no Mundo em Heidegger e sua Aplicação na Psicopatologia*. Psicologia, Ciência e Profissão, 1998.

BARBOSA, Rui. *Comentários a Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, v. 1, nº 2, p. 80, jul/dez, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr. 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BASTOS, Fernando Loureiro. Os limites ao poder constituinte: algumas considerações sobre a feitura e a modificação de uma constituição de um Estado de direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 47, nºs 1 e 2 (2006). Lisboa: Coimbra Editora, 2006.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Vol. 1. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893, p. 62. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/2140>>. Acesso em 02.08.2017.

BLANC, Mafalda. *Desconstrução e retomação: Heidegger e a demanda do originário*. *Philosophica*, 45, Lisboa, 2015.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y La democracia*. Colección Estructuras y Procesos: Série derecho. Editorial Trotta: Madrid, 2000.

BONAVIDES, Paulo. As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro: uma análise comparativa, p. 197.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 34<sup>a</sup>. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

- BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 11. ed. São Paulo: 2014.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Revista de Estudos Avançados, vol. 18, nº 51. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.
- BORK, Robert H. The Tempting of America: The Political Seduction of the Law, 1990 BYU L. Rev. 665 (1990). Ver também: Neutral Principles and Some First Amendment Problems. Indiana Law Journal: 1971, vol. 47: Iss. 1, Article 1. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol47/iss1/1>.
- BOTELHO, Nadja Machado. Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.
- BRAGA, Tatiana Benevides Magalhães; FARINHA, Marciana Gonçalves. Heidegger: em busca de sentido para a existência humana. Rev. abordagem gestalt. [online]. 2017, vol.23, n.1. ISSN 1809-6867.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRITO, Miguel Nogueira de. “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”. In: Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho. *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- BRITO, Miguel Nogueira de. A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- BRITO, Miguel Nogueira de. A única revisão necessária: comentário ao artigo 284 da Constituição da República Portuguesa. In: *Lusíada*. Direito, II série, n.  1 (Janeiro – Junho 2003).
- BRITO, Miguel Nogueira de. Introdução ao estudo do direito. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2018.
- BRITO, Miguel Nogueira de. Lições de introdução a teoria da Constituição. 2  ed. Lisboa: AAFDL, 2017.
- BRITO, Miguel Nogueira de. O ordenamento constitucional português e a garantia de um nível mínimo de subsistência. In. *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra, 2014.
- BRITO, Miguel Nogueira de. Schmitt’s Spectre and Kelsen’s Promise: The Polemics on the Guardian of the Constitution. e-Book: *Judicial Activism An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. Editores: Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre e Steven D. Smith, 2015.
- BUENO, Roberto Pinto. Interpretação constitucional: a pol mica entre originalismo e não-originalismo, n. 3. Revista da Faculdade de Direito da PUC/SP, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. La interpretación de la constitución por la jurisdiccion ordinaria. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3<sup>a</sup> ed. Lisboa: Funda o Calouste Gulbenkian, 2002.

CÂNDIDO, Mariana P. O limite t nuo entre liberdade e escravidão em Benguela durante a era do comércio transatlântico. Afro-Ásia, Salvador, n. 47, p. 239-268, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constitui o. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Jurisdic o Constitucional e intranquilidade discursiva. In: Jorge Miranda (Org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constitui o de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CÁNOVAS, Diego Espín. Función judicial e interpretación de la ley. Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico. Vol. 65, n  3, 1996.

CASTANHEIRA NEVES. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. Estudos em homenagem ao prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro. Coimbra: 1979.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito, política e filosofia: contribui o para uma teoria discursiva da constitui o no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

CORDEIRO, Ant nio Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1997.

CORREIA, J. M. Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos, 2013.

COSTA, Rafael de Oliveira. Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais. n  44. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade 2014.

COUTINHO, Luís Pereira. "Formular e prescrever: a Constitui o do Tribunal Constitucional". In: Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho. *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Salvador: Juspodivm, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatiza o, eficiência e responsabilidade. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2004.

DAU-LIN, Hsü. Mutación de la Constitución. Traduzido por Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DRESCHER, Seymour. A abolição brasileira em perspectiva comparativa. Traduzido por Jaime Rodrigues. Publicado originalmente na *Hispanic American Historical Review*, 68(3): 429-460, 1988, com o título “Brazilian Abolition in Comparative Perspective”.

DUARTE, Maria Luisa. A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados: contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça n° 370, 1987.

DWORKIN, Ronald. Bork's Jurisprudence, p. 660. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4684&context=uclrev>. Acesso em 16.06.2017.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Traduzido por João Baptista Machado. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traduzido por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh, 1961.

ESTEVES, João Lemos. *O originalismo e as mutações informais: notas sinópticas. Mutações Constitucionais*. Coord. Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Moraes, São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAND, Martín Risso. *Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución: Dos casos uruguayos*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 15, n° 1, 2017.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Traduzido por Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1933.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 6. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202. out.-dez. 1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. Teoria(s) do poder constituinte: visão clássica, visão moderna e visão contemporânea. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GALIA, Susana Sbrogio. Mutações Constitucionais e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O Poder Executivo na construção do Direito Constitucional: uma breve análise do caso brasileiro. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, nº. 2, jul./dez. 2014.

GARCIA, Emerson. Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Emerson. Interpretação constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

GOLDFORD, Dennis. The American Constitution and the debate over originalism. New York: Cambridge University Press 2005.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de direito constitucional: teoria do direito constitucional, Tomo I, 6. ed. Lisboa: Almedina, 2016.

GRINBERG, Keila. Liberata: a lei da ambiguidade: as ações de liberdade da Corte de apelação do Rio de Janeiro no século XIX. [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010, 74 p. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Disponível em 17.09.2018, às 21h59min.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Direito Público, vol. 01, nº 60, 2014.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. I, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Teoria e prática: estudos de filosofia social. Traduzido por Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The Federalist. Indianápolis: Liberty Fund, 2001.

HART, Herbert. O conceito de direito. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. A caminho da linguagem. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Caminhos da linguagem. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

HELLER, Hermann. Teoria do Estado. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2012.

HOHMANN, Luiz Henrique. Fundamentos da jurisdição constitucional brasileira. Revista direitos fundamentais e democracia. Curitiba: UNIBRASIL.

JELLINEK, Georg. La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Tradução de Adolfo Posada. 1ª edição. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad del México, D.F., 2000.

JELLINEK, Georg. Reforma y mutación de la Constitución. Traduzido por Christian Föster. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2018.

JELLINEK, Georg. Teoría general del Estado. Trad. Fernando De Los Rios. México-DF: FCE, 2000.

KANTOROWICZ, Hermann. Some rationalism about realism, 43, Yale L.J. (1934).

KAUFMANN, Arthur. Introdução à Filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. org. A. Kaufmann, W. Hassemer; trad. Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira; rev. cient., coord. António Manuel Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia? Traducido por Ernesto Garzón Valdés. 1. ed. 17ª reimp. Cidade do México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2005.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Traduzido por João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas. Discricionariade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista ESMAFE, nº 8. Recife: TRF 5ª Região, dez-2004.

LABAND, Paul. Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, 1895.

LANÇA, João André Alves; LIMA, Iara Menezes. A força normativa da constituição e os limites à mutação constitucional em Konrad Hesse. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, jan./jun. 2013.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 7ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

LIERN, Göran Rollnert. La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional. n. 101, mayo-agosto (2014).

LILLA, Mark. A mente imprudente: os intelectuais na atividade política. Trad. Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

LUHMANN, Niklas. Sistemas sociais: lineamientos para uma teoria general. Trad. Silvia Pape y Brunhilde Erker . Rubí (Barcelona): Anthropos, 1998.

MALBERG, Carré de. Teoría General del Estado. México DF: Fondo de cultura económica, 2001.

MARIANO, Cynara Monteiro. Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente? Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, João Pedro. Uma cosmética demorada: as cortes perante o problema da escravidão (1836-1875). Análise Social, vol. 36. Lisboa: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

McBAIN, Howard Lee. The Living Constitution. New York: The Macmillan Company, 1928.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In. *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, Jaci Maria Ferraz de. Abolição no Brasil: a construção da liberdade. Revista HISTEDBR On-line, Campinas, SP, v. 9, n. 36, p. 83-104, out. 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, tomo II. Coimbra Editora, 2013.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo I, parte 2, Coimbra Editora, 2013.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Vol. 01. Tomo I, Coimbra: Coimbra editora, 2014.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. 1. ed. Tomo II, 2º Vol. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional: garantia da constituição e controle da constitucionalidade. Tomo I. 2. ed. Coimbra Editora, 2006.

MORALES, Cesar Mecchi. Originalismo e interpretação constitucional. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

MOREIRA, Fernando Azevedo. Conceitos indeterminados: sua sindicabilidade contenciosa em Direito Administrativo. Lisboa: Vulgus, 1985.

MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. Traduzido por Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República. Lisboa: Lex, 1997.

ORREGO, Cristóbal. La analogía entre la analítica y la hermenéutica: H. L. A. Hart y Arthur Kaufmann. *Persona y Derecho*, 47 (2002): 417-436.

OTERO, Paulo. “A desconstrução da democracia constitucional”. In. Jorge Miranda (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

OTERO, Paulo. Direito constitucional português: identidade constitucional, vol. I, 2010.

OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.

PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.

PARRON, Tâmis Peixoto. A política de escravidão no Império do Brasil, 1826-1865. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

PEDRA, Adriano Sant'ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência latino-americana. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, jul./dez. 2010.

PEDRA, Adriano Sant'ana. Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da constituição da democracia constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Ravi Afonso. Interpretação constitucional e justiça constitucional. Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989.

POPPER, Karl Raimund. A sociedade aberta e seus inimigos. Tradução de Milton Amado, 1º Vol. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

PRUDENTE, Eunice. A. de Jesus. O negro na ordem jurídica brasileira. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 83, p. 135-149, 1 jan. 1988.

QUEIROZ, Cristina. Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Traduzido por Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REYES, Manuel Aragón. Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre (BOE (Official State Gazzete) number 286, of 28 November 2012). Tribunal Constitucional Espanhol.

RIGAUX, François. A lei dos juízes. Traduzido por Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa; VIEIRA, André Luís. Ativismo judicial: evolução, relevância e limites. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social; trad. Manuel Pereira Brum. 4ª ed. Mem Martins: Europa-América, 1999.

RÜCKERT, Joachim. Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional. Revista direito GV, São Paulo, v. 14 n. 1, jan-abr, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça. 3ª ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHMEISKE, Francielly. Reflexões sobre a expropriação de terras destinadas à exploração do trabalho escravo. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira / Universidade de Lisboa da Faculdade de Direito, Centro de Investigação de Direito Privado*. - Lisboa, 2015. - A. 1, nº 3 (2015).

SCHMITT, Carl. A crise da democracia parlamentar [Teologia Política]. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Traduzido por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SEGALL, Eric J. LOST IN SPACE: LAURENCE TRIBE'S INVISIBLE CONSTITUTION. Northwestern University School of Law, Vol. 103, Northwestern University Law Review Colloquy, 2009.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État? Trad. Norma Azevedo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. Interpretação e Concretização Normativo-Constitucional. DPU Nº 27 – Maio-Jun/2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Rogério Ehrhardt. Direito administrativo. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1992.

SOUSA, António Francisco de. Conceitos indeterminados no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUSA, Diego Crevelin de. Sobre a impossibilidade de prisão pena antes do trânsito em julgado. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-80>>. Acesso em 13.04.2019.

STRANG, Lee J. An Originalist Theory of Precedent: Originalism, Nonoriginalist Precedent, and the Common Good. *New México Law Review*, nº 419, vol. 36, (2006). Disponível em: <http://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol36/iss2/8>. Acesso em 20.08.2017.

STRAUSS, David A. Do We Have a Living Constitution?, *Drake Law Review*, 2011.

STRAUSS, David A. We the people, They the people e o enigma do constitucionalismo democrático. Revista Teoria Jurídica Contemporânea. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. v. 46, n. 1, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11ª ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme a quê? Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>> Acesso em 25.07.2017.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, 2008.

SUBER, Peter. The Paradox of Self-Amendment, a study of logic, law, omnipotence and change. Section 01, item A.

SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalismo on the Supreme Court*. London: Harvard University Press, 1999

TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO, Mário. As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição. 2ª ed. - Brasília: Ipea, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. El antiguo régimen y la revolución. Traduzido por Jorge Ferreira. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 1998.

URBANO, Maria Benedita. Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000.

USERA, Raul Canosa. Interpretacion constitucional y formula politica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VIEHWEG, Theodor. Topica y jurisprudencia. Trad. Luis Diez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

VIGO, Rodolfo Luis. Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX as novas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

VITORINO, Pedro. Invasões francesas. Porto: livraria figueirinhas, 1945.

WOLFE, Christopher. La transformación de la interpretación constitucional. Traduzido por María Gracia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoria general de la interpretación jurídica. Traduzido por Arantxa Azurza. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1985.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3ª ed. Traduzido por Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.