

EdiFIEO

Hermenêutica  
e  
Interpretação Constitucional G6

Reitor e Pró-Reitor Administrativo José Cassio Soares Hungria  
Vice-Reitor Luiz Fernando da Costa e Silva  
Pró-Reitora Acadêmica Maria Célia Soares Hungria De Luca  
Pró-Reitora de Extensão e Cultura Maria Regina Andrade de Azevedo  
Pró-Reitora de Desenvolvimento e  
Relações Comunitárias Mariana Soares Hungria  
Editor Responsável Luiz Fernando da Costa e Silva  
Coordenação Editorial Luiz Eduardo Alves de Siqueira  
Comissão Editorial Ana Maria de Pinho  
Maria Deosdédite Giaretta Chaves  
Sílvia Quintanilha Macedo  
Waldemar Maazo Heck  
Capa Waldemar Maazo Heck

Técnico Editorial Rodolfo Rodrigues Domingos  
Assistente editorial / Projeto Gráfico Érico Leon Amorina

EDIFIEO Editora da FIEO Campus Vila Yara  
Av. Franz Voegeli, 300 Bloco Branco  
06020-190 Osasco SP Brasil  
Fone 11 3651 9980  
www.unifio.br  
edifio@unifio.br

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Prof. Dr. Luiz Carlos de Azevedo

Congresso Internacional (UNIFIEO/Osasco), 2. nov. 2015  
Hermenêutica e interpretação constitucional – G6: metodologia do  
estudo de caso e jurisprudência comparada/ organizado por Luís Rodolfo  
de Souza Dantas e Márcia Cristina de Souza Alvim. – Osasco : EDIFIEO,  
2015.

104p.

Disponível somente na versão digital

1. Interpretação constitucional

CDU 342.4:340.132.6

Organizadores:  
Luís Rodolfo A. de Souza Dantas  
Márcia Cristina de Souza Alvim

**II CONGRESSO INTERNACIONAL (UNIFIEO/OSASCO)**  
**METODOLOGIA DO ESTUDO DE CASO E JURISPRUDÊNCIA COMPARADA**  
**HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - G6**

Novembro de 2014

Osasco  
EDIFIEO  
2015

## SUMÁRIO



**Apresentação .....4**

Prof. Dr. Luís Rodolfo A. de Souza Dantas

### ARTIGOS

**A técnica de interpretação conforme à Constituição como atividade típica do Poder Judiciário ou Ativismo Judicial .....6**

Lucélia Aparecida de Souza Lima e Samantha Khoury Crepaldi Dufner

**Fidelidade partidária: legítima mudança informal da Constituição ...21**

Marcelo Doval Mendes

**Hermenêutica dos Direitos Fundamentais .....37**

Mário Néri e Selene Rodrigues de Almeida

**Hermenêutica utilizada nas decisões de (in)constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.....56**

Juvir de Matheus Filho e Meire Márcia Paiva

**Mutação constitucional e inconstitucional: o “poder” do processo informal de mudança da Constituição pelo STF.....80**

Deyse dos Santos Moinhos e Ricardo Tucunduva

**Nova interpretação constitucional, neoconstitucionalismo e o Supremo Tribunal Federal: apontamentos sobre a interpretação no Direito Constitucional nos novos tempos.....97**

Cláudio Abel Franco de Assis e Bruno Sugerí do Valle

**P**refaciar esta reunião de artigos escritos para e apresentados durante o “2º Congresso Internacional do Mestrado em Direitos Humanos do UNIFIEO”, evento resultante da iniciativa da Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz, coordenadora do Mestrado em Direito e fundamental jurista brasileira, com o auxílio dos demais organizadores, é bem-vinda oportunidade para tecer breves reflexões suscitadas após a leitura dos trabalhos científicos que o leitor poderá constatar, primam todos pela ousadia ao oferecerem instigantes e atuais ponderações acerca de problemáticas atinentes aos campos da Hermenêutica, da Hermenêutica Jurídica, da Hermenêutica Constitucional e, se assim podemos nos expressar, da “Hermenêutica Jusfundamental”.

A obra, de fato, é enriquecida por pertinentes análises dos meandros da interpretação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, oferecendo subsídios ao estudioso da matéria acerca das peculiaridades próprias aos fenômenos da interpretação, aplicação e preenchimento de lacunas condizentes aos processos intelectivos e subsuntivos dos direitos máximos, a envolverem, em regra, complexas questões de fato e de direito. Neste sentido, registro de os artigos frequentemente dialogam as respeito dos limites e possibilidades da interpretação jurídica voltada à construção da norma jurídica individual, estejamos diante de situações – no caso jurisdicionais – que contemplem soluções protetivas de direitos humanos fundamentais voltadas para o direito jusfundamental em si ou para a tutela de interesses singularizados e concretos de natureza individual, coletiva e difusa fundados e diretamente implicados na dignidade da pessoa humana.

As contribuições dos pesquisadores que integram esta obra surpreendem ao permitirem um perspectiva pluralista e integralizadora dos mais variados conceitos, definições, classificações e problemáticas que hodiernamente interessam ao cientista do Direito e aos que militam em outras atividades jurídicas, entre eles, métodos de interpretação em geral, jurídica, constitucional e dos direitos humanos e fundamentais; interpretação dos direitos fundamentais e ativismo judicial; decisões inconstitucionais do Supremo Tribunal Federal atentatórias aos direitos humanos; mutações constitucionais e consequências hermenêuticas para estes direitos; neoconstitucionalismo e novos modelos filosófico-teóricos de interpretação e concretização dos direitos voltados à máxima proteção da dignidade humana...

Os autores e autoras Lucélia Aparecida de Souza Lima, Samantha Khoury Crepaldi Dufner, Marcelo Doval Mendes, Mário Nieri, Selene Rodrigues de Almeida, Juvir de Matheus Filho, Meire Márcia Paiva, Deyse dos Santos Moinhos, Ricardo Tucunduva, Cláudio Abel Franco de Assis e Bruno Sugerido do Valle estão de parabéns ao presentear o público com trabalho que informa e transforma a maneira como compreendemos no cotidiano e nos ambientes jurídicos acadêmicos e judiciais os direitos humanos e os valores essenciais à afirmação de toda e qual-



quer pessoa como absolutamente valiosa, ser e dever ser que sempre deve nortear os processos hermenêutico-jurídicos e de efetivação dos direitos que fluem da e afluem para a dignidade humana, incorporada textualmente em inúmeros princípios e regras a serem melhor compreendidos à luz de prismática e razoável compreensão que busque o entendimento ao menos literal mas sobretudo histórico, sociológico, lógico, sistemático, teleológico dos direitos profundamente humanos e axiologicamente supremos.

Luís Rodolfo de Souza Dantas



## A TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO ATIVIDADE TÍPICA DO PODER JUDICIÁRIO OU ATIVISMO JUDICIAL?

### THE TECHNICAL OF ACCORDING CONSTITUCIONAL INTERPRETATION AN ACTIVITY OF JUDICIARY POWER OR A JUDICIAL ACTIVISM?

Lucélia Aparecida de Sousa Lima<sup>1</sup>  
Samantha Khoury Crepaldi Dufner<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A tripartição de funções constitucionais e a interpretação da norma pelo Poder Judiciário. 2. A interpretação conforme a Constituição como atividade típica do Judiciário. 3. Análise da técnica da interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. 4. Segurança ou insegurança jurídica? 5. O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal ou efetivador de direitos, crítica à dogmática do realismo. Conclusões. Referências.

**RESUMO:** Este artigo discute a técnica da “interpretação conforme a Constituição” aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4277<sup>3</sup>, em 5 de maio de 2011, que reconheceu a união estável homoafetiva. O objetivo é instigar a reflexão da atividade hermenêutica sob dois prismas distintos. Primeiramente, a técnica é exposta como resultado de atividade típica do Judiciário, no exercício da arte de interpretar, preenchida segundo princípios, valores e regras constitucionais, o que confere harmonia e segurança ao sistema. Na sequência é apresentado ponto de vista distinto, apontando a técnica como prática de ativismo judicial que fere a separação de poderes e a segurança jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** “Interpretação conforme a Constituição”. Ativismo Judicial. ADI 4277.

**ABSTRACT:** This article discusses the technique of “interpretation according to the Constitution” imposed by the Supreme Court in the judgment ADI 4277 judgement that recognized the

---

1 Advogada. Especialista em Direito Constitucional com ênfase em direitos humanos. Mestranda em Direitos Humanos Fundamentais pela UNIFIEO

2 Advogada. Professora universitária. Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista de Direito - EPD. Mestranda em Direitos Humanos Fundamentais pela UNIFIEO.

3 Supremo Tribunal Federal, julgamento em 5-5-2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em: 23 fev. 2014, às 9h38.



stable homo-affective union. The goal is to instigate reflection of hermeneutic activity under two different prisms. First, the technique is exposed as a result of typical activity of the judiciary in the exercise of the art of acting, filled in accordance with the principles, values and constitutional rules, giving harmony and system security. Sequence is presented in different perspective, pointing technique as practice of judicial activism that hurts the separation of powers and legal certainty.

**KEY WORDS:** "Interpretation according the Constitution"; Judicial activism; ADI 4277

## INTRODUÇÃO



**N**a teoria do direito e discussão sobre seu objeto desperta a arte da interpretação desenvolvida pela ciência da hermenêutica. Além das técnicas tradicionais, surgem inovações trazidas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo da interpretação de artigo de lei infraconstitucional conforme a Constituição como uma das modalidades de interpretação no controle de constitucionalidade.

A técnica instiga inúmeras ponderações a respeito, inclusive havendo fortes argumentos a favor e contrários à sua utilização. Para aqueles que a defendem, surge como atividade típica do Poder Judiciário como pacificador social nos litígios, aplicando as normas ao caso concreto. Para tanto, não é possível decidir um caso sem interpretar o alcance e real sentido da lei, de modo que esse juízo de valor deve ser preenchido com princípios, valores e regras contidos na Constituição Federal.

Quando o Poder Judiciário age dessa maneira, assim o faz no exercício de sua atividade típica, sem qualquer violação à separação de poderes, porque não cria novo direito, apenas produz resultado extensivo conforme objetivo constitucional. Ainda, se não há discricionariedade a ser preenchida com convicções pessoais ou filosóficas do magistrado, mas uma discricionariedade previsível no texto constitucional, não é infringida a segurança jurídica, pois toda a sociedade conhece e sabe o que esperar da Constituição vigente.

Sob prisma diverso, essa técnica também pode ser taxada de excessiva, porque, muitas vezes, apresenta um resultado que vai além daquele emanado pelo Poder Legislativo, de modo que, nesse momento, o Judiciário avança em seara alheia, ferindo o sustentáculo da separação de poderes.

Por óbvio, nessa linha de raciocínio, com inovações surgidas a partir de decisões judiciais, geraria em toda a sociedade flagrante insegurança jurídica, ferindo de morte o pilar assegurado como cláusula pétrea, contido no artigo 60, § 4º, III e IV, da Carta Magna.

Neste artigo, as duas posições foram examinadas à luz da ADI 4277, em que o Supremo Tribunal Federal teceu nova releitura do artigo 1.723 do Código Civil, considerando o princípio da isonomia, dignidade da pessoa humana, pluralismo, dentre tantos outros do acervo constitucional.



## 1. A TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS E A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PELO PODER JUDICIÁRIO

A Carta Constitucional, por inspiração de Montesquieu, dentre outros, partindo, em seu art. 1º, parágrafo único, da premissa de que o poder é uno, titularizado pelo povo e exercido direta ou indiretamente por representantes<sup>4</sup>, previu a divisão do poder em funções: legislativa, executiva e judiciária, a serem efetivadas segundo suas atividades típicas. Tal cláusula foi elevada ao princípio constitucional da separação de poderes, previsto no artigo 2º, resguardado como cláusula pétrea, art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal.<sup>5</sup>

Diante dessa estrutura de organização de poder, compete ao Poder Judiciário a função de pacificação social por intermédio do julgamento das lides que lhe são submetidas. No exercício da atividade jurisdicional, segundo a corrente positivista do Direito, o magistrado deve aplicar a norma confeccionada pelo poder legislativo e em vigor, e para tanto, deve interpretar a norma jurídica analisada, sem avançar na atividade legislativa.

A questão é que nem toda norma é bastante em si mesma. Algumas dizem menos, outras, mais do que a intenção do legislador, ainda, outras mais comportam distintas interpretações ao considerar a letra fria da lei. Portanto, o papel do magistrado na aplicação da lei e no julgamento do conflito não é tão simples quanto possa parecer, especialmente ao considerarmos que, na análise crítica da lei à luz do positivismo, o intérprete não possui discricionariedade.

No entender de Luiz Flávio Gomes e Valério De Oliveira Mazzuoli, o positivismo jurídico como modelo legalista-positivista, apresenta os seguintes contornos:

O positivismo jurídico prega o “culto à norma”, ao “direito positivo”, explicado pela “dogmática”, que só se preocupa com sua vigência e não com sua eficácia (ou validade), que estuda “descritivamente” o direito positivo sem nenhum “espírito crítico”, acolhendo cegamente “a escala de valores afirmada pelo ordenamento jurídico”; para o positivismo, “a análise do direito deve ser feita com independência de todo juízo de valor ético-político e de toda referência à realidade social sobre que atua”, donde a conclusão de que ele crê que todo direito (lei) é justo e por isso não pode ser questionado.<sup>6</sup>

Mas esse modelo de interpretação, desenvolvido a partir dos métodos tradicionais, não se mostra suficiente para clarear todas as situações fáticas submetidas ao crivo do Judiciário. Dentre esses métodos tradicionais, citamos, conforme Vitor Frederico Kumpell, a interpretação gramatical, que busca o significado literal da linguagem; a interpretação lógica, que traz o sentido das orações e locuções; a interpretação histórica, que parte da reminiscência do instituto até o período da elaboração da lei; interpretação sistemática ou teleológica que visa a intencionalidade da lei.<sup>7</sup>

4 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Revista dos Tribunais, 2009.

5 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Revista dos Tribunais, 2009.

6 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supra constitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.

7 KÜMPELL, Vitor Frederico. **Introdução ao Estudo do Direito. Lei de Introdução ao Código Civil e Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Método, 2009, p. 171.



Além das citadas, outras técnicas de interpretação surgem no bojo das decisões do Supremo Tribunal Federal, de contornos inovadores, a exemplo da interpretação conforme a Constituição que pretende avançar no método de interpretação sistemático-teleológico constitucional para clarear conceitos contidos ou não na norma, utilizada no julgamento que reconheceu a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

Hans Kelsen descreve a interpretação de uma maneira contemporânea:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.<sup>8</sup>

Pelo discurso de Hans Kelsen a arte de interpretar a norma permite relativa flexibilidade ao juiz. A grande questão é como harmonizar a arte interpretativa realizada pelo poder judiciário, via emprego de métodos tradicionais ou inovadores, com a limitação trazida pela tripartição de poderes constitucionais, sem que, o magistrado, diante de algumas possibilidades de resultados hermenêuticos extensivos, seja visto como aquele que avança na função legislativa, ao arrepio da segurança jurídica que do sistema se espera.

Vale refletir sobre as considerações de Luiz Flávio Gomes e Valerio De Oliveira Mazzuoli a respeito da tripartição dos poderes constitucionais e a atuação do judiciário:

De outra parte, nada de justificar a submissão servil com a “teoria da divisão dos poderes”, até porque ela foi manipulada pelo Poder Político, no exato instante em que se apropriou da “capacidade de julgar”, colocando no esquecimento o Poder Jurídico independente da sociedade. Foi essa manipulação estatal que permitiu ao Poder Político se apropriar da função julgar, que não lhe pertence por natureza. Os idealizadores da divisão dos poderes sempre enfatizaram que o Estado deveria respeitar a independência judicial para que houvesse equilíbrio. O Estado, obviamente, não seguiu essa doutrina: arrebatou a tarefa de declarar a justiça das mãos (privadas) dos que dela se encarregavam (até a Idade Média) e encampou o Judiciário, declarando-o

---

8 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 390-391.

parte do poder estatal, porque assim teria maior garantia da “aplicação” do seu direito (público) por juízes (funcionários) frente à sociedade.<sup>9</sup>

Contudo, a segurança jurídica também foi alçada à cláusula pétrea e princípio constitucional, art. 5º.,*caput*, da Constituição Federal, de modo que não se pode afirmar que a separação de poderes e a segurança jurídica possam ser afastadas diante do exercício da atividade jurisdicional. A melhor técnica sempre é a da ponderação, e o desafio é assegurar ao Poder Judiciário, o livre exercício de sua atividade típica por todos os métodos interpretativos da lei, sem que essa atividade possa ferir os pilares da tripartição de poderes, tampouco a segurança jurídica.

Pois há insegurança jurídica no reconhecimento extensivo de direitos humanos fundamentais em favor de determinadas minorias não amparadas na lei, ou haveria aplicação escorreita dos valores e princípios constitucionais, como dignidade humana e isonomia?

## 2. A “INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO” COMO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE TÍPICA DO JUDICIÁRIO

A “interpretação conforme a Constituição” é uma técnica de controle de constitucionalidade de norma jurídica infraconstitucional. Segundo Uadi Lammêgo Bulos<sup>10</sup> essa técnica de interpretação permite: realizar a *vontade da constituição*, harmonizar as leis ou atos normativos com a constituição, excluir exegeses que contrariem a Constituição, buscar o sentido profundo das normas constitucionais e escolher o melhor significado das leis ou atos normativos em meio a tantos outros que possam apresentar.

Esse entendimento nos remete às palavras de Luiz Alberto G. S. Rocha e André Martins Brandão:

Aqui é empregada uma visão sistemática da interpretação, na qual o objeto de estudo sempre tem que ser investigado de forma holística, a partir do sistema em que está localizado. Só se compreende a parte pelo todo, e o todo pela parte. Assim as palavras só tem significado em um contexto, na integração das partes com o todo, e o todo só é possível pelas partes que o compõe.<sup>11</sup>

Numa alusão à pirâmide de Hans Kelsen, toda lei deve ter seu fundamento de validade na Carta Magna que se encontra no topo, logo, essa técnica, aplicada nas decisões do Supremo Tribunal Federal, efetiva o controle de constitucionalidade das leis em sede de controle difuso ou concentrado, retratando o Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo como novas tendências de interpretação do Direito.

Em outras palavras, no Estado Constitucional, já não basta concepção positivista de que toda norma válida é o bastante para ser aplicada porque derivada do Poder Legislativo. É verdade que

---

9 GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLI Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 32-33.

10 BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165.

11 ROCHA, Luiz Alberto; BRANDÃO, André Martins. Hermeneutics and Democracy: The truth as consensus. **Revista Mestrado em Direito.** Edifício: Ago/dez 2012, p. 215.



toda lei está sujeita a um controle formal de validade, mas também ao controle material, à luz da constitucionalidade, e seu resultado será a declaração, ou não, da inconstitucionalidade. A constitucionalidade de uma lei inferior somente pode ser obtida a partir de uma interpretação que não avilte valores, princípios e normas da Constituição.

Por isso o papel do juiz sofreu profunda transformação a partir do modelo proposto por Montesquieu, pois considerando a evolução do Estado de Direito positivista para o Estado Constitucional, a atividade de aplicação da norma e interpretação é mais ponderativa e dialógica, segundo Luiz Flávio Gomes e Valerio De Oliveira Mazzuoli.<sup>12</sup>

Os argumentos contrários a essa técnica repousam, em tese, numa excessiva discricionariedade do magistrado, na possibilidade de obter decisões díspares fundadas em convicções filosóficas ou pessoais, as quais poderiam ferir dois sustentáculos da teoria constitucional, a separação de poderes e a segurança jurídica. Contudo, não se pode aceitar que a discricionariedade do juiz no instante de interpretação da norma jurídica e aplicação desta na decisão judicial, seja uma criação de novos direitos para as partes do processo, como desenvolve Ronald Dworkin:

Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel* são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios e não por políticas.<sup>13</sup>

E mais adiante:

A resposta de Hércules deve ter a seguinte forma: a Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade. Os cidadãos se beneficiam do fato de viverem em uma sociedade cujas instituições são ordenadas e governadas de acordo com esse sistema, e devem também assumir seus encargos, pelo menos até que um novo sistema entre em vigor, quer por meio de uma emenda distinta, quer através de uma revolução geral. Em seguida, porém, Hércules deve perguntar-se qual sistema de princípios foi estabelecido. Em outras palavras ele deve elaborar uma teoria constitucional.<sup>14</sup>

Tais argumentos reforçam a crença de que a interpretação conforme a Constituição tem o condão de dar à lei o sentido que os princípios, regras e valores constitucionais determinam, tornando-se a Carta Maior um valor em si mesmo, um vetor interpretativo, o que nos traz enorme segurança jurídica, uma vez que a discricionariedade encontra-se no mais alto grau de norma prevista no sistema jurídico. Assim, a interpretação deve sempre ir de encontro à dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade material, respeito, bem comum, justiça social, dentre tantos outros princípios e regras. Essas as lições de Luiz Flávio Gomes e Valerio De Oliveira Mazzuoli:

(e) *Da interpretação conforme a lei à interpretação conforme a Constituição: o juiz legalista parte da lei e chega com a lei para a solução do caso concreto.*

12 GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLI Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 75-76.

13 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 131-132.

14 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 166.

No sistema constitucionalista o ponto de partida para a descoberta do direito não é a lei, mas sim a Constituição. A lei pode ser o ponto de chegada, mas isso só ocorre quando ela é absolutamente compatível com as demais normas jurídicas superiores.<sup>15</sup>

(j) *Do regalismo ao principialismo*: o modelo positivista legalista estava fundado inteiramente nas regras legais. O neoconstitucionalismo nos conduz a descobrir a essência dos princípios e dos valores implicados em cada um deles. Do direito das regras (Savigny, Kelsen, Hart, etc.) evolui-se para o direito dos princípios (Esser, Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, etc). Bobbio disse: “Os princípios gerais de direito transformam-se em capítulo central da teoria geral do direito”.<sup>16</sup>

Pela descrição dessa técnica interpretativa, recentemente utilizada pelo guardião da Constituição Federal em inúmeros julgados, o preenchimento dos valores contidos na lei, a busca do real sentido, sempre voltado para os princípios constitucionais como único norte possível, nos traz uma interpretação sistemática com resultado extensivo absolutamente seguro, coerente, harmonioso ao princípio da segurança jurídica. De fato, quando o resultado é extensivo para abarcar situação inicialmente não prevista na lei, mas justificada pelo acervo constitucional, não há inovação legislativa, não há avanço de um poder sobre o outro, não há violação à cláusula pétreia, ao revés, há cumprimento da própria Constituição Federal.

E em lugar de declarar a inconstitucionalidade de toda norma que com ela não se harmonize, o que, por si mesmo, causaria imensa instabilidade institucional, é possível fazer uma leitura da norma condizente aos princípios constitucionais, declarando ser este o único sentido ou alcance na sua aplicação.

Em consequência, apenas o Poder Judiciário, como aplicador da norma vigente, no uso de suas funções típicas poderá realizar essa interpretação no julgamento do caso em concreto. A constatação dessa premissa pode se dar no julgamento da ADI 4277<sup>17</sup> que teve por objeto submeter o artigo 1.723 do Código Civil à técnica da interpretação conforme a Constituição Federal.

### **3. ANÁLISE DA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NA ADI 4277, JULGADA EM 5-5-2011, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Por ocasião do julgamento da ADI 4277 o Ministro Relator Carlos Ayres Britto<sup>18</sup> teceu os contornos da interpretação do artigo 1.723 do Código Civil à luz dos princípios e valores constitucionais. A questão controvertida repousava nos vocábulos homem e mulher, que conduziam à interpretação restritiva de direitos porque criava uma desigualdade entre casais heteroafetivos e homoafetivos.

---

15 GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLI Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 49-50.

16 GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2013, p. 50-51.

17 Supremo Tribunal Federal, j. em 5-5-2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em: 23-2-2014, às 9h38.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade* n. 4277, do Supremo Tribunal Federal, Brasília, p.7. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178792>. Acesso em: 23-2-2014, às 10h10.



É viável uma interpretação legal que estipule uma desigualdade em razão do sexo e que não possa ser justificada pelo objetivo da norma? Pois uma análise pelos métodos de interpretação tradicionais, conforme corrente positivista, conduziria o juiz a esse resultado. Mas não seria esse resultado inconstitucional?

Destacamos trecho importante do voto do Ministro Carlos Ayres Britto<sup>19</sup>:

E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

Nesse primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal enfatiza que não há discricionariedade no método, mas preenchimento do alcance da lei com os princípios contidos na Carta maior, de modo que o argumento de que tal interpretação feriria a segurança jurídica é duvidoso, na medida em que utilizar os preceitos máximos da ordem jurídica garantem harmonia ao sistema, mas especialmente a segurança de que toda a sociedade que está sujeita às normas, conhece exatamente o que há na Constituição vigente.

Ainda, a segurança está na certeza de que nenhuma interpretação de lei inferior será realizada a ponto de ser tal lei declarada inconstitucional.

Para tanto, o fundamento do julgamento é o princípio da isonomia e a não distinção em razão do sexo das pessoas. De fato, outra leitura nos conduziria não somente a afronta desses, mas também do princípio da dignidade humana, como citado pelo ministro “pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem.”<sup>20</sup>

Outros trechos merecem destaque:

Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).<sup>21</sup>

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade* n. 4277, do Supremo Tribunal Federal, Brasília, p.7. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178792>. Acesso em: 23-2-2014, às 10h10.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade* n. 4277, do Supremo Tribunal Federal, Brasília, pp. 13-14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178792>. Acesso em: 23-2-2014, às 10h17.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade* n. 4277, do Supremo Tribunal Federal, Brasília, pp.10-11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idCon>

Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para serem identificados como “homoafetivos”. Isto de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V, artigo 1º).<sup>22</sup>

Após análise dos princípios e valores constitucionais que nortearam a interpretação conforme, cujos valores preencheram a lacuna interpretativa, a discussão deu-se na acepção do vocábulo família e de fato, outro não poderia ser o resultado, que não fosse permitir a constituição e reconhecimento de uma entidade familiar a toda e qualquer pessoa, independente de sexo, desde que preenchidas as exigências do artigo 1.723 do Código Civil. Assim declarou o Ministro Carlos Ayres Britto:

Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.<sup>23</sup> (p. 38)

Considerando os fundamentos da decisão extraídos do acervo constitucional, refutado está o argumento de que a interpretação de resultado extensivo confere discricionariedade

---

teudo=178792. Acesso em: 23-2-2014, às 10h17.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade* n. 4277, do Supremo Tribunal Federal, Brasília, pp. 11-12. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178792>. Acesso em: 23-2-2014, às 10h18.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade* n. 4277, do Supremo Tribunal Federal, Brasília, p. 38. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178792>. Acesso em: 23-2-2014, às 10h20.



excessiva ao magistrado, que teria, em tese, o poder de inovar na atividade legislativa. Não há nenhum tipo de intromissão na atividade típica do Poder Legislativo. Pelo contrário, há análise hermenêutica típica do órgão jurisdicional.

Por outro lado, haveria insegurança se a interpretação da lei vigente é alcançada com os princípios, valores e regras constitucionais em vigor, todos já conhecidos pela sociedade, e alçados à categoria de norma superior?

E haveria insegurança jurídica no ato de reconhecer direitos não previstos expressamente para certa minoria social, como expressão da dignidade da pessoa humana, regra matriz de incidência constitucional?

#### 4. SEGURANÇA OU INSEGURANÇA JURÍDICA?

Em contraposição ao raciocínio supramencionado, pode-se analisar a hermenêutica jurídica extensiva do Supremo Tribunal Federal, sob o prisma da insegurança jurídica à luz do julgamento ADI 4277, que equiparou a entidade familiar constituída entre homem e mulher e a união estável preconizada no artigo 1.723 do Código Civil, à união de pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos requisitos semelhantes, contrariando o texto legal e as formas previstas para alteração do texto da Constituição Federal de 1988; com isto privilegia-se ainda a crítica à dogmática jurídica no que tange ao ativismo judicial.

Segundo José Afonso da Silva<sup>24</sup> o princípio da separação dos poderes estava sugerido em Aristóteles, John Locke e que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos da América, de 17-9-1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art.16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, declarar que não teria constituição, a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos direitos do Homem, como ainda o é.

Vale salientar que no texto constitucional estão previstas as possibilidades de modificação, por emenda Constitucional. Ocorre, sob esse outro ponto de vista, que o Supremo Tribunal Federal atuou com ativismo judicial, modificando a Constituição em sua letra, e causou insegurança jurídica, neste caso em concreto, vez que não observou a rigidez constitucional, conforme preceitua José Afonso Da Silva<sup>25</sup>:

*O princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;*

24 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 109-111.

25 SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 126.



De acordo com a Carta Magna, os princípios da legalidade e segurança jurídica são basilares do Estado Democrático de Direito (art. 5º, II e XXXVI, da Constituição Federal de 1988), conforme transcrito abaixo:

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A segurança jurídica apresenta duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. A primeira está voltada à proteção que o Estado deve conceder aos cidadãos, principalmente no que toca a mudanças na política estatal que possam prejudicar ou fragilizar seu direito à estabilidade e à previsibilidade, ou, em outras palavras, à segurança jurídica em sua concepção político-institucional.

A segunda dimensão é a subjetiva, que está relacionada à proteção dos indivíduos em relação aos seus semelhantes, e se refere à proteção da confiança depositada nos negócios jurídicos, como os contratos, que não podem ser alterados de modo a afetar o patrimônio jurídico de uma das partes. Logo, em sua vertente subjetiva, o princípio da segurança jurídica assegura que as relações entre particulares submetidas à determinada regulamentação, não serão afetados por outra que advenha, resguardando um direito à estabilidade conferida aos cidadãos.

Segundo José Afonso da Silva<sup>26</sup>, o fato de o princípio da segurança jurídica não estar explícito no texto constitucional não diminui sua importância, pois há muito aceito que na Constituição existem normas que, não necessariamente, se apresentam de forma clara insculpidas no texto, estando implícitas, mas trazem carga constitucional, chamando-as de normas-princípio ou normas fundamentais e, como tais, constituem também o alicerce do Estado.

É cristalino, portanto, que a segurança jurídica encontra sua razão de ser no desiderato de que a justiça se concretize, e sejam assim atingidos os fins do Direito e porque não dizer os próprios fundamentos e objetivos do Estado, pois concede aos indivíduos a garantia imprescindível ao desenvolvimento das relações entre particulares.

Assim percebe-se o privilégio de estar resguardado por um Estado Democrático de Direito, e não por Estado ditatorial como vivenciado nos períodos das décadas de 1960 e 1970, chamados anos de chumbo, período marcado por várias arbitrariedades e instabilidades jurídicas e políticas.

## **5. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL OU EFETIVADOR DE DIREITOS, CRÍTICA À DOGMÁTICA DO REALISMO.**

A Constituição Federal prevê funções típicas e atípicas dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, e ainda, as exceções ao princípio da divisão de poderes. Assim, é possível a adoção, pelo Presidente da República, instrumentos como medidas provisórias, com força de lei (art.62, CF), e na autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República (art.68, CF), deveriam ser utilizados meios legais para alteração de normas, não só a interpretação judicial.

---

26 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros; 2004; p. 65.



Neste julgamento da ADI 4277, resta clara a alteração do texto constitucional que, no intuito de efetivar direitos, tocou a teoria conservadora no que tange aos meios possíveis de modificação das normas constitucionais.

O art. 226, *caput* e parágrafo 3º, da Constituição Federal mencionam que:

Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Para consideração da igualdade entre homem e mulher, foram admitidas as expressões “homem e homem” ou “mulher e mulher”, e causam espanto por alterar a letra do texto constitucional pela interpretação sistemática, e não pelos métodos de modificação constitucional previstos, e em regra utilizados, como por emendas constitucionais. Esse contexto é patente de insegurança jurídica no que tange a mudança do tipo legal, isto porque, a lei não é mais parâmetro para dirimir conflitos, o que vigora é a interpretação arbitrária ou vontade humana suscetível de mudanças constantes.

Para Ronald Dworkin<sup>27</sup>, considerando a teoria realista do direito ou pós positivismo, a sentença ou acórdão são o direito posto e, as não normas desatualizadas do contexto social teriam vida por intermédio da interpretação jurídica ou legislação atípica do judiciário no caso concreto. O referencial limitador para Dworkin é:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*) e em seguida aplica retroativamente ao caso em questão.

De fato, será que a omissão legislativa justificaria o ativismo judicial no qual o Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, última *ratio* tem legislado de forma atípica ou criado interpretações que excederiam a limitação constitucional?

O abismo entre a lei e a realidade social justificaria este avanço de interpretação pelo judiciário? Considerando-se a falibilidade humana, e infelizmente o erro pode ser visualizado também no Supremo Tribunal Federal, as mutações legislativas serão aceitas sem questionamentos?

Indubitavelmente, por outro lado, é possível vislumbrar a efetivação do direito das minorias, neste caso, dos homoafetivos por equiparação ao direito de união estável familiar, e isso justificaria a tendência do Supremo Tribunal Federal de efetivação dos direitos fundamentais e reconhecer a dignidade humana de grupos vulneráveis.

---

27 DWORIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes; 2002; p. 127.

Elida Séguin<sup>28</sup> principia sua excelente obra a respeito de minorias e grupos vulneráveis, com a afirmação de que a luta pela sobrevivência do mais forte, tende a vencer e eliminar o mais fraco. Mas o que são minorias de fato? Segundo a mencionada autora, para fixar o conceito, não se pode ficar restrito apenas a critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais, sendo necessário sopesar a realidade jurídica diante das conquistas modernas.

Pensa-se em minorias como um contingente numericamente inferior, como grupo de indivíduos que se distinguem dos outros habitantes do país. Aurélio assim define minoria: “Inferioridade numérica: parte menos numerosa de uma cooperação deliberativa, e que sustenta ideias contrárias às do maior número.

A crítica da dogmática do realismo realizada por Ronald Dworkin é a seguinte:

Se duas regras estão em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à mais específica ou outra coisa desse gênero<sup>29</sup>

Neste diapasão um positivista poderia argumentar que os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios, ocorre que no caso em concreto os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e liberdade preponderaram em relação a regra pré-estabelecida no art.1723 do Código Civil e no art. 226 e § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

## CONCLUSÃO



Neste artigo foram expostos dois pontos de vista a partir de novos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, como ocorreu por ocasião do julgamento da ADI 4277. Dessa análise, percebe-se que há tendência da Corte Constitucional na efetivação de direitos e garantias fundamentais, como é seu mister, mas especialmente quando há omissão do poder legislativo, o tribunal não se mostra inoperante e posiciona-se no sentido de garantir esses direitos.

No primeiro ponto de vista apresentado neste artigo, e na leitura do próprio Supremo Tribunal Federal, nessas decisões terminativas o órgão realiza a interpretação conforme a Constituição, considerada técnica inovadora de controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais, o que se adequa à missão típica do Poder Judiciário, afinada aos objetivos constitucionais.

Para outro ponto de estudo, igualmente sustentado neste trabalho, a prática seria invasiva às funções do Poder Legislativo e consistiria em ativismo judicial que fere o sustentáculo da separação de poderes, porque o resultado obtido altera substancialmente o texto da lei.

---

28 SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

29 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



No entanto, apesar de entender que ambas as correntes são defensáveis, sob os próprios argumentos, assim como transita a doutrina, entre a primeira posição e a segunda, concluímos e posicionamo-nos pela interpretação conforme a Constituição, por entender que o direito contemporâneo é escrito para uma leitura dinâmica sistemática, constitucional e social que avivam o seu entendimento. O legalismo puro deve ser refutado e as técnicas convencionais de interpretação não se mostram suficientes para assegurar uma hermenêutica constitucional.

Ao considerarmos que o fim do direito é a busca da justiça para o homem, no sentido filosófico proposto por Kant, a lei torna-se um meio de alcançar essa finalidade e não um fim em si mesmo. A interpretação do sentido constitucional da norma deve ser realizada pelo magistrado representativo da função jurisdicional e a partir das questões do caso real. Essa função hermenêutica e de aplicação da lei ao caso em concreto não pertence ao poder legislativo, que deve apenas criar a norma escrita.

Por isso, defendemos a posição de Ronald Dworkin e outros doutrinadores citados, no sentido de que o direito traz uma moldura a ser preenchida pelo magistrado com discricionariedade, mas tal liberdade não é filosófica nem individual, pois afetaria a segurança jurídica produzindo sentenças absurdamente contraditórias entre si. A discricionariedade defendida é a contida no texto constitucional, numa leitura de fundamentos basilares e objetivos de nossa República Federativa.

Para isso, os princípios fundamentais e outras normas de direitos fundamentais são vetores interpretativos a assinalar o correto resultado hermenêutico ao caso, mesmo quando obtido o resultado extensivo, perfeitamente plausível desde as técnicas mais primitivas de interpretação existentes.

Pois em tempos de Estado Constitucional e Social Pós-Moderno, muito melhor do que retirar do sistema, via declaração de inconstitucionalidade, toda norma que de breve leitura fria assinale para a violação do texto – pois a declaração formal de inconstitucionalidade consiste em prática demorada, que ajuda a aumentar o número de processos no Supremo Tribunal Federal, gerando lacunas no sistema até a vigência da nova lei que a substituirá – é fazer a releitura da norma já proferida pelo poder competente para sua harmonização à Constituição Federal.

Segundo Kelsen, a norma precisa ser interpretada ou avivada no instante da aplicação, e em todas as hipóteses, traz uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de preenchimento no direito, mas essa discricionariedade para escolha dos valores, normas e princípios que preencherão a moldura não é arbitrária ou advinda de convicções filosóficas e pessoais do magistrado, o preenchimento será resultado da moral social esculpida no texto constitucional, nos princípios e normas superiores do sistema jurídico como forma segura de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

Eis, a nosso ver, a missão constitucional contemporânea do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade* n. 4277, julgada pelo STF em 05 de maio de 2011, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178792>.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes; 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes; 2003.

KÜMPELL, Vitor Frederico. **Introdução ao Estudo do Direito. Lei de Introdução ao Código e Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Método, 2009.

ROCHA, Luiz Alberto; BRANDÃO, André Martins. **Hermeneutics and Democracy: The Truth as consensus**. Revista Mestrado em Direito. Edifício: Ago/dez, 2012

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros; 2004.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



## FIDELIDADE PARTIDÁRIA: LEGÍTIMA MUDANÇA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO?

MARCELO DOVAL MENDES ( Mestrando pela FADUSP)  
marcelodovalmendes@gmail.com

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Processos informais de mudança da Constituição. 3. A fidelidade partidária. 4. Fidelidade partidária: legítima mudança informal da Constituição? 5. Conclusão.

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo discutir se a decisão do Supremo Tribunal Federal que impôs a fidelidade partidária no Brasil decorreu da constatação de um legítimo processo de mutação constitucional. Para tanto, a análise volta-se, primeiramente, aos processos informais de mudança da Constituição e, na sequência, à conformação constitucional do instituto da fidelidade partidária, de modo a fornecer elementos para verificar se o Supremo Tribunal Federal pode ser órgão indutor de mudança na Constituição quanto à fidelidade partidária, a despeito de expressa discussão e afastamento na Assembleia Constituinte de 1987/1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal. Fidelidade Partidária. Mutação Constitucional.

**ABSTRACT:** The study discusses if party loyalty imposition by Brazilian Supreme Court is the result of a legitimate process of constitutional mutation. Therefore, the analysis focuses, first of all, on the informal processes of constitutional change and following on the constitutional conformation of party loyalty, in order to provide evidence to verify whether the Supreme Court may be the inducer body change in the Constitution, regarding party loyalty, despite the explicit discussion and decision in the Constituent Assembly of 1987/1988.

**KEYWORDS:** Brazilian Supreme Court. Party Loyalty. Constitutional Mutation.

## 1. INTRODUÇÃO



Preliminarmente, faz-se necessário um esclarecimento terminológico e metodológico quanto aos processos de modificação da Constituição. De acordo com Ferreira Filho (2013, pp. 746-748 e 751), *alteração* seria o processo formal de modificação do texto constitucional, *mudança* seria a modificação do sentido, significação ou alcance de norma constitucional (pode ser formal – quando uma alteração textual leva a uma mudança – ou informal – quando o texto não é alterado, mas o sentido muda) e, finalmente, *mutação* seria o processo informal que altera o sentido global da Constituição.

As alterações (processo formal de modificação) são promovidas pelo Poder Constituinte derivado (reformador), que retira força (Ferreira Filho, 2003, p. 22) do Poder Constituinte originário – por quem é constituído – para atuar em uma segunda etapa de continuidade constitucional (Bulos, 2011, p. 398). Por meio desse processo, a Constituição brasileira de 1988 já sofreu 93 emendas, 88 pelo processo ordinário e 6 emendas constitucionais de revisão<sup>30</sup>. Inegavelmente, um elevado número para o documento político-jurídico que recém completou 25 anos. Apenas a título de comparação – sem se ignorar as especificidades –, a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, possui 27 emendas, a última há mais de 20 anos.

Certamente, um dos fatores que explica essa diferença no número de reformas formais das Constituições norte-americana e brasileira está relacionado à extensão desses documentos: enquanto a Constituição americana é o tipo clássico de *Constituição-garantia*, visando a garantia da liberdade e à limitação do poder (Ferreira Filho, 2003, p. 14), de maneira sintética, a Constituição brasileira pode ser classificada como *dirigente* (Bulos, 2011, p. 115) que, por estabelecer um plano para dirigir a evolução política, é analítica, com amplo detalhamento das matérias constitucionais.

A *síntese* da primeira e a *análise* da segunda levam a diferentes equações no binômio interpretação-reforma. Certamente, a Constituição norte-americana mudou, significativamente, de 1787 até hoje, mas, à vista da concisão de seu texto e da grande dificuldade na promoção de sua reforma, nem todas as mudanças necessitaram ser introduzidas formalmente no texto constitucional. Por outro lado, grande parte das modificações na Constituição brasileira de 1988 teve que ser veiculadas por emendas formais por já haver elevado grau de concreção em seu texto.<sup>31-32</sup>

---

30 Conforme informação disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm)> e [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/ECR/quadro\\_ecr.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/ECR/quadro_ecr.htm)>. Acesso em: 10-3-2015.

31 De acordo com Arantes e Couto (2009, p. 24), “a Constituição de 1988 constitucionalizou boa parte da agenda governamental de políticas públicas, restringindo o campo decisório aberto ao legislador ordinário e obrigando os sucessivos governos a recorrerem ao emendamento constitucional como forma de implementar sua agenda e evitar a invalidação, pelo Judiciário, de políticas que, a despeito de seu conteúdo ordinário, poderiam ser consideradas inconstitucionais justamente por terem sido içadas ao marco constitucional.”

32 Há, no caso brasileiro, casos de emendas constitucionais cujas regulações poderiam ter sido feitas por legislação ordinária. Dentre elas, pode-se citar a Emenda Constitucional nº 57, de 18-12-2008. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682-3/MT, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, §4º, da Constituição, ficando sem definição o período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desdobramento e fusão de municípios. O STF, então, declarou o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional e determinou que, no prazo



Outro fator explicativo das diferenças nos processos de mudança dessas duas Constituições são os distintos sistemas jurídicos nos quais estão inseridas, na medida em que, nos sistemas de *Common Law* (como o norte-americano) é conferido um papel, por vezes, muito mais importante ao juiz que à própria lei. A interpretação vale mais que o texto escrito. Nos sistemas romanos-germânicos, no entanto, a segurança jurídica é um atributo fundamental do ordenamento jurídico e relacionado diretamente à lei formal.<sup>33</sup>

René David (2002, pp. 490-491) pontua a importância da possibilidade de a Suprema Corte norte-americana efetuar mudanças de jurisprudência, na medida em que

Permitiu ao Supremo Tribunal adaptar a sua interpretação da Constituição dos Estados Unidos às correntes de pensamento e às necessidades econômicas do mundo moderno; assegurou, por isso mesmo, a estabilidade das instituições políticas americanas, permitindo aos Estados Unidos viver sob o domínio de uma Constituição que só pode ser modificada com extrema dificuldade.

Aliás, o próprio *judicial review* não está expresso na Constituição dos Estados Unidos, sendo, antes, decorrência do movimento constitucional americano ao “discernir dois tempos políticos e decisórios: o da política ordinária e o da política constituinte” (MENDES, 2008, p. 15), que deriva da interpretação da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*.

É possível estabelecer, portanto, uma relação direta dos processos informais de mudança da Constituição com o texto constitucional, a interpretação e os espaços interpretativos da própria Constituição e do sistema jurídico.

Embora no Brasil – cuja Constituição é analítica e o sistema jurídico da família romano-germânica – seja marcada a presença de alterações formais da Constituição, grande é o espaço ocupado também pelos processos informais de modificação, o que ora se passa a analisar, em tese, para, em seguida, discutir-se o enquadramento de um caso concreto – a perda do mandato por desfiliação partidária injustificada – nesse esquema analítico.

---

razoável de 18 meses (a mora ultrapassava 10 anos quando do julgamento, em 09-5-2007), adotasse todas as providências legislativas necessárias, contemplando, inclusive, “as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade geradas pela omissão.” Ocorre que o Congresso Nacional, ao invés de editar a respectiva lei complementar regulamentando a Constituição e contemplando solução para os municípios já existentes, optou por editar a Emenda Constitucional nº 57/2008 apenas para convalidar “os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”. O comando constitucional propriamente dito foi deixado sem a devida regulamentação.

<sup>33</sup> Nos sistemas de *common law*, o juiz está autorizado a encontrar a decisão correta para o caso concreto, mas não há violação à segurança jurídica em virtude da prevalência da tradição, pois os precedentes e o *stare decisis* exercem grande força sobre a interpretação e a decisão. Além disso, por força do princípio *stare decisis et non quieta movere*, decidida a inconstitucionalidade pela Suprema Corte, nenhum outro juiz aplica a lei nos demais casos análogos ao precedente já decidido. No entanto, os juízes inferiores poderão decidir diferente nas hipóteses de *overruling* (o juiz pode decidir a mesma questão de maneira diferente, desde que com base em fundamentos não considerados na decisão da Suprema Corte, superando, pois, o precedente) e de *distinguishing* (o juiz pode decidir a mesma questão de maneira diferente por força de alguma peculiaridade que difere o caso do precedente) (Amaral Júnior, 2012, pp. 137-138).



## 2. PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA NA CONSTITUIÇÃO

Consoante ressalta FERRAZ, “estabilidade e mudança são componentes necessários do conceito de rigidez constitucional, do qual deflui a supremacia constitucional”. A Constituição, pois, não deve se manter apenas como documento histórico, mas, sim, dentro de seu espírito, dos caminhos que possibilita, deve estar em constante mudança (FERRAZ, 1986, p. 6). Embora as Constituições sejam um produto de seu tempo, este tempo também muda e traz consigo a necessidade de mudanças na Constituição (WHEARE, 1975, p. 76).

Isso não significa, no entanto, que esta constante mudança dependa, única e exclusivamente, das reformas formais, sob pena de “engessar” a Constituição, condicionando-a, de maneira indesejada, ao jogo político – sobretudo no contexto brasileiro atual, de um governo presidencialista de coalizão –, enquanto as mudanças sociais e econômicas, dinâmicas por natureza, distanciam-se do espírito constitucional, tornando a Constituição obsoleta, em detrimento de sua própria força.

As forças que conduzem a modificações da Constituição podem atuar de duas formas: (i) modificam-se as circunstâncias sem que se modifique, propriamente, o texto constitucional, mas cambiando-se o significado até então atribuído a ele, ou (ii) modificam-se as circunstâncias e estas “conduzem a uma modificação na Constituição, seja pelo processo de emenda formal ou através de uma decisão judicial ou do desenvolvimento e estabelecimento de algum uso ou convenção na Constituição” (WHEARE, 1975, p. 77).

Nesse contexto, pois, a Constituição não prescinde das mudanças decorrentes de novas leituras constitucionais, ao lado das modificações por reformas formais. E admitir as modificações informais da Constituição, antes de implicar afronta a sua supremacia, significa renovar constantemente sua força e seu espírito, uma vez que “[t]ais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau” (FERRAZ, 1986, p. 10).

Assim, pelo fenômeno da mutação constitucional, basicamente, são alterados os sentidos dos enunciados constitucionais, sem que haja “modificação na letra da Constituição” (FERRAZ, 1986, p. 57), ou seja, não lhe alteram “a letra nem o espírito (...) mas adaptam-na à realidade, atribuindo-lhe novo sentido, renovado significado e ampliando-lhe ou restringindo-lhe o alcance” (FERRAZ, 1986, p. 243).

BULOS (2011, pp. 425-426) também denomina, de maneira genérica, mutação constitucional como o “fenômeno pelo qual os textos constitucionais são alterados sem revisões ou emendas”, atribuindo-se-lhes “novos sentidos aos seus preceitos significados e conteúdos dantes não contemplados”, em decorrência do caráter dinâmico da ordem jurídica que possibilita o redimensionamento da realidade normativa. Para que se configure a mutação constitucional, as normas da Constituição devem se alterar, lenta e imperceptivelmente, sem que se modifiquem as palavras do texto constitucional. As palavras são as mesmas, mas o sentido emprestado a elas é diferente do original.

FERREIRA FILHO (2013, p. 751), por outro lado, conforme já mencionado, compreende a mutação constitucional de forma mais restrita: não é qualquer modificação informal da Constituição que implica mutação constitucional, mas apenas mudanças globais, isto é, que



alterem, profundamente, os pontos essenciais de determinada Constituição, tais como forma de Estado, forma de governo, definição de poderes de governo, direitos fundamentais e seus limites. As demais modificações dos enunciados constitucionais, isto é, sobre aspectos não nucleares ou essenciais da Constituição seriam apenas mudanças constitucionais.<sup>34</sup>

Quanto aos mecanismos de modificação da Constituição sem a alteração de seu texto, é possível identificar, dentre outros, (i) a nova compreensão de valores (extensão dada à “dignidade da pessoa humana”) ou o novo entendimento dos aplicadores do Direito sobre determinado aspecto ou instituto da Constituição (a evolução da concepção do mandado de injunção); (ii) a reação em face de novas realidades não contempladas pelo constituinte (o caso das renúncias para evitar sanções); (iii) as leis interpretativas (leis editadas pelo Poder Legislativo ordinário com o objetivo de interpretar a Constituição, expressamente ou não, tal como art. 27 da Lei nº. 9.868/1999, que conferiu ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de regular os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade e, com isso, atenuar a sanção de nulidade acolhida pela Constituição brasileira de 1988); (iv) as práticas, convenções e costumes (aprovação rotineira das medidas provisórias em que passassem pela Comissão Mista, conforme determina o art. 62, §9º, da Constituição brasileira de 1988); e (v) a descoberta de normas implícitas na Constituição, pela interpretação (perda do mandato em decorrência da desfiliação partidária) (FERREIRA FILHO, 2013, pp. 748-751).

FERRAZ, por sua vez, distingue como espécies de mutação constitucional: a interpretação constitucional (legislativa, judicial, administrativa, autêntica, popular e doutrinária) e o costume constitucional.<sup>35</sup>

---

34 Reconhecendo que esta diferenciação é especialmente interessante em termos doutrinários, FERREIRA FILHO aponta o que entende ser um verdadeiro caso de mutação constitucional: o chamado Estatuto Albertino, de 1848, que, promulgado como Constituição do Reino da Sardenha, serviu como Constituição italiana após a unificação. Em verdade que se tratasse de uma Constituição flexível, no período em que vigorou (até 31-12-1947), o mesmo texto permitiu uma monarquia limitada, uma democracia representativa e um regime fascista (FERREIRA FILHO, 2013, pp. 751-752)

35 Diante do estreito escopo do presente trabalho, sua atenção se fixa, aqui, às duas principais: a interpretação constitucional legislativa e à interpretação constitucional judicial. No entanto, para que não fiquem sem referência, seguem, sucintamente, as precisas lições de Anna Cândida da Cunha Ferraz quanto aos demais tipos de interpretação constitucional:

A interpretação constitucional administrativa é “operada mediante atos, resoluções ou disposições gerais ou não, que *não* tenham por objetivo a elaboração de leis integrativas ou complementares à Constituição ou decisões jurisprudenciais visando à aplicação da Constituição a casos concretos ou à declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos”.

A interpretação constitucional autêntica é aquela “oferecida pelo próprio órgão do qual procede a disposição normativa a ser interpretada”, ou seja, ocorre “(a) quando o próprio órgão competente para editar a norma desenvolve atividade, (b) para o fim de interpretá-la, (c) sem todavia pretender mudar a letra do texto a ser interpretado”. A discussão principal quanto ao tema é se o Poder de Reforma Constitucional pode desenvolver interpretação constitucional autêntica nos casos de emenda da Constituição (como, por exemplo, no caso da superação de decisão de inconstitucionalidade), o que passa pela definição se a tarefa de reforma constitucional é atividade criativa ou interpretativa.

A interpretação constitucional popular “costuma englobar não somente a interpretação constitucional desenvolvida diretamente pelo povo, mas também a interpretação constitucional impulsionada pelas forças vivas da comunidade: os grupos de pressão, os partidos políticos, a opinião pública, etc.” e que se dá “mediante instrumentos e mecanismos apropriados, previstos na ordem constitucional, que lhe permitem influir na elaboração constitucional”, como, por exemplo, “referendo, plebiscito, iniciativa popular, veto popular, *recall*”.

Finalmente, a interpretação constitucional doutrinária é aquela desenvolvida pela sistematização e pela teorização promovidas pelos juristas. Trata-se de forma indireta de interpretação, pois não aplica concretamente as normas constitucionais e não é vinculante, mas tem influência na interpretação legislativa, judicial e administrativa.

O costume constitucional também é expressão do poder constituinte difuso e consiste “na prática constitucional,

A interpretação constitucional legislativa “consiste na atividade desenvolvida pelo órgão, dotado de poder legislativo, que busca o significado, o sentido e o alcance da norma constitucional para o fim de, ficando-lhe o conteúdo concreto, completá-la e, conseqüentemente, dar-lhe aplicação. Conforme observa FERRAZ (1986, p. 65):

O órgão legislativo, ao desdobrar o sistema proposto pela Constituição, terá que interpretá-la, terá que atribuir sentido concreto à linguagem do constituinte, decidir e determinar o curso da criação e da aplicação subsequente da norma constitucional; em suma, interpretará o alcance das normas constitucionais ao expedir a lei que tenha por objetivo sua aplicação.

A interpretação constitucional judicial, a seu turno, desenvolvida pelo Poder Judiciário, de maneira geral, é central nesta atividade em virtude, principalmente, da repercussão das decisões judiciais e de suas características específicas, sobretudo nos ordenamentos que, como o brasileiro, admitem o controle de constitucionalidade de atos normativos em face da Constituição, ou seja, controlando, justamente, a interpretação legislativa (FERRAZ, 1986, pp. 102-103):

Revela-se a interpretação judicial nas decisões – sentenças, arestos, acórdãos – que aplicam a Constituição ao caso concreto, o que pode ocorrer de dois modos: ou mediante a aplicação pura e simples da norma constitucional para solucionar a lide; ou nos casos em que o exercício da função jurisdicional visa ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos. (FERRAZ, 1986, p. 104)

Assim, o Poder Judiciário, em geral, e as Cortes Constitucionais, em especial, possuem papel destacado na promoção de mudanças informais da Constituição, não como atores, mas apenas como “reconhecedores”, ao conferir de valor de normas jurídicas às mudanças (FERREIRA FILHO, 2013, p. 750).

O maior problema da interpretação judicial, no entanto, está relacionado à sua extensão e aos seus limites, o que está sempre ligado à disciplina da própria Constituição. Primeiramente, quanto mais sintética e genérica a Constituição, mais extensa e profunda a interpretação judicial que determina sua aplicação (FERRAZ, 1986, p. 105). O grau de abstração das normas constitucionais também influi na consideração da extensão e dos limites da interpretação judicial, na medida em que não se pode negar a importância do Poder Judiciário na interpretação de determinadas expressões abertas (FERRAZ, 1986, p. 110). Assim, o maior grau de abstração dos princípios constitucionais fornece um espaço mais amplo de interpretação pelos diversos órgãos responsáveis pela aplicação da Constituição.

Considerando que ora se questiona a noção de fidelidade partidária como advinda de um processo informal de mudança da Constituição, o quadro analítico a ser utilizado é o da interpretação constitucional judicial (na visão de FERRAZ), ou da mudança por extensão pela descoberta interpretativa de norma implícita da Constituição (na concepção de FERREIRA

---

reiterada ou não, porém consentida ou desejada, de determinados atos ou comportamentos, pelos poderes competentes e pelo povo, sem a forma prevista ou consagrada na Constituição. (FERRAZ, 1986, p. 148, pp. 165-169, pp. 171-172 e p. 185).



FILHO), uma vez que se trata de decorrência de interpretação levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal que, em 2007, extraiu, implicitamente, de alguns princípios constitucionais, a perda do mandato parlamentar em caso de desfiliação partidária sem justa causa, posicionando-se no sentido oposto ao do legislador constituinte quando da edição da Constituição de 1988 e alterando a jurisprudência pacífica no Tribunal desde 1989.

### 3. A FIDELIDADE PARTIDÁRIA

PINTO FERREIRA (1973, p. 98), ao analisar a importância dos partidos políticos, observa que sua sobrevivência está condicionada à disciplina mantida por seus membros, com um comportamento plausível em consideração à respectiva ideologia do partido. Há, então, algum nível de vinculação entre o partido político e seus membros, que se faz especialmente importante quando o político exerce mandato eletivo ao qual chegou por intermédio do partido ao qual está filiado.

Uma pergunta de difícil resposta permite alcançar o cerne da noção de fidelidade partidária: a quem pertence o mandato eletivo, ao candidato eleito ou ao partido? A resposta dessa questão levará à conclusão sobre a obrigatoriedade, em tese, de fidelidade partidária, sendo uma de suas consequências a perda do mandato, pelo político, em caso de desfiliação, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

A fidelidade partidária pode ser compreendida, portanto, como o instituto do Direito Eleitoral que impõe duas obrigações aos representantes políticos: continuidade no partido pelo qual foram eleitos e respeito/observância das diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários, sob pena de perda do mandato (MEZZARROBA, 2004, p. 275).

A Constituição brasileira de 1967 foi a primeira a tratar da fidelidade partidária, ainda que implicitamente (PEREIRA, 2009, p. 62), ao proibir as coligações partidárias, em seu art. 149, VIII.<sup>36</sup> A Emenda Constitucional nº 1/1969, no entanto, foi além ao dispor, expressamente, sobre a infidelidade partidária, no parágrafo único de seu art. 152, prescrevendo a perda do mandato tanto para a hipótese de oposição às diretrizes do partido quanto para a desfiliação partidária:

Art. 152 (...)

Parágrafo único – Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.

Esta disposição foi atenuada pela Emenda Constitucional nº 11/1978 que excetuou da perda do mandato o parlamentar que se desfiliasse do partido pelo qual foi eleito para fundar

<sup>36</sup> Art 149 – A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:(...)

VIII – proibição de coligações partidárias.

nova legenda.<sup>37</sup> Finalmente, a Emenda Constitucional nº 25/1985 excluiu o dispositivo da fidelidade partidária da Constituição, por considerá-la “entulho autoritário”<sup>38</sup>.

A Constituição de 1988, por seu art. 17, §1º, deixou a cargo dos partidos políticos o estabelecimento de normas de fidelidade de disciplina partidária em seus estatutos, mas, ao tratar das hipóteses de perda do mandato parlamentar, em seu art. 55, optou, expressamente, por não incluir, dentre elas, a infidelidade partidária, seja quanto ao descumprimento de diretrizes estabelecidas pelos partidos, seja quanto à desfiliação partidária sem justa causa.

É importante, pois, ressaltar que a perda do mandato por infidelidade partidária foi expressamente debatida e descartada pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Isso pode ser observado nos debates travados sobre vários aspectos.

José Jorge, relator da matéria pertinente a Subcomissão do Poder Legislativo, observou, expressamente, que “no meio das emendas que recebi havia algumas que tratavam da fidelidade partidária. Alguns parlamentares queriam que fosse colocada explicitamente na Constituição a obrigatoriedade da fidelidade partidária, outras sugeriam que, no caso de mudança de partido, perdia-se o mandato etc.”<sup>39</sup>

Nelson Carneiro, ao defender o parlamentarismo, apontava que a força dos partidos dependia da existência da fidelidade partidária<sup>40</sup>. César Cals Neto observava as exigências profundas quanto à fidelidade partidária no caso de um sistema parlamentarista.<sup>41</sup> Lúcio Alcântara, na discussão sobre a forma de eleição dos deputados, ao defender a plena liberdade de voto do parlamentar, rejeitava, expressamente, a fidelidade partidária, concebendo-a como “um sistema draconiano para evitar, inclusive, que, em determinados momentos, adotasse o Parlamentar essa ou aquela posição que lhe parecesse a mais justa”.<sup>42</sup>

A discussão, no entanto, não foi apenas teórica. Diversas propostas de inclusão da fidelidade partidária na Constituição, com sua regulamentação diretamente no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional.

Por proposta de Adylson Motta, veiculada pela Emenda Aditiva nº 681, pretendeu-se acrescentar dispositivo, diretamente na Constituição, que prescrevia que “Perderá o mandato quem se filiar a partido diverso daquele pelo qual se apresentou a sufrágio, salvo em caso de extinção do anterior.” A defesa da proponente lastreou-se na defesa e preservação dos partidos, bem como na vinculação do mandato ao eleitor, apresentando-se como de cunho ético e não político, e buscando, inclusive reforço na Constituição Portuguesa<sup>43</sup>:

---

37 Art. 152 (...)

§ 5º - Perderá o mandato no senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja rege for eleito, **salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo partido.** (destaque acrescido)

38 Cf. <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/historia/camara180/materias/mat1.html>>. Acesso em: 27 out. 2014.

39 Atas da Subcomissão do Poder Legislativo da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp)>, p. 208. Acesso em: 19 jun. 2013.

40 *Idem*, p. 45.

41 Ata da 58ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, de 30.04.1987. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp)>, p. 594. Acesso em: 19 jun. 2013.

42 Atas da Subcomissão do Poder Legislativo da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp)>, p. 163 e 208. Acesso em: 19 jun. 2013.

43 Atualmente, o dispositivo está no art. 160º, 1, c, da Constituição portuguesa: “Perdem o mandato os deputados que se inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados a sufrágio”.



Hoje, em grande parte, o descrédito pelos políticos tem sua origem na constante migração patrocinada e tutelada pela lei, permitindo que o representante de um partido se eleja e, depois, no curso do desempenho de seu cargo eletivo, ou do seu mandato, se filie a um partido diverso daquele, para o qual foi eleito. No momento em que alguém se filia a um partido político, num ato soberano da sua vontade, assina uma ficha partidária e, no verso dessa, assume compromisso de adotar seu programa e estatuto. Evidentemente, depois, ao se candidatar, terá que provar a sua filiação partidária, e baseado nisso o partido lhe dará uma vaga como candidato. O candidato fará a sua peregrinação política, visitará os seus eleitores, defendendo as idéias do partido ao qual está filiado. É eleito. Parece-me, Sr. Presidente, que não seria justo que, no curso desse mandato específico que recebeu, ele se volte, depois, contra o seu eleitor, como se fosse seu inimigo político. Seria como um advogado que usasse indevidamente a procuração que recebeu para defender seu cliente.

Por essa razão, Sr. Presidente, encaminho esta emenda, que não é uma camisa-de-força, que não compromete o espírito liberal que caracteriza a nossa Constituição. O instituto da vinculação do mandato ao eleitor existe desde as mais fechadas, às mais liberais das democracias. Na Rússia, o Soviet tem poderes para cassar o representante que não tenha comportamento pausado dentro daquilo que o partido exige. Nos Estados Unidos da América do Norte, a mais liberal das democracias, o mandato está vinculado ao eleitor pelo instituto do Recall. Periodicamente, o representante tem que comparecer perante o colégio eleitoral para ser sabatinado e, de acordo com o resultado, terá ou não confirmado o seu mandato.<sup>44</sup>

Erico Pergoraro, no entanto, manifestou-se, nos debates, em sentido diametralmente oposto, pugnando pela rejeição do dispositivo porque o compromisso do parlamentar é com seu eleitor e não com a sigla partidária, apontando, ainda, que a fidelidade partidária é um retorno ao passado:

Parece-me que, no momento em que os partidos se organizam, quando este Congresso Constituinte está decidindo pelo parlamentarismo como forma adequada e o caminho mais alargado para chegarmos à verdadeira democracia, para que tenhamos partidos políticos fortes, não podemos incorrer no erro de colocar na Carta Constitucional dispositivo que proíbe o cidadão ou a cidadã eleitos por determinado partido político de dele se afastarem. O compromisso do eleito é com os seus eleitores, é com aqueles que o guindaram ao cargo de Vereador, de Deputado e de Senador, e não com a sigla partidária, pois muitas vezes a cúpula do partido carrega-o por caminhos tortuosos que o parlamentar não consegue trilhar.

---

44 Ata da 215ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, de 03.03.1988. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp)>, p. 129. Acesso em: 19 jun 2013.

Por isso, só por estas duas justificativas, por ser este um momento de transição, em que os partidos haverão de se fortificar através do regime parlamentarista que – creio – este Congresso adotará, não podemos colocar tal camisa-de-força em nossa Carta Maior. Não podemos buscar exemplos de fora, temos de ter vida própria; não nos podemos espelhar em países e em Constituições que não avançaram em relação àquilo que nossa sociedade já conquistou.

Por isso, Sr. Presidente e Srs. Constituintes, busco o apoio de V. Ex.<sup>a</sup> para a rejeição dessa emenda. Parece até que o autor do destaque teve a idéia de retornar ao passado e buscar a fidelidade partidária, com a qual se quis fazer chegar a Presidência da República o Sr. Paulo Salim Maluf. Por essa razão, só, a emenda deve ser reprovada.<sup>45</sup>

Em votação com folgada margem (309 votos contra, 79 votos a favor e 15 abstenções), a emenda que restaurava a fidelidade partidária na Constituição de 1988 foi expressamente rejeitada pelo legislador constituinte.

Menos de um ano após a promulgação da Constituição, a fidelidade partidária foi levada a julgamento, no MS nº 20.916-0/DF (Relator para acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, j. 23-8-1989) e no MS nº 20.927-5/DF, Relator Ministro Moreira Alves, j., 11-10-1989), quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que, se a própria Constituição de 1988 não previu dentre as hipóteses de perda do mandato a desfiliação partidária, apesar de tê-la debatido, conclui-se que, expressamente, optou por não adotar a fidelidade partidária.

Esse entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal persistiu até 2007<sup>46</sup>, quando o Supremo Tribunal Federal, alterando seu entendimento consolidado, decidiu que “o instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398, em 27 de março de 2007”<sup>47</sup>, restabelecendo, portanto, o “entulho autoritário” excluído da Constituição de 1967/1969 pela Emenda Constitucional nº 25/1985 e, expressamente, não incluído na Constituição de 1988, a despeito de sua discussão pelo legislador constituinte.

Posteriormente, o processo de perda do cargo eletivo em virtude da desfiliação partidária sem justa causa foi disciplinado pela Resolução TSE nº 22.610, de 25-10-2007, cuja constitucionalidade foi impugnada por meio das Ações Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999-7/DF e nº 4.086-3/DF, ensejando ao Supremo Tribunal Federal confirmar o restabelecimento da fidelidade partidária, a partir de interpretação da Constituição de 1988, ao declarar a constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007.

---

45 *Idem*, p. 130.

46 Cf. a título de exemplo o MS 23.405-9GO (Relator Ministro Eros Grau, j. 22-3-2004), no qual, inclusive, a decisão foi baseada nos precedentes citados do final da década de 1980.

47 MS nº 26.602-3/DF, Relator Ministro Eros Grau, j. 04-10-2007, p. 191. Cf. ainda, MS nº 26.603-1/DF, Relator Ministro Celso de Mello; MS nº 26.604-0/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia e MS nº 26.890/DF, Relator Ministro Celso de Mello.



#### 4. FIDELIDADE PARTIDÁRIA: LEGÍTIMA MUDANÇA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO?

Considerando que a exigência de fidelidade partidária, sob pena de perda do mandato, não consta da Constituição de 1988 por opção expressa do legislador constituinte, mas foi extraída, implicitamente, do texto constitucional a partir da interpretação judicial do Tribunal Superior Eleitoral, e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, a questão que se impõe é se houve mudança informal da Constituição quanto à fidelidade partidária.<sup>48</sup>

Não é simples a resposta. Em um extremo, configura-se uma criação constitucional pelo Poder Judiciário a pretexto de uma interpretação. No outro, enfrenta-se o risco da supervalorização da vontade do constituinte (e, como se sabe, nem sempre a *voluntas legislatoris* corresponde à *voluntas legis*) (FERREIRA FILHO, 2013, p. 749; MAXIMILIANO, 1998, pp. 30-31).

No caso das Constituições, em especial, os debates não indicam necessariamente a verdadeira razão do acolhimento de determinada norma pela assembleia. Assim, não podem servir como inexpugnável força de controle, já que o que se busca, diferentemente das leis ordinárias, não é a intenção do legislador (poder constituído), mas a intenção da comunidade (COOLEY, 1890, pp. 80-81), de quem emana o poder constituinte (FERREIRA FILHO, 1999, pp. 12 e 23-24). Porém, também seria um erro descartar a intenção dos constituintes como se nada importasse; afinal, são eles os representantes da comunidade nessa ocasião.

A melhor forma, pois, de inferir as intenções da comunidade, via constituintes, é a própria linguagem constitucional e esta apresenta ora disposições específicas, as quais independem da referência implícita para aplicação, ora disposições abertas, cuja aplicação depende de referências outras para além do texto e das referências históricas (ELY, 2010, pp. 17-19 e 22-23). Portanto, se o sentido literal não é suficiente para alcançar, com certeza, a intenção do texto, é lícito buscar o que se conhece sobre seu propósito original, incluindo as declarações dos líderes dos debates, que orientam os votos dos demais constituintes (ELY, 2010, p. 33-34 e 37).

Destarte, dentro dos limites propostos, ainda que apenas a linguagem constitucional (minuência do art. 55 da Constituição de 1988 para as hipóteses de perda do mandato, sem incluir a infidelidade partidária, e atribuição aos partidos, *interna corporis*, do tratamento da disciplina e da fidelidade partidárias, conforme art. 17, § 1º, do Texto Maior) não se afigure suficiente para a solução perseguida, a interpretação histórica permite excluir as opções alternativas, conferindo especificidade e concreção à configuração da norma constitucional e evidenciando a intenção do poder constituinte originário.

A despeito disso, BULOS (2011, p. 433), sem se manifestar expressamente sobre os debates da Assembleia Constituinte, entende que o texto constitucional não precisaria enunciar, de maneira manifesta, a fidelidade partidária para que ela pudesse servir como obrigação aos representantes eleitos pelo povo, sob pena de perda do mandato. Assim, no caso, teria havido “autêntico exercício de construção constitucional”, quando o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da democracia representativa, extraiu das entrelinhas da Constituição o natural dever de fidelidade do parlamentar ao partido pelo qual foi eleito.

---

<sup>48</sup> Conforme já mencionado, na definição de FERREIRA FILHO, pode-se, eventualmente, falar apenas em mudança constitucional (e não mutação), na medida em que se trata de uma modificação que, embora importante, não altera núcleos essenciais da Constituição. Por outro lado, para FERRAZ e BULOS, caso se verifique uma modificação informal com base nos quadros analíticos expostos, ela pode ser definida como mutação constitucional, pois, para esses autores, basta a mudança do espírito da Constituição sem que se altere seu texto.



No mesmo sentido, apesar de reconhecer que a Constituição atribuiu aos estatutos dos partidos políticos a disciplina da fidelidade partidária, MENDES (2009, p. 821) compreende-a como um valor constitucional cuja densidade é ainda maior no contexto brasileiro de democracia representativa partidária e sistema eleitoral proporcional. De tal sorte, “a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para a manutenção do próprio mandato”, ressalvadas situações excepcionais em que se justificar a desfiliação, tais como ruptura dos compromissos programáticos ou perseguição política.

Nessa linha, o entendimento sufragado até 2007 pelo Supremo Tribunal Federal justificar-se-ia apenas “sob um contexto histórico específico”, de modo que a atual realidade empírica da infidelidade partidária observada no Brasil demandava a mudança de orientação da Corte, impondo a perda do mandato ao político infiel. Para o autor, não há qualquer contradição com a lógica constitucional, pois “[a] taxatividade do rol especificado no art. 55 da Constituição, como garantia fundamental assegurada aos parlamentares, não é contrária à regra da extinção do mandato”, já que não se trataria de perda do mandato como sanção, mas mera decorrência dos mandatos pertencerem aos partidos políticos (MENDES, 2009, pp. 822-825).

Sem a contemplação da história constitucional ou outras características do sistema eleitoral brasileiro (como a lista aberta que desfavorece a identificação e a disciplina partidárias – LIMONGI e FIGUEIREDO, 2006, pp. 249-250 – ou a inexistência de uma verdadeira “democracia de partidos” com efetiva mobilização dos indivíduos pelos partidos políticos – MELO, 2010, p. 38), MENDES (2009, pp. 826 e 828) opina que a decisão do Supremo Tribunal Federal “constitui um marco na história republicana do Brasil no sentido da democracia e da efetivação dos direitos políticos fundamentais”, reconhecendo o papel da Corte de indutor da desejada reforma política.

Não parece, no entanto, que seja possível proceder a essa análise sem avaliar os aspectos acima mencionados relacionados à expressa opção constituinte. Há, pois, por um lado, princípios constitucionais como a representação partidária que se relacionam à fidelidade partidária, mas, por outro, as hipóteses de perda do mandato são taxativas. Assim, cotejando a interpretação judicial levada a cabo com a opção expressa do legislador constituinte pela não inclusão da fidelidade partidária, parece razoável concluir que o Supremo Tribunal Federal desbordou dos limites que se lhe impõem.

Portanto, os princípios constitucionais utilizados pelo Tribunal para solução da questão não autorizam tamanha elasticidade interpretativa, tanto porque as hipóteses taxativas de perda do mandato são veiculadas por regras – ou seja, o próprio constituinte já densificou a própria Constituição no que pertine ao tema (ÁVILA, 2009, p. 5) – quanto porque o constituinte debateu a questão e, expressamente, optou por não incorporá-la ao texto constitucional:

Tampouco se pode aceitar a ideia de que os princípios constitucionais, por meio de uma interpretação sistemática, poderiam modificar as hipóteses das regras constitucionais, para além do significado mínimo de suas palavras, nos âmbitos normativos em que os problemas de coordenação, conhecimento, custos e controles de poder devem ser evitados. É certo que, se as regras não forem meramente conceituais e vinculadas a valores eminentemente formais, mas, em vez disso, materiais e vinculadas à promoção de finalidades específicas, a sua interpretação teleológica pode ampliar o restringir as suas hipóteses por meio das chamadas extensão e



restrição teleológicas. Isso, porém, não pode ir, no plano constitucional e para casos ordinários, além do significado mínimo das palavras constantes das hipóteses das regras. Entender dessa forma é acabar com as funções das regras, que são as de eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. (ÁVILA, 2009, p. 6)

Houve uma definição da política diretamente pela Constituição que não permite a extração, por meio de interpretação judicial, de normas implícitas que contrastem com o Texto Maior, mesmo que se identifique uma contradição entre a representação partidária e a falta de punição da infidelidade partidária. Assim, conclui-se que não houve nem mudança nem mutação constitucional que autorize a perda do mandato por infidelidade partidária. Tal regulamentação é “incontestavelmente um adendo à Constituição escrita” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 63), desdobrada do descobrimento de uma suposta norma implícita.

A propósito da assunção de um papel político e manifestamente “ativista”, FERREIRA FILHO (2013, pp. 756-757) observa que o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à perda do mandato por desfiliação partidária injustificada altera a estrutura constitucional da democracia representativa pautando-se, sobretudo, por argumentação doutrinária de âmbito político:

As respostas às Consultas [Consultas TSE nº 1.398/2007 e nº 1.407/2007], bem como os votos nas decisões do Supremo Tribunal federal, são eruditas e eloquentes em matéria de doutrina política, exprimindo convictamente a ideia de que a democracia se faz pelos partidos e que, portanto, para fortalecer aquela, se deve fortalecê-los. Já a argumentação jurídica tem menos desenvolvimento, contentando-se em esgrimir pontos, como o monopólio partidário das candidaturas estabelecido pela Carta Magna, ou a índole do sistema de representação proporcional, dos quais não deriva, de modo inexorável, a perda do mandato dos infiéis aos partidos por que se elegeram.<sup>49</sup>

Esta conclusão fica ainda mais clara quando se pensa na interpretação constitucional legislativa. E isso porque eventual instituição, pela legislação infraconstitucional, da perda de mandato por infidelidade partidária seria inconstitucional diante das hipóteses taxativas do texto e da opção da Assembleia Constituinte. Claramente, o legislador ordinário não pode densificar os princípios constitucionais relacionados ao tema e passíveis de interpretação concretizadora em patente contrariedade com as opções da própria Constituição. E se, no caso debatido, o legislador ordinário não está autorizado a interpretar a Constituição de modo que se cambie seu espírito, também o Poder Judiciário não goza dessa prerrogativa.

Enfim, a introdução da perda do cargo por infidelidade partidária somente poderia ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por alteração da Constituição, isto é, por seu procedimento formal de reforma.

---

49 Para maior detalhamento das posições do Supremo Tribunal Federal, cf. BRANDÃO, Juliana Ribeiro; MATTOS, Karina Denari Gomes de; MENDES, Marcelo Doval e SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Fidelidade partidária: análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região**, ano XXIV, nº 117, abril/junho, 2013, p. 47-63.

## 5. CONCLUSÃO



Conforme observa FERRAZ (1986, p. 243), “a prática constitucional revela constantemente que nem sempre as limitações impostas são observadas, e que as mudanças constitucionais escapam, muitas vezes, a qualquer controle”, em decorrência de diversos fatores, como a impossibilidade de controle pela natureza da matéria ou pelo modo da mudança; a ineficácia dos meios de controle; ou a predominância, nas mudanças, “de forças extraconstitucionais, forças políticas, pressões de grupos sociais, etc., de tal sorte que a mudança inconstitucional se impõe e gera efeitos na vida constitucional do Estado”.

Especialmente os dois últimos fatores – ineficácia dos meios de controle e predominância de forças extraconstitucionais na interpretação – parecem ser determinantes na mudança inconstitucional que alargou as hipóteses de perda de mandato para incluir a desfiliação partidária sem justa causa.

Com relação à ineficácia do controle, impossível fugir da questão *quis custodiet custodes?* O Supremo Tribunal Federal – como poder constituído que é – também está submetido à Constituição, mas, se é o detentor do monopólio da palavra final, quem avaliará se suas decisões estão em conformidade com o texto constitucional?

Com relação às forças extraconstitucionais e às pressões de grupos sociais, é patente o descrédito da classe política, notadamente da parlamentar, de modo que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, assume muitas vezes o papel de força motriz de mudanças políticas. O fato de ser depositário dos anseios da população, por um lado, e a grande influência da mídia (seja pela transmissão de seus julgamentos, seja pela rotineira cobertura dos meios de comunicação de massa), por outro, parecem justificar a mudança da Constituição, via interpretação, ainda que contrariamente à opção expressa do constituinte.

Bulos, ao definir ativismo judicial como “o ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo”, observa, diretamente, que se trata de “um perigoso veículo de fraude à constituição, podendo acarretar mutações inconstitucionais, afinal um órgão do Poder adentra na esfera do outro, ao arripio da cláusula da separação de Poderes” (2011, p. 432).

Assim, na realidade constitucional atual, as mutações constitucionais e inconstitucionais e o controle de sua constitucionalidade parecem em estreita relação com o fenômeno do ativismo judicial, justamente em virtude da dificuldade de aferição objetiva de seus requisitos, especialmente pelo órgão de controle que detém ou o monopólio da guarda da Constituição ou, ao menos, a última palavra em sua interpretação.

Destarte, salutar o alerta de Ramos no sentido de que a perda de mandato por desfiliação partidária e por expulsão em caso de infidelidade partidária “deve ser item obrigatório de uma agenda consistente de reforma política, mas não pode prescindir da intervenção do Poder Constituinte de revisão” (2010, p. 254), na medida em que são compreensíveis “as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a esse exercício candente de ativismo judiciário” (2010, p. 255), o que, contudo, não justifica tal conduta, pois “[n]ão devemos incidir no equívoco elitista de tentar concretizar uma Constituição democrática, paradoxalmente, atribuindo ao povo um papel secundário” (2010, p. 316).



## REFERÊNCIAS



- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de Constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. In: **Revista dos Tribunais**, ano 101, v. 920, junho 2012, pp. 133-148.
- ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. **Uma Constituição incomum**. In: CARVALHO, Maria Alice Rezende de; ARAÚJO, Cícero e SIMÕES, Júlio Assis. **A Constituição de 1988: passado e futuro**. São Paulo: Hucitec, Anpocs, 2009, pp. 17-51.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 1 set. 2014.
- BRANDÃO, Juliana Ribeiro; MATTOS, Karina Denari Gomes de; MENDES, Marcelo Doval e SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Fidelidade partidária: análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região**, ano XXIV, nº 117, abril/junho, 2013, pp. 47-63.
- BRASIL. **Senado Federal**. Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp)>. Acesso em: 1 set. 2014.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COOLEY, Thomas M. **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union**. 6. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1890.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERREIRA, Luis Pinto. **Manual prático de Direito Eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 1973.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Alteração e mudança da Constituição de 1988. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. **Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. T. 1. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 746- 763.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. O papel político do Judiciário e suas implicações. In: **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 1, n. 2, 2009, pp. 55-71.
- \_\_\_\_\_. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Poder de Agenda na democracia brasileira: desempenho do governo no presidencialismo multipartidário. In SOARES, Gláucio A.D. e RENNÓ, Lucio R. **Reforma Política. Lições da História Recente**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, pp. 249-280.

- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MELO, Carlos Ranulfo Felix. Eleições presidenciais, jogos aninhados e sistema partidário no Brasil. In: **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 4, 2010, pp. 13-41.
- MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PEREIRA, Leonardo Freire. **Fidelidade partidária no desenvolvimento do modelo de democracia pelos partidos**. São Paulo: FDUSP, 2009. Dissertação de Mestrado.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WHEARE, Kenneth C. **Las constituciones modernas**. 2. ed. Barcelona: Labor, 1975.



## HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mario Nieri  
Selene Rodrigues de Almeida

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Noções gerais de Hermenêutica Jurídica. 2. A interpretação das normas constitucionais. 3. O intérprete. 4. Os processos hermenêuticos. 5. A interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho procura descrever alguns pontos relevantes da nova hermenêutica, apontando suas contribuições para a interpretação das normas constitucionais que são carregadas de peculiaridades. Como também defende a ideia de que esta abordagem hermenêutica melhor se adequa a interpretação dos direitos fundamentais tão caros às sociedades contemporâneas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica. Processos Hermenêuticos. Interpretação constitucional.

**ABSTRACT:** The present work seeks to describe some relevant aspects of the new hermenêutica, pointing to its contributions for the interpretation of constitutional norms that are filled with peculiarities. It is also defended the idea that such hermeneutical approach better suits the interpretation of the fundamental rights so expensive to contemporary societies.

**KEYWORDS:** Hermeneutics. Hermeneutic Process. Constitutional Interpretation.

## INTRODUÇÃO



**D**urante muitos anos a hermenêutica constitucional no Brasil esteve pautada nos métodos tradicionais (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) e o formalismo tomou conta da atividade interpretativa em quase sua maioria. Poucos ousaram desenvolver considerações e críticas que questionassem o alcance da interpretação promovida pelo único e exclusivo emprego desta metodologia.

Atualmente pode-se perceber a influência da hermenêutica estruturada na Alemanha a partir da década de 1950 e que vem pondo em discussão um novo método, além de questionar o alcance da atividade interpretativa, inserindo novos atores sociais no quadro daqueles que tomam parte desta atividade com base na teoria democrática.

O presente trabalho procura descrever alguns pontos relevantes da Nova Hermenêutica, apontando suas contribuições para a interpretação das normas constitucionais que são carregadas de peculiaridades.

Como também defende a ideia de que esta abordagem hermenêutica melhor se adequa a interpretação dos direitos fundamentais tão caros as sociedades contemporâneas.

Para tanto, primeiramente relacionam-se as particularidades das normas constitucionais que tornam a tarefa de interpretá-las mais dificultosa do que a interpretação dos comandos infraconstitucionais. Em seguida mencionam-se algumas razões que justificam a necessidade de uma nova hermenêutica mais apropriada a interpretação da Constituição, privilegiando na abordagem o emprego do método hermenêutico concretizante.

Como desdobramento dos principais componentes deste método se expõe o pensamento de três autores (Peter Häberle, Konrad Hesse e José Joaquim Gomes Canotilho), fazendo referência ao contributo de suas obras para o desenvolvimento de uma Nova Hermenêutica.

Depois se desenvolvem um pouco mais os meandros do método hermenêutico concretizante. Finaliza o estudo a defesa daqueles método como o mais indicado para a interpretação das normas de direitos fundamentais, descrevendo as razões justificadoras desta posição.

## 1. NOÇÕES GERAIS DE HERMENÊUTICA JURÍDICA

A hermenêutica<sup>50</sup>, segundo Saldanha<sup>51</sup>, corresponde a “teoria dos fundamentos do interpretar”, ou seja, exterioriza-se como sendo o processo coordenador que ampara e fornece os trilhos de atuação da atividade da interpretação técnica, que, por sua vez, consiste na busca prática e investigativa da verdadeira essência de cada texto que lhe é apresentado, de modo que seja possível retirar o correto entendimento, conteúdo e significado da norma analisada. A conclusão em cadeia dos métodos do processo hermenêutico, pela interpretação técnica, permite a boa aplicação do resultado final ao fato pertinente, confirmando-o, moldando-o ou negando-lhe validade, ou seja, cada agente interpretador, conforme a sua competência, atribuição ou condição, irá adequar e moldar, aos verdadeiros ditames das respectivas normas jurídicas interpretadas, os fatos concretos a ele subjugados.

Prima a visão didática que relaciona separadamente a hermenêutica da interpretação e da aplicação. Vicente Ráo assevera que: “A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação; a interpretação, por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das

---

50 Para melhor entendimento da matéria, recomenda-se a obra de GUERRA, Sidney; MERÇON, Gustavo. **Direito Constitucional aplicado à função legislativa**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002

51 SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 246



normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.<sup>52</sup>

De fato, a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. (...) A interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou a medida que envolveu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas. A arte ficou subordinada, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral, o Direito, obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica.<sup>53</sup>

Habermas lembra que a hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente, a ideia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação. (...) A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação.<sup>54</sup>

## 2. A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Primeiramente, cabe conceituar o que vem a ser a atividade de interpretação no âmbito jurídico. A doutrina vem geralmente entendendo que interpretar é atribuir um significado a norma. Contudo, esse conceito está longe de apaziguar as tensões que envolvem a atividade do intérprete ou mesmo concluir que tal tarefa destina-se apenas aos casos nos quais não há consenso sobre o significado atribuído a uma norma jurídica.

As questões hermenêuticas suscitam temas ligados ao texto, ao intérprete e a interpretação em si mesma.

Um ponto que não pode ser deixado de lado diz respeito ao texto que será objeto da interpretação, até porque é sobre ele que se concentram os esforços para que um significado lhe seja atribuído como resultado da atividade desenvolvida.

Excluindo-se o texto toda a ideia de interpretação fica comprometida, entretanto, não se defende a única e exclusiva relevância do texto, pelo contrário, a interpretação não prescinde dos fatos, ela atribui um significado a norma dentro de uma realidade espacial e temporal. Atualmente a corrente da hermenêutica jurídica que mais impacto apresenta na literatura nacional sustenta que o problema é fundamental para a interpretação da norma.

O texto necessariamente está relacionado com a linguagem, com a teoria da comunicação. Por meio da linguagem se trava a comunicação. A linguagem designa, mas também é fonte de incertezas em função da ambiguidade, do caráter vago e da textura aberta. Contudo, não se pode negar que ela é uma forma de expressão rica e cheia de complexidade.

Cada vez mais a linguagem desperta o interesse dos estudiosos, especialmente no campo da semiótica, do qual surgem discussões de interesse para o Direito, dando origem a um segmento

---

52 RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5. ed. anot. e atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 456.

53 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1.

54 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997, p. 247.



preocupado com a semiótica jurídica inquieta com as relações entre direito lógica e linguagem, buscando estabelecer uma triangular conexão entre sintaxe, semântica e pragmática.

A hermenêutica também deve dedicar-se ao estudo daquele que desenvolverá a atividade interpretativa, pois interpretar consiste em dotar de significado e nesta tarefa o intérprete é uma espécie de mediador que comunica aos demais o significado que se atribui as coisas, aos signos ou aos acontecimentos.

O sujeito interpreta um mundo já compreendido, ou seja, sua tarefa é executada em meio a “pré-compreensões” que poderão ou não o influenciar. Daí a importância do autoconhecimento por parte do intérprete para que o mesmo não caia em armadilhas criadas por suas “pré-compreensões” ao interpretar uma norma e, principalmente, ao decidir um caso.

A hermenêutica igualmente dedica-se ao debate sobre a própria interpretação, os métodos a serem utilizados, seus aspectos positivos e negativos, as dificuldades inerentes à atividade interpretativa etc. A importância da interpretação decorre, dentre outros fatores, da constatação de que ela é sempre necessária, mesmo quando não provoque maiores divergências quanto ao significado atribuído à norma.

Por outro lado, é preciso tomar em consideração que a própria linguagem normativa, frequentemente, não possui um único sentido. Muitos são os termos empregados com múltiplos significados ou obscuros, havendo situações, inclusive, nas quais são detectados erros de ordem gramatical, lógica ou sintática na construção da norma.

Todas essas referências ganham maior relevância quando o texto a ser interpretado é uma norma constitucional, isto porque a Constituição é o documento normativo mais importante de um Estado. Todo o ordenamento jurídico deverá nela buscar sua validade, pois ocupa o topo da pirâmide normativa (Kelsen), sendo reconhecido pela doutrina, de um modo geral, a supremacia das normas constitucionais, ensejando, inclusive, o controle de constitucionalidade das leis, cujo objetivo é impedir a permanência dentro do ordenamento jurídico de leis e atos normativos que não estejam em harmonia com os seus dispositivos.

Em face desta peculiar condição das normas Constitucionais dentro do ordenamento jurídico do Estado conclui-se sobre a relevância da interpretação das normas constitucionais, posto se tratar de criar as diretrizes para a compreensão de toda a ordem jurídica, podendo, até mesmo, conforme seja interpretada uma norma constitucional, concluir-se pela inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo.

Logo, a interpretação da Constituição não é tarefa das mais fáceis, pois apresenta certas dimensões que a diferenciam da interpretação das demais leis e devido ao caráter singular pelo qual é criada uma Constituição e o que ela representa para um Estado, encontram-se dados que tornarão a atividade ainda mais necessária e criteriosa para chegar a um bom termo dentro da ordem social.

Dentre as peculiaridades que ensejam um tratamento diferenciado para uma atividade interpretativa da Constituição, indica-se a posição destacada das normas constitucionais, visto que inauguram o ordenamento jurídico estatal, na sua formação emprega-se normalmente uma linguagem mais sintética, marcada pela presença abundante de princípios em lugar de regras, além de dar margem a uma jurisdição constitucional.<sup>55</sup>

Outro dado importante é que a Constituição contém normas de caráter aberto que permitem a sua atualização e são capazes de renovar constantemente a ordem jurídica para

---

55 Cf. o assunto de acordo com a abordagem exposta por BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Ed.: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. P.49-63.



comportar dentro dos limites por ela traçados às mudanças operadas na sociedade, isto é, o caráter aberto permite que seja arejada toda a ordem constitucional, acompanhando dentro dos padrões que ela ditou as transformações sociais.

A linguagem utilizada na Constituição é mais uma peculiaridade, pois não visa a tratar de todas as necessidades de um determinado povo em um determinado espaço, mas tão somente abordar os assuntos considerados relevantes por seus elaboradores no momento em que a criaram. Resta ainda mencionar a amplitude dos termos empregados, incluindo palavras de significação imprecisa ou de conceitos que escapam do âmbito meramente jurídico, merecendo, por essa razão, a presença de princípios destinados à resolução de problemas de interpretação.

Por fim, há ainda o fato de que na Constituição estão consubstanciadas as opções políticas de um Estado, o que certamente acabará por influenciar a aplicação da norma, permitindo-se caminhar para uma informal mutação normativa. De tudo que foi exposto até o momento fica evidente a importância de uma hermenêutica constitucional ajustada e coerente com uma Teoria da Constituição.

Os métodos hermenêuticos tradicionais desde algum tempo vêm mostrando insuficiência no atendimento das necessidades impostas pelas mudanças ocorridas com o desenvolvimento da sociedade e do Direito Constitucional. No Brasil, as abordagens interpretativas mais tradicionais foram disseminadas amplamente pela doutrina, sendo certo que um nome que se destacou na sua divulgação foi Carlos Maximiliano.<sup>56</sup> Inúmeras são as edições de seu trabalho, que foi, durante anos, bem aceito pelos profissionais jurídicos.

Contudo, conforme já referido anteriormente, a Constituição apresenta peculiaridades na interpretação que as demais leis do ordenamento jurídico não possuem e tudo isso contribui para uma visão própria, um estudo direcionado para suas particularidades e um método mais adequado de interpretação que não se fixe apenas numa abordagem gramatical, histórica, sistemática e teleológica.

A concepção tradicional, cujo objeto de estudo consiste apenas nas técnicas de interpretação das leis, em linhas gerais privilegia a vontade objetiva da lei. A vontade subjetiva do autor da lei, ou seja, de quem lhe deu origem, ainda que um corpo colegiado ceda lugar à vontade da lei, presente no momento de sua aplicação, quando é chamada a produzir os seus efeitos.<sup>57</sup>

A constatação das limitações da linha hermenêutica tradicional impulsionada pelas críticas resultou, entre os autores alemães, numa nova abordagem em relação aos métodos hermenêuticos, construindo uma nova hermenêutica direcionada a dar resposta a aspectos da realidade social que não foram devidamente contemplados pela ótica clássica.

O que se percebe por nova hermenêutica consiste na visão produzida na Alemanha, que foi construída a partir da tópica e que levou mais adiante a formulação do método concretizante.<sup>58</sup>

---

56 Um Clássico na doutrina brasileira sobre interpretação, de uma autoria, consiste na obra *Hermenêutica e aplicação do Direito*, com mais dezessete edições publicadas.

57 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.5.

58 Existem autores que também estudam o impacto da Nova Retórica de Chaim Perelman sobre a interpretação. Embora consideremos relevante a abordagem proposta por Perelman, no presente trabalho não o tomaremos como referência de estudo, priorizando trabalhar com a ideia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e com o método concretizador.

### 3. O INTÉRPRETE

Vencido o introito conceitual, neste momento, o que se clama indagar é exatamente: a quem cabe fazer o procedimento interpretativo? Quem pode exercer a atividade de interpretação técnica de normas jurídicas diante dos fatos envolvidos?

A resposta a tais perguntas é essencial para autorizar ou reconhecer o trabalho daqueles que visam a interpretar as normas jurídicas e as aplicarem aos fatos.

Prepondera na doutrina uma grave restrição de ingresso no grupo daqueles autorizados a realizar a interpretação de normas jurídicas. Nesse sentido restritivo, observa-se a corrente doutrinária<sup>59</sup> indicando que somente serão autorizados a proceder à interpretação os seguintes agentes: os *experts* doutrinários (interpretação particular), os juízes (interpretação judicial) e os legisladores (interpretação legislativa, legal ou autêntica). Por todavia, há a corrente que exclui desse rol o último mencionado; e, ainda, é possível encontrar uma terceira corrente doutrinária, de cunho mais restritivo, que defende serem os *experts* doutrinários os únicos com permissão verdadeira e própria para promover à interpretação.

Peter Häberle,<sup>60</sup> ao discorrer acerca da visão restritiva, vale-se da expressão proferida por Ehmkeé, que a denominou de “sociedade fechada”. Entretanto, Häberle não coaduna com essa limitação de competência para a interpretação; defende ser interpretação toda aquela realizada pelos que vivem a norma (“sociedade aberta”), independente de serem esses capazes de levar a cabo a uma análise interpretativa sem paixões ou tendências e com observância de todos os preceitos e processos hermenêuticos e, ainda, se são legitimados ou não para aplicá-la ao fato. Denomina essa categoria de “constitucionais em sentido lato”, e define as suas atuações como de, pelo menos, “pré-intérpretes” (*Vorinterpretieren*).

Dessa forma, quanto ao processo de interpretação constitucional, observa-se o posicionamento do supracitado autor: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: 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 elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmässige Interpretieren*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (... *weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”<sup>61</sup>

Häberle reafirma ainda a amplitude do elenco de intérpretes constitucionais: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é,

---

59 As variantes doutrinárias estão expostas com maestria na obra de RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5 ed. Anot. Por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 468-9.

60 HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997. P.12.

61 *Ibid.*, p.13.



indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não os detém o monopólio da interpretação da Constituição.”<sup>62</sup>

Em especial nos Estados democráticos, não deve existir vedação à *práxis* de interpretação exercida por qualquer cidadão. O cuidado que se deve ter é com o resultado dessas interpretações “leigas”, ou seja, a conclusão de interpretação de norma jurídica eivada de paixões e tendências ou realizada fora dos bons métodos hermenêuticos não poderá prevalecer em detrimento da conclusão técnica, oriunda da imparcialidade e realizada conforme os processos hermenêuticos. A doutrina dominante defende a restrição do número daqueles autorizados a interpretar as normas jurídicas, para, destarte, garantir uma aplicabilidade mais justa, técnica e harmônica das interpretações aos fatos, resultando proteção tanto ao ordenamento jurídico quanto à ordem social.

De toda sorte, o agente interpretador, quanto aos procedimentos hermenêuticos, deverá atentar para as cinco fases da interpretação conforme o fim por ele pretendido. Tomando por base o ensinamento de Ráo,<sup>63</sup> as fases consistem nas seguintes:

- 1) Diagnóstico do Fato;
- 2) Diagnóstico Jurídico ou Qualificação Jurídica;
- 3) Críticas Formal e Substancial;
- 4) Processos Hermenêuticos; e
- 5) Aplicação Teórica e/ou Prática da Conclusão ao Fato.

O Diagnóstico do Fato objetiva definir e descrever o fato em estudo, reduzindo-o a termo, conforme a linguagem e os significados comuns ou gramaticais. Nessa fase, levam-se em consideração todos os elementos instrutórios e probantes relacionados ao caso.

Após, inicia-se a segunda fase, denominada Diagnóstico Jurídico ou Qualificação Jurídica, que tem por fim a pesquisa e a identificação das normas jurídicas regulamentadoras do fato posto a termo na fase anterior.

Em seguida, a terceira fase se impõe, partindo para as Críticas Formal e Substancial. A primeira consiste em investigação para apurar a autenticidade e fidelidade do conteúdo e dos processos respectivos de cada norma jurídica envolvida. A segunda crítica busca certificar-se da validade, vigência e eficácia das normas jurídicas coletadas.

Com o atendimento das fases anteriores, recebem os agentes hermeneutas autorização para iniciar os Processos Hermenêuticos, de modo a realizar a interpretação metódica e formal das normas jurídicas. Com a conclusão final e única das interpretações oriundas dos diversos processos hermenêuticos, cabe ao agente, por fim, a Aplicação Teórica e/ou Prática da Conclusão ao Fato, que equivale declarar ou impor à situação decorrente do fato, o resultado extraído dos trabalhos hermenêuticos.

---

62 Ibid., p.15.

63 RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5.ed. anot. e atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P.457-63.

#### 4. OS PROCESSOS HERMENÊUTICOS

Conforme anteriormente esclarecido todas as normas jurídicas estão sujeitas à interpretação, inclusive aquelas de clareza reconhecida, mesmo porque a própria característica de ser “clara” carrega relatividade diante dos fins pretendidos pela norma, pois dúvidas podem ser descobertas ou suscitadas pela evolução das relações sociais envolvidas. Não obstante, muitas das vezes o labor do intérprete enfrentará textos imprecisos, contraditórios e obscuros, e a interpretação será o meio adequado para sanear esses percalços e, assim, chegar ao bom entendimento do preceito e, conseqüentemente, à boa solução do caso enfrentado. Na própria definição de interpretação apresentada por Paulo Bonavides, vem a indicação de ser a interpretação o *remédio* para as *enfermidades* dos textos das normas jurídicas: “Interpretação é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro. Trata-se evidentemente de operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa.”<sup>64</sup>

Como é sabido todas as normas jurídicas são passíveis de interpretação e aplicação, devido ao seu efeito jurídico. Não obstante, ressalta-se que não correspondem exceção a essa regra os comandos constitucionais formais, pois, ao serem instituídos e emanados, tornam-se jurídicos e serão, a rigor e com as devidas ressalvas, objeto do mesmo processo de interpretação técnica das demais normas infraconstitucionais. Tal ocorre com a Constituição, apesar de sua origem ser política e, não, jurídica, ou seja, sua vigência reside nela própria e o grau de sua eficácia correlaciona-se com a realidade vivida pelo Estado e pelos “fatores reais de poder”. Igualmente, é imprescindível que em um diploma constitucional todas as normas, nele contidas, produzam algum efeito jurídico, dispondo, assim, de juridicidade suficiente para ser objeto de interpretação e aplicação.

Entretanto, urge ser cuidadoso o intérprete de norma constitucional formal no sentido, também, de não considerar com extremo o fator jurídico dessa norma, sob pena de extirpar a sua natureza política em tal grau que inviabilizará sua fonte de axiologia principiológica diretora, emanada das ideologias acolhidas, que guardam e propulsionam o ordenamento jurídico. A boa interpretação constitucional não pode descartar da norma superior o fator político e nem o fator jurídico. Destarte, cabe ao agente interpretador ponderar e equilibrar o seu trabalho nesses dois campos.

Além da compreensão do conteúdo normativo, o aplicador do direito deve ter o escopo de delinear tanto o seu alcance quanto a sua coercitividade.

Com efeito, aquele que fará a análise do texto constitucional deverá manter-se dentro do vínculo da finalidade regulamentadora objetivada por cada dispositivo e, em especial, pelo seu conjunto. A visão da Constituição como uma reunião de normas superiores que proferem um sentido único e global advém do método integrativo de Rudolf Smend, que dinamiza e atribui grau de legitimidade distinto para os “fatores” constitucionais envolvidos. Nesse sentido, Paulo Bonavides: “A modernidade do novo método interpretativo – também conhecido pela designação de método científico-espiritual – começa, portanto com essa visão de conjunto, essa

---

64 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional. 11. Ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.p.398.



premissa fundamental de que a Constituição há de ser interpretada sempre como um todo, com percepção global ou captação de sentido. Sentido sempre geral e de totalidade, que coloca tudo mais *sub specie* do mesmo conjunto, ao contrário, pois da modalidade de interpretação empregada pelo método usual dos positivistas e formalistas como Laband, o constitucionalista da era bismarckiana, a quem Smend repreende o ignorar a realidade e o conteúdo da norma.”<sup>65</sup>

Tarefa precípua em qualquer processo hermenêutico é realizar a análise dos dispositivos das normas jurídicas que versarem acerca de dado caso em concreto, de maneira que será necessário o auxílio de vários métodos de interpretação para que se atinja o verdadeiro ideal normativo. Esses métodos não são excludentes, isto é, a utilização de um não implicará a desconsideração dos demais; muito pelo contrário. Têm o intuito de se complementarem e produzirem uma única interpretação (conclusão única), proporcionando uma aplicação coerente e justa dos preceitos.

Não obstante, independentemente da pretensão a ser alcançada por cada agente interpretador (cientista jurídico, estudiosos do direito, cidadão comum, legislador infraconstitucional, julgador etc.), o exercício da interpretação à Constituição formal deverá ser, preferencialmente, teleológico e, ainda, não poderá se afastar do valor hierárquico (axiologia das normas constitucionais) que possui em relação às normas infraconstitucionais, sujeitando-se a alguns ditames concernentes aos processos hermenêuticos e, também, aos cânones interpretativos (regras de interpretação).

Os processos hermenêuticos correspondem a métodos científicos de interpretação de normas jurídicas, visto que cada um deles produz o seu próprio resultado interpretativo. Porém, a doutrina dominante informa que tais resultados não devem ser utilizados insuladamente, mas, sim, de forma complementar, ou seja, cada qual completa ou aprimora o resultado interpretativo obtido pelo outro.

Basicamente, os processos mais importantes são três: processo filológico, lógico e histórico. Nota-se que cada técnica hermenêutica remete a outra que irá aprimorá-la.

Assim, o método filológico é suporte inicial para o intérprete técnico alcançar o suporte da interpretação lógica que, por sua vez, lança-o ao da interpretação histórica. Considerando tais correlações, tem-se que o somatório de todos resulta na boa técnica de interpretação constitucional. Uma observação importante, quanto aos processos hermenêuticos, refere-se ao fato de que entre os doutrinadores as denominações supramencionadas não são unânimes, podendo, inclusive, ocorrer fusões, desmembramentos ou mistura dos elementos de pesquisa de cada investigação. Como ilustração, destacamos a interpretação sistemática, pois há quem entenda ser esse método uma categoria autônoma; todavia, outros, incluindo os nossos entendimentos, contemplam-na como sendo parte integrante do processo lógico.

Os “cânones interpretativos”, por seu turno, incidirão nos processos hermenêuticos, com a finalidade de delimitar as ações e opções do agente interpretador. Sem embargo, verifica-se que nem todos os cânones têm efeito genérico, pois haverá modalidades deles que só recairão em processos hermenêuticos específicos. Os principais são seis: influência sociológica, efeitos dos resultados dos processos hermenêuticos, leitura dogmática, método voluntarista da Teoria Pura do Direito, observância dos preceitos implícitos e o princípio da proporcionalidade.

Não é imprópria a nossa extrema cautela em alertar o leitor de que tanto os processos hermenêuticos quanto os cânones interpretativos são tratados pela doutrina de forma não

---

65 Ibid., p.436.

unânime e não é incomum a divergência. Citam-se alguns pontos controversos: a) podem ser considerados como espécies diferentes ou, em oposição, como espécies iguais (tratando-se da mesma figura hermenêutica); b) podem ter suas modalidades ampliadas ou restringidas (em comparação ao exposto por essa obra); c) pode ocorrer cânone figurando como processo hermenêutico (exemplo, Ráo<sup>66</sup> considera o cânone sociológico como processo hermenêutico) ou processo hermenêutico figurando como cânone etc. Uníssono a afirmação e indo além, Robert Alexy<sup>67</sup> ensina que: “Os cânones de interpretação têm sido tema de discussão ampla desde a época de Savigny. Mesmo atualmente ainda não há acordo quanto ao seu número, sua formulação precisa, sua ordem hierárquica e seu valor.”

Segundo Konrad Hesse na interpretação é fundamental o processo de realização por meio do qual as normas constitucionais adquirem efetiva vigência. Esse processo de atualização e concretização se encontra subordinado às condições de realização da Constituição, entre as quais destaca a vontade da Constituição.<sup>68</sup>

A interpretação constitucional proposta por Konrad Hesse, parte da necessidade de prescindir do dogma da vontade. O propósito da interpretação é o de achar o resultado constitucionalmente “correto”, mediante um procedimento racional e controlável, fundamentar este resultado de modo igualmente racional e controlável, criando desse modo certeza e previsibilidade jurídica e não o acaso, ou a decisão pela decisão.

Os métodos ou regras tradicionais de interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) não são inválidos, mas são insuficientes para enfrentar a interpretação das normas abertas. Para o autor, a interpretação é concretização. Precisamente o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da realidade de cuja ordenação se trata. Para cumprir essa tarefa é necessário previamente compreender ou haver compreendido o conteúdo da norma a concretizar.

Contudo, o intérprete não encara a norma com a mente completamente vazia, mas o faz a partir de uma pré-compreensão que o permitirá abordar o preceito e a realidade desde uma visão de conjunto já formada, mais ou menos coerente, integrada por uma série de expectativas. O qual não implica que o intérprete se limite a executar diretamente as antecipações de sua própria pré-compreensão; pelo contrário, essa deve ser posta a prova e retificada em cada operação interpretativa.

A operação da concretização hermenêutica da Constituição é feita por meio do emprego do método “tópico”, embora com reservas, pois é orientada e limitada pela norma, ou seja, vinculada à norma, na qual haverão de encontrarem-se e provarem-se os pontos de vista que, procurados por via da *inventio*, sejam submetidos ao jogo das opiniões favoráveis e contrárias e fundamentar a decisão de maneira mais clarificadora e convincente possível (*topoi*).

Konrad Hesse incorpora a concepção de F. Müller da norma constitucional na qual se integram por igual, em uma relação de mútua influência, o programa normativo (o mandato contido basicamente no texto da norma) e o âmbito normativo (setor concreto da realidade

---

66 RÁO, Vicente, O direito e a vida dos direitos. 5.ed. anot. E atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P.494.

67 ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo, 2001. P.227.

68 HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. P.25-29.



presente na norma, sobre o qual o programa normativo pretende incidir).<sup>69</sup> Tanto o programa normativo como o âmbito normativo deve ser submetido a um esforço de concretização: as regras tradicionais de interpretação encontraram sua função na interpretação do programa normativo; normalmente, ainda que não se exclua o contrário, a concretização do texto deverá ser completada pela do âmbito normativo.

O processo de concretização das normas constitucionais não pode desconsiderar sua dependência da interpretação da norma de cuja concretização se trata levando em conta a pré-compreensão do intérprete e o respeito do problema concreto que, em cada caso, se trata de resolver. O que supõe não haver um método de interpretação autônomo, desvinculado desses fatores, ou seja, o processo de interpretação deve vir determinado pelo objeto da interpretação - a Constituição - e pelo problema em questão. Posto que o programa normativo se ache contido basicamente no texto da norma a concretizar, deverá ser apreendido mediante a interpretação do dito texto no que se refere às suas significações vinculantes para a solução do problema.

Porém, normalmente a mera interpretação do texto não proporciona uma concretização suficientemente exata dele. É preciso recorrer aos dados contidos no âmbito normativo em relação ao problema em questão. Visto que as normas constitucionais buscam a ordenação da realidade das situações concretas de vida, terá que apreender dita realidade nos termos marcados no programa normativo, em sua forma e caráter materialmente determinados. Essa forma de atuar traz elementos adicionais de concretização e uma fundamentação racional e controlável, além de garantir em boa parte a adequada solução do problema. Possibilita uma solução sobre a base da coordenação objetiva das relações ou âmbitos vitais e uma exposição dos pontos de vista objetivos que a sustentam; nesse sentido possui um caráter sistemático que vai mais além da orientação sistemática relativa à interpretação do texto da norma, embora mantenha relação direta com o mesmo.

Assim, a concretização do conteúdo de uma norma constitucional, bem como sua realização, só é possível incorporando as circunstâncias da realidade que essa norma procura regular. As singularidades dessas circunstâncias compõem o âmbito normativo, o qual, a partir do conjunto dos dados sociais afetados por um preceito, e mediante o comando contido sobre todo o texto da norma, o programa normativo é elevado à condição de parte integrante do conteúdo normativo. Posto que essas singularidades, e com elas o âmbito normativo, se acham submetidas a mudanças históricas, os resultados da concretização da norma podem mudar, apesar de que o texto da norma, e com ele, o programa normativo, continua sendo idêntico. De todo isso resulta uma mutação constitucional constante, mais ou menos notável, que não é fácil de captar e que raramente se manifesta com nitidez.

A interpretação tópica orienta-se e limita-se pela norma, mas, apesar disso, conta com a presença de certos princípios diretores da interpretação suscetíveis de adicionar a essa uma dose de racionalidade e previsibilidade, os princípios de interpretação constitucional: primeiramente o princípio da unidade da Constituição, seguido dos princípios da concordância prática, da correção funcional, do efeito integrador e da força normativa da Constituição.

O autor não se ilude a respeito das possibilidades do método proposto: a racionalidade total não é completamente possível no direito constitucional; o que não implica que se deva renunciar a ela, mas anelar a racionalidade possível.

---

69 Ver MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p.51-112; onde o autor desenvolve considerações sob o método por ele mesmo desenvolvido.



O texto da Constituição constitui o limite da interpretação: qualquer imposição do intérprete em relação à Constituição gera a sua modificação ou quebra. As possibilidades de compreensão do texto delimitam o campo de suas possibilidades tópicas.

No método interpretativo proposto por Konrad Hesse, há um esforço de recuperação da normatividade que se acha perdida no método tópico, especialmente quando esse é levado às suas últimas consequências. Esse esforço se centraria em dois pontos firmes já mencionados: a função orientadora dos princípios da interpretação constitucional e a posição assumida pelo texto como seu limite.<sup>70</sup>

Também a Constituição contém a metodologia para resolver os conflitos dentro da comunidade. Regula a organização e o procedimento de formação da unidade política e a atuação estatal. Cria as bases e estabelece os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Em tudo a Constituição é um plano estrutural básico, orientado a determinados princípios para a conformação jurídica de uma comunidade. A Constituição engloba a ordenação da vida estatal e a ordenação da vida não estatal. Daí a importância da interpretação constitucional como meio para concretizar a Constituição e realizar seus objetivos na comunidade, compondo os conflitos que dela emergem.

Quanto aos limites da interpretação constitucional, cumpre dizer que a interpretação se encontra vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação se situam ali onde não há algo estabelecido de forma vinculante pela Constituição, onde encerram as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada solução encontra-se em clara contradição com o texto da norma. A existência desse limite é pressuposto da função nacional, estabilizadora e limitadora do poder que lhe corresponde na Constituição. A dita função admite a possibilidade de uma mudança constitucional por meio da interpretação; mas exclui o seu quebrantamento - desviar do texto em um caso concreto - e a reforma da Constituição por meio da interpretação. Nas situações nas quais se impõe a Constituição deixa de interpretá-la para mudá-la ou quebrantá-la. Quaisquer das condutas lhe estão vedadas pelo direito vigente. Quando o problema não pode resolver-se adequadamente por meio da concretização, o juiz, que se encontra submetido à Constituição, não pode eleger livremente os topoi inclusive.

Para uma interpretação constitucional que parte da primazia do texto este constitui o limite de sua atuação. As probabilidades de compreensão do texto delimitam o campo de suas possibilidades tópicas. Conclui-se que o método concretizante não se fixa apenas nos parâmetros oferecidos pelos métodos tradicionais de interpretação, vai mais além, inserindo outros elementos tais como a pré-compreensão e o âmbito normativo, mas não despreza o texto normativo, antes o tem como limite para a interpretação.

O método concretizante é incorporado por José Joaquim Gomes Canotilho, que explicitará com diligência e mais clareza elementos referidos por Müller e Hesse.

Tal método para o autor tem um alcance mais amplo para suprir as necessidades do constitucionalismo contemporâneo, visto sua referência à Constituição dirigente, que procura estender a dimensão do alcance das normas constitucionais, especialmente pela referência de que elas são de duas espécies, a saber: regras e princípios; dando especial atenção ao papel dos princípios na ordem constitucional.

Numa Constituição escrita, considerada como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, pressupões e como ponto de partida normativo da tarefa de concretização-aplicação das normas constitucionais: a consideração de norma como elemento primário do

---

70 CRUZ VILLALON, Pedro. Escritos de Derecho Constitucional. P20.



processo interpretativo; a mediação (captação, obtenção) do conteúdo (significado, sentido, intenção) semântico do texto da Constituição, como tarefa primeira da hermenêutica jurídico-constitucional; e independentemente do sentido que se der ao elemento literal, o processo concretizador da norma constitucional começa com a atribuição de um significado aos enunciados linguísticos do texto constitucional.

Embora sendo o texto constitucional o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização constitucional, ele não contém já a decisão do problema a resolver. É necessário tomar em conta que a letra da lei não dispensa a averiguação do seu conteúdo semântico e que a norma constitucional não se identifica com o texto, bem, como, a delimitação do âmbito normativo, feita por meio da atribuição de um significado à norma, deve ter em atenção elementos de concretização relacionados com o problema a ser solucionado.

Interessa tornar mais claras as várias dimensões da norma, a saber: programa normativo, isto é, o componente linguístico da norma que é resultado de um processo parcial de concretização pautado, sobretudo, na interpretação do texto normativo; e o domínio ou setor normativo, ou seja, o componente real, empírico, fático da norma que resulta de um segundo processo parcial de concretização baseado na análise dos elementos empíricos (dados da realidade recortados pela norma). A norma é a junção do programa normativo com o domínio normativo, é um modelo de ordenação orientado para uma concretização material, constituído por um limite de ordenação, expresso por meio de enunciados linguísticos e por um “campo” de dados reais (fatos jurídicos, fatos materiais etc.). A normatividade é o efeito global da norma num determinado processo de concretização.

O programa normativo não é apenas a soma dos dados linguísticos relevantes do texto, captados em nível semântico. Outros elementos a considerar são: a sistemática do texto normativo, o que corresponde à exigência de recurso ao elemento sistemático; a genética do texto; a história do texto; a teleologia do texto que aponta para a insuficiência de semântica do texto: o texto normativo quer dizer alguma coisa a alguém e daí o recurso à pragmática.

Relevante para o processo de concretização não é apenas a delimitação do âmbito normativo a partir do texto de uma norma. O significado do texto aponta para um referencial, para um universo material, cuja análise é fundamental num processo de concretização que aspira a uma racionalidade formal e material. Compreende-se que é preciso delimitar um domínio ou setor de norma constituído por uma quantidade de determinados elementos de fato (dados reais) que são de diferente natureza (jurídico, econômico, social, psicológico, sociológico) e a análise do domínio da norma será tanto mais necessária quanto mais uma norma faça menção a elementos não jurídicos e o resultado de concretização da norma dependa, em larga medida, da análise do domínio de norma; e quanto mais uma norma for aberta, carecendo de concretização posterior, por meio dos órgãos legislativos.

A análise dos dados linguísticos (programa normativo) e a análise dos dados reais (normativo) não são dois processos parciais, separados entre si, dentro do processo de concretização. A articulação dos dois processos é necessária desde logo, porque o programa normativo tem uma função de filtro do domínio normativo: como limite negativo e como determinante positiva do domínio normativo, isto significa que é ele que separa os fatos com efeitos normativos dos fatos que, por extravasarem desse programa, não pertencem ao setor ou domínio normativo (função positiva do programa normativo), por sua vez o efeito de limite negativo do texto da norma, significa a prevalência dos elementos de concretização referidos ao texto (gramaticais, sistemáticos) no caso de conflito dos vários elementos de interpretação. Assim, o âmbito

de liberdade de interpretação do aplicador concretizador das normas constitucionais tem o texto da norma como limite. O programa normativo é também o elemento fundamental do espaço de seleção de fatos constitutivos do domínio normativo.

O processo de concretização conduz a uma primeira ideia de norma jurídico-constitucional: modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo e constituído por: uma medida de ordenação linguisticamente formulada e um conjunto de dados reais selecionados pelo programa normativo (domínio normativo). Para a norma jurídica passar da normatividade concreta é preciso que ela se revista do caráter de norma de decisão.

A verdadeira normatividade é aferida em uma norma jurídica quando com a “medida de ordenação” se decide um caso jurídico quando o processo de concretização se completa por meio de sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa); de uma sentença judicial (concretização judicial); prática de atos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). A norma jurídica ganha uma normatividade atual e imediata por meio da sua passagem à norma de decisão.

O trabalho metódico de concretização é normativamente orientado, com os seguintes corolários: o jurista concretizador deve trabalhar a partir do texto da norma e a norma de decisão deve reconduzir-se à norma geral.

A distinção positiva das funções concretizadoras desses vários agentes depende da própria Constituição em que acontecem convergências concretizadoras de várias instâncias: nível primário de concretização: princípios gerais e especiais, normas que densificam outros princípios; nível político-legislativo: a partir do texto os órgãos legiferantes concretizam, através de “decisões políticas com densidade normativa - os atos legislativos”, os preceitos da constituição; e nível executivo jurisdicional: com base no texto e das subsequentes concretizações desta no campo legislativo, desenvolvesse o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos.<sup>71</sup>

O autor ainda faz menção aos princípios de interpretação da Constituição: princípio da unidade da Constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da “justeza” ou da conformidade funcional, princípio da concordância prática ou da harmonização e princípio da força normativa da Constituição. Também expõe alguns limites da interpretação.

## **6. A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

As normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais demandam ainda mais atenção por parte do intérprete, tendo em vista que elas consubstanciam um núcleo de direitos que ocupam um lugar privilegiado dentro de nossa ordenação. Na doutrina, várias expressões são utilizadas para designar direitos fundamentais, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

---

71 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7 ed.Coimbra: Almedina, 2003.p.1230.



A classificação adotada pela Constituição de 1988, estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. A doutrina, por sua vez, classifica os direitos fundamentais em gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

A exposição, até este instante, dedicou-se a apresentar a Nova Hermenêutica, também denominada de concretização. Nesse contexto, interpretar significa concretizar. Desde agora será tratada algumas de suas implicações em relação aos direitos fundamentais.

Para Peter Häberle, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição tem repercussões diretas sobre os direitos fundamentais, em função disso é preciso indagar sobre como os direitos fundamentais não de ser interpretados de modo específico. Em um sentido mais amplo, defende que se poderia introduzir uma interpretação orientada pela realidade da moderna democracia partidária, a doutrina da formação profissional, a adoção de um conceito ampliado de liberdade de imprensa ou de atividade pública ou da interpretação da liberdade de coalizão, desde que considerada a concepção de coalizão. A relevância dessa concepção e da atuação de indivíduos ou grupos, bem como dos órgãos estatais configuram uma forma produtiva de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou estrito, servindo, inclusive, como um elemento objetivo dos direitos fundamentais.<sup>72</sup>

Essa ampliação da participação dos intérpretes não fica adstrita às regiões em que ela se acha institucionalizada como nos órgãos da Justiça do Trabalho, mas estendem-se as pessoas interessadas da sociedade pluralista. O que significa que não apenas o processo de formação, como também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a Teoria da Democracia, a Teoria da Constituição e da hermenêutica permitem aqui uma mediação entre Estado e sociedade.

A questão da legitimação sob uma perspectiva democrática é recorrente no modelo de Estado Constitucional Democrático. Numa sociedade aberta, tal legitimação se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente por meio da realização dos direitos fundamentais.

O povo é também um elemento pluralista para interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional. A sua competência objetiva para a interpretação é uma extensão do direito da cidadania. De modo que, os direitos fundamentais fazem parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes.

No Estado constitucional-democrático, o cidadão é intérprete da Constituição. Por isso, tornam-se relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade. A democracia do cidadão aproxima-se mais da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se a assumir o lugar do monarca. Para Peter Häberle, a liberdade fundamental (pluralismo) e não o povo convertendo-se em ponto de referência para a Constituição democrática.<sup>73</sup>

Enfim, a consequência de um modelo hermenêutico baseado numa sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, incide sobre os direitos fundamentais tanto pela ampliação democrática

72 HÄBERLE, Peter. Op. Cit., p.16-17.

73 *Ibid.*, p.36-38.

que proporciona à medida que todos são admitidos como intérpretes prováveis, bem como pelos possíveis resultados advindos dessa interpretação promovida para além das esferas judiciais.

Desse modo, os direitos fundamentais são tratados dentro de uma ótica interpretativa que permeia a leitura de toda a Constituição. Há uma relação de reflexos e influxos entre direitos fundamentais e a instituição. Vista pelo ângulo institucional, a liberdade, debaixo dessa teoria, comunica a tais direitos concretude existencial, conteúdo, efetividade, segurança, proteção, limitação e fim; os espaços de liberdade ficam mais amplos.

Além dessas considerações ligadas aos direitos fundamentais, baseadas no pensamento de Peter Häberle, que postula a ampliação, com base nos direitos do cidadão, do círculo de intérpretes da Constituição; faz-se menção ao impacto do método concretizante sobre as questões dos direitos fundamentais, principalmente quando se ressalta o papel exercido pela pré-compreensão e pelo âmbito normativo dentro deste método.

Cumprir lembrar que os direitos fundamentais, normalmente, não se esgotam numa mera interpretação, mas sim, numa concretização. Daí a impossibilidade da hermenêutica tradicional, isoladamente, contribuir para uma efetivação desses direitos. Por isso, importa utilizar os métodos tradicionais e os novos, sem esquecer que interpretar a Constituição é concretizá-la, e essa atividade funda-se em princípios interpretativos, dentre os quais se destaca o princípio da unidade da Constituição, pois preserva o espírito constitucional, especialmente quando relacionados aos direitos fundamentais, colocando-os numa condição de prestígio e autoridade, visto que tem por objetivo atribuir um significado a norma capaz de eliminar contradições e afiançar a unidade do sistema.

A nova hermenêutica visa a concretizar o preceito constitucional, de tal maneira que concretizar é algo mais do que interpretar, é aperfeiçoar e conferir sentido à norma, ou seja, é interpretar com criatividade, seguindo princípios que direcionam a atividade e preconizam a ponderação nas situações conflituosas, inclusive aquelas que envolvem problemas relativos aos direitos fundamentais. Os princípios que pela ponderação não são utilizados em plena força na solução do caso não são expurgados do sistema normativo, ao contrário, nele permanecem podendo ser utilizados em situações futuras de conflito.<sup>74</sup>

A interpretação mobiliza, com frequência, certos componentes fundamentais: a) as pré-compreensões que conformam e projetam o “mundo”; b) a tradição ou configuração histórico-cultural objeto da interpretação, que participa do diálogo resistindo às projeções do sujeito; c) instrumentos metodológicos; d) a imaginação produtiva, sem a qual a projeção de pré-compreensões resultaria em simples reiteração.<sup>75</sup> Assim, estabelecer contato com as pré-compreensões, identificando-as e reconhecendo sua influência, retira a imagem da interpretação como uma atividade mecânica, despersonalizada e abre espaço para a criatividade dentro das possibilidades oferecidas pelo texto normativo, indo além da reiteração dos julgados existentes. Essa abertura é ainda mais significativa quando o objeto da interpretação recai sobre direitos fundamentais, que em função da dinâmica social constituem uma textura aberta e inacabada, construída historicamente e em constante processo de mudança e expansão.

Em relação ao lugar de destaque com que é tratado o papel do âmbito normativo para a concretização, cumprir lembrar que as determinações referentes a direitos fundamentais, como

---

74 BONAVIDES, Paulo. Op.cit., p.585.

75 SOARES, Luiz Eduardo. O rigor da indisciplina. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. P.13.



a liberdade de domicílio e a liberdade de ir e vir ou a liberdade de crença, estão abstraídas em graus diferentemente elevados na linguagem. Isso não se deve a maiores ou menores graus de determinação das formulações linguísticas (programa normativo), porém às diferenças entre as matérias garantidas, à diferença dos âmbitos das normas. Os direitos fundamentais estão especialmente reforçados nos seus âmbitos de normas. Em virtude da sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias.<sup>76</sup>

Um método de interpretação que não toca a questão do âmbito normativo para interpretar normas de direitos fundamentais corre o risco de produzir uma interpretação afastada de uma noção de retidão ligada à realidade social, tendo em vista que o âmbito normativo pode ter sido ou não gerado pelo direito e representa o recorte dessa realidade na sua estrutura básica, que o programa normativo escolheu para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação.

## 7. CONCLUSÃO

A interpretação das normas constitucionais não é tarefa das mais fáceis devido às particularidades inerentes à ordem constitucional, tais como o caráter inicial das normas constitucionais; a sua abertura que permite e requer atualizações; a linguagem sintética e algumas vezes lacunosa; a amplitude dos termos empregados e a presença de princípios; além das opções de ordem políticas nela arrolada.

Todas essas peculiaridades ensejam uma hermenêutica constitucional fundadas em técnicas que não desprezem o seu efeito sobre a sociedade e tornem a interpretação de uma norma constitucional uma mera interpretação legal sem maiores repercussões. Nesse ponto, cabe dizer que a hermenêutica tradicional não constitui o melhor instrumento para promover uma interpretação dinâmica do texto constitucional, capaz de se adequar a uma teoria constitucional cada vez mais relevante num contexto de Estado Democrático de Direito.

A necessidade de uma nova hermenêutica voltada para a realidade social e menos mecânica e formalista, torna-se cada vez mais clara diante das deficiências do emprego isolado dos métodos tradicionais. Essa nova hermenêutica tem por objetivo a concretização da norma. O pensamento de Peter Häberle, a respeito da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, bem como as diretrizes do método hermenêutico concretizante que ganham força em Konrad Hesse e José Joaquim Gomes Canotilho, constituem importante instrumento para fortalecer uma nova compreensão sobre a interpretação, alicerçada em conceitos de possível ampliação do rol de intérpretes, além da união dos métodos tradicionais com elementos de précompreensão e referências ao âmbito normativo.

A concretização e os seus correspondentes momentos, mostram a importância do método concretizante para a configuração de uma Nova Hermenêutica projetada para melhor responder as demandas de uma sociedade plural e complexa, pois não perde de vista a realidade onde se insere. Tal abordagem não preconiza uma ausência total de influências de ordem subjetiva, como se a interpretação fosse uma atividade mecânica, tendo

---

76 MÜLLER, Friedrich. Op. Cit. P.74-78.

em vista a alusão a pré-compreensões do intérprete que participam do processo de concretização da norma.

Esse método também valoriza a realidade social, sem com isso perder de vista a sua cientificidade, a concretização não se realiza sem a avaliação dos influxos recebidos do ambiente normativo de onde a norma se originou. Assim, com a referência as pré-compreensões e ao âmbito normativo, somadas aos métodos tradicionais, operam-se uma importante mudança na hermenêutica que estará apta a atender de forma mais satisfatória as questões de interpretação dos direitos fundamentais.

Isso porque a Nova Hermenêutica propõe uma ampliação do círculo dos intérpretes da Constituição para incluir outros agentes sociais, até o momento excluído do processo interpretativo, o que favorece a consolidação de um Estado Democrático de Direito, esteio de uma ordem social preocupada com a garantia dos direitos fundamentais.

Outra significativa contribuição do método concretizante para a interpretação dos direitos fundamentais consiste na identificação das pré-compreensões do intérprete, o que possibilita um desvio de uma visão viciada sobre determinadas demandas e pode, inclusive, abrir espaço para a criatividade interpretativa, fugindo um pouco do esquema de reiteração das decisões, embora não escapando da moldura dada pelo texto legal que lhe serve de limite. Essa abertura criativa do intérprete possibilita inovações que, se bem articuladas, podem provocar arejamento e renovação na interpretação dos direitos fundamentais.

Por fim, a Nova Hermenêutica exerce uma influência positiva para a interpretação dos direitos fundamentais à medida que toma em consideração a realidade social evidenciada pelo âmbito normativo. Tem especial importância para tais direitos esta referência, por que, dentre outros fatores, o seu rol é aberto, sujeito a modificações e recheado de normas-princípios, o que torna ainda mais necessário o reconhecimento da importância do âmbito normativo para a inclusão da realidade na tarefa de interpretação da norma.

O tema da hermenêutica jurídica foi envolvido por diversas escolas, visto que o universo de doutrinas contempladas dinamiza e pluraliza as vertentes de conceitos, entendimentos, inversão de objetos e métodos considerados, restando aos intérpretes técnicos a ponderação, bom-senso e cuidado no momento de proceder à interpretação das normas jurídicas. Devido a gama de escolas e teorias desenvolvidas, é impossível esgotar o tema da hermenêutica. Assim, o nosso objetivo é indicar ao leitor os primeiros passos da interpretação técnica e aguçar-lhe o interesse no caminho de uma pesquisa mais profunda e completa.



## REFERÊNCIAS



- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Ed.; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- GUERRA, Sidney; MERÇON, Gustavo. *Direito constitucional aplicado à função legislativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005
- Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. E atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- SOARES, Luiz Eduardo. *O rigor da disciplina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.





## HERMENÊUTICA UTILIZADA NAS DECISÕES (IN)CONSTITUCIONAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## HERMENEUTICS USED IN DECISIONS (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE COURT SUPREME

JUVIR DE MATHEUS MORETTI FILHO<sup>77</sup>

MEIRE MÁRCIA PAIVA<sup>78</sup>

**RESUMO:** A hermenêutica visa a interpretação da lei, a aplicação do direito e a integração nas eventuais lacunas. O Supremo Tribunal Federal é o órgão do Judiciário guardião legal da Constituição da República de 1988. Sua interpretação no caso concreto deve visar a proteção da Constituição e das regras e princípios nela firmados. Este estudo procura um avanço no campo dos direitos humanos, porque permite o questionamento a garantia do estado democrático de direito, que gera o desequilíbrio entre os poderes, afetando o direito das gentes, resguardando o texto da Constituição Cidadã, de outro modo, se fosse permitido essa desconfiguração ela seria transformada apenas e tão somente em “letra morta”. Conforme se comprovará no estudo hermenêutico das razões que levaram à edição da Súmula nº 25 pelo Supremo Tribunal Federal, com objetivo no fornecimento de dados consistentes sobre suas repercussões no mundo jurídico, uma vez que provoca a mutação (in)constitucional da própria constituição. A análise contribui para reflexão acerca do desequilíbrio entre os poderes e a insegurança jurídica gerado por conta de uma mutação na dimensão do texto constitucional ocasionado pela Corte Suprema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decisões do Supremo Tribunal Federal. Mutação. Constitucionalidade. Hermenêutica.

**ABSTRACT:** Hermeneutics serve the interpretation of law, law enforcement and integration into any gaps. The Supreme Court is the judicial organ of the legal guardian of the Constitution of 1988. His performance in this case should aim at protection of the Constitution and the rules and principles signed it. This study seeks

---

<sup>77</sup> Mestrando em Direito na UNIFIEO. Pós-graduado pela Escola Paulista de Direito. Bacharel em Direito pela UNIP. Advogado.

<sup>78</sup> Mestranda em Direito na UNIFIEO. Pós-graduada em Direito Público com ênfase em Direito Tributário pela UNISAL e em Direito Penal e Processo pelo Mackenzie. Bacharel em Direito do UNIFIEO. Funcionária Pública Federal. meirempaiva@gmail.com



a breakthrough in the field of human rights , because it allows the questioning to guarantee the democratic rule of law, which creates an imbalance between the powers , affecting the law of nations , protecting the text of the Citizen Constitution , otherwise , if it were allowed this mangling it would be processed only and only in “ dead letter “. As will prove the hermeneutic study of the reasons for the issue of Precedent No. 25 by the Supreme Court , aimed at providing consistent data on its impact in the legal world , as it causes the mutation ( in) the constitutional own constitution . The analysis contributes to reflection on the imbalance between the powers and the legal uncertainty generated due to a mutation in the dimension of the Constitution caused by the Supreme Court.

**KEY-WORDS:** Decisions of the Supreme Court. Mutation. Constitutionality. Hermeneutics.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Hermenêutica, Hermenêutica Jurídica, Súmula, Súmula Vinculante e Modificação e Mutaçao Constitucional e Inconstitucional. 2 Estudo Hermenêutico da Súmula Vinculante nº 25. 3 Conclusões. 4 Referências.

## INTRODUÇÃO



O Supremo Tribunal Federal é o órgão do Judiciário “guardião da Constituição da República”. Sua interpretação no caso concreto deve visar a proteção da Constituição e das regras e princípios nela firmados. Assim, escolhemos analisar a Súmula Vinculante nº 25, editada pelo Supremo Tribunal Federal, para análise dos argumentos utilizados pelos ministros da Corte Suprema que levaram ao enunciado, pois essa, em tese, não poderia contrariar a Constituição.

A Súmula Vinculante nº 25, pôs em cheque essa afirmação, uma vez que foi aprovada por unanimidade, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal com o seguinte enunciado: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”. Essa afirmação está contrária ou aparentemente contrária ao disposto no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que prevê expressamente: “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”.

Uma questão é aqui proposta: Houve modificação na Constituição prevista no próprio texto ou alterações que não modificam o texto, mas sim seu significado ou alcance por meio de interpretação judicial? Essa modificação é (in)constitucional?

Objetiva-se neste artigo entender quais foram os elementos hermenêuticos utilizados nos argumentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para interpretação do texto constitucional que levaram à edição da Súmula Vinculante nº 25. Para tanto, será necessário verificar os elementos constantes na Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº 31, que culminou na edição da Súmula Vinculante em questão. A PSV nº 31 traz como precedentes os Recursos Extraordinários números 349.703 e 466.343 e o *Habeas Corpus* nº HC 95.967 (STF, *on-line*).

O precedente escolhido para explicitar as razões que levaram à edição da Súmula Vinculante nº 25 neste artigo foi o precedente paradigmático do Recurso Extraordinário nº 466.343: Trata-se de uma ação proposta pelo Banco Bradesco S.A. contra Luciano Cardoso Santos, ação de busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente em garantia do contrato de financiamento celebrado entre as partes, alegando o inadimplemento das prestações pecuniárias, com o saldo devedor apontado na inicial de R\$3.114,59 (três mil cento e quatorze reais e cinquenta e nove centavos). Citado, o réu, ora recorrido, afirmou não mais estar em posse do bem, tendo sido convertida a ação em depósito e com a nova citação não apresentou o bem no prazo conferido nem depositou o correspondente valor em dinheiro. O Juiz de Direito, pela sentença de folha 38, julgou procedente o pedido e condenou o ora recorrido a restituir o veículo ou a entregar o seu equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas, mas não decretou a sua prisão por entendê-la inaplicável. O Tribunal de Justiça negou provimento à apelação do banco (STF, *on-line*, fls. 70), que interpôs o presente recurso extraordinário (STF, *on-line*, fls. 79 a 89). Aduziu o recorrente em suas razões de recurso que, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição da República o acórdão impugnado teria infringido o art. 5º, inc. LXVII, da Constituição, conforme aplicação nos vários casos idênticos a jurisprudência dominante na Corte. Para melhor compreensão, segue síntese dos votos proferidos no RE nº 466.343 (STF, *on-line*):

1. Relator, Ministro Cezar Peluso, inicialmente, julgou que a prisão de depositário fiduciante não estaria contemplada na disposição prevista na Constituição, pelo negou provimento ao recurso (p. 1.107/1.134);

2. Seguiu-se o julgamento com voto do Ministro Gilmar Mendes que entendeu que o Decreto-Lei nº 911/69 não teria guarita no contexto atual do Estado constitucional, em que são assegurados direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos e acentua: “A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, com a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo” acompanhando o relator no resultado (p. 1.135/1.193);

3. Os Ministros Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Brito e Marco Aurélio também acompanharam o Relator (1.194/1.209);

4. Entendimento diferenciado veio com o Ministro Celso de Mello, que pediu vista do processo, ao embasar sua argumentação de que o depositário infiel no qual insere o Pacto de San José da Costa Rica como supralegal, se perfilando com o pensamento de alguns juristas brasileiros (Celso Lafer, Francisco Resek, Flávia Piovesan e André de Carvalho Ramos, dentre outros) que, portanto, aos tratados internacionais de direitos humanos ocorridos anteriormente da emenda constitucional 45/2004, incidiria o § 2º do art. 5º conferindo-lhe natureza materialmente



constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que e subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade, concluindo que o decreto-lei nº 911/69 que permite a prisão civil do devedor fiduciante não teria sido recebido pela Constituição vigente (p. 1.211/1.265);

5. Ministro Gilmar Mendes explicitou seu voto no sentido de que os tratados entrariam no ordenamento jurídico com força supralegal, mas infraconstitucional (p. 1.266/1.267);

Relator Ministro Cezar Peluso adita seu voto e pondera que o art. 5º, inciso LXVII não estatui a prisão civil e diz: “Apresenta aí, texto expressivo de dois preceitos: o preceito principal, que proíbe a prisão civil; e o secundário, que lhe abre exceção, para efeito de admitir nos termos que conceba a legislação ordinária, nos dois casos excetuados, o do alimentante e o do depositário, tomado este no sentido lato” concluiu que não há como equiparar a situação do alimentante, devido ao seu caráter de risco de sobrevivência biológica” com a do depositário sob pena de retroagir ao corpus vilis, sob pena de não se considerar um dos fundamentos da República, qual seja: “a dignidade da pessoa humana” e ressalva em seu voto que a responsabilidade civil recai sobre o patrimônio e não sobre a pessoa do devedor no caso concreto (p. 1.268/1.274 e 1.276);

6. Ministro Celso de Mello aduz que submeter qualquer pessoa à prisão civil, por simples dívida, constituiria um inaceitável retrocesso histórico (p. 1.275/1.276);

7. Ministro Cezar Peluso reforça que há uma tendência na dogmática mundial em dar aos tratados importância quase supraconstitucional e antecipa voto no sentido de reconhecer que diante do Novo Código Civil o caráter supralegal ou constitucional ao Tratado (p. 1.277/1.278);

8. O Ministro Carlos Brito, por sua vez, relembra que “o fundamento de validade dos tratados é a Constituição Federal” e ressalta a solução hermenêutica do Ministro Gilmar Mendes (p. 1.278/1.280);

9. Ministro Gilmar Mendes diz que a questão ficaria resolvida com o Pacto de San José da Costa Rica, que entrou no ordenamento jurídico em 1992, se no art. 652 do Código Civil de 2002. Será preciso uma definição (p. 1.280/1.282);

10. O Relator reafirma sua posição (p. 1.282/1.283) e, após discussões, pediu vista o Ministro Menezes Direito e, em seu voto, lembra o voto de Orozimbo Nonato (AC nº 9.587/DF) no sentido de estabelecer um degrau de ingresso dos tratados e convenções como “leis especiais”, ou seja, suprelegalidade (p. 1.283/1.304);

11. Houve confirmação do voto do Relator (p. 1.305/1.307) e o Ministro Gilmar Mendes proferiu novo voto concluindo resumidamente que a equiparação dos tratados como normas constitucionais poderia levar a uma situação revogação da Constituição por meio de um tratado (p.1.308/1.310), acompanhado pelo ministro Lewandowski (p.1.310/1.311);

12. Ministro Celso de Melo propõe “interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade”, de modo a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos (p. 1.312);

13. Houve discussão entre os ministros sobre a revogação da Súmula nº 619 (p. 1.312/1.313);

14. Ministro Gilmar Mendes aduz que vários países adotam o sentido da supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna, acrescentando que o Brasil não pode assumir obrigações à revelia de sua Constituição e também deve observar as disposições e requisitos fundamentais para vincular-se em obrigações de direito internacional. Acrescenta que a equiparação entre tratado e lei federal disposto no art. 105, III da CR/88 não indica paridade com “lei federal” ordinária, mesmo porque o termo “lei federal” contempla outras espécies normativas, como decreto, lei complementar, decreto legislativo, medida provisória etc. e que a equiparação absoluta entre tratados internacionais é uma solução simplista para uma questão complexa, concluindo que “*à luz dos atuais elementos de integração e abertura do Estado à cooperação internacional, tutelados no texto constitucional, o entendimento que privilegie a boa-fé e a segurança dos pactos internacionais revela-se mais fiel à Carta Magna*” (p. 1.314/1.328).

15. O Recurso foi julgado improcedente, por decisão unânime do Supremo Tribunal Federal, restando assim ementado:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É lícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Esse artigo traz, inicialmente, breves considerações sobre Hermenêutica, Hermenêutica Jurídica e após, sobre Súmula, Súmula Vinculante e Modificação e Mutação Constitucional.

Em seguida, prossegue-se com a análise do caso prático sobre o estudo de interpretação da Súmula Vinculante nº 25, que levou em consideração os elementos clássicos da hermenêutica jurídica, quais sejam: 1) elemento gramatical ou literal ou filológico; 2) elemento sistemático; 3) elemento histórico ou genético; 4) elemento teleológico. Também consideraremos outros elementos presentes nos argumentos: 5) neoconstitucionalismo e 6) precedentes de outros países.

Por fim, são traçadas as conclusões no sentido de que houve uma mutação na dimensão do texto constitucional. Essa mutação é inconstitucional. E, que, a polêmica causada pelo enunciado que propõe ser ilícita a prisão civil de depositário infiel poderá ser rediscutida, pois se encontra pendente de julgamento o Projeto de Súmula Vinculante nº 54, que pretende, no mérito, a revisão parcial do enunciado n. 25 da Súmula Vinculante “para ressaltar expressamente, em geral ou ao menos no restrito âmbito da Justiça do Trabalho, a prisão civil do depositário judicial infiel, *‘si et quando’* economicamente capaz”.



# 1. HERMENÊUTICA. HERMENÊUTICA JURÍDICA. SÚMULA. SÚMULA VINCULANTE E MODIFICAÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INCONSTITUCIONAL:

Inicialmente, propõem-se brevíssimas considerações sobre Hermenêutica, Hermenêutica Jurídica, Súmula, Súmula Vinculante e Modificação e Mutação Constitucional e Inconstitucional para melhor compreensão do tema aqui tratado.

## 1.1. Hermenêutica e Hermenêutica jurídica

O verbete hermenêutica vem do latim e significa “que interpreta ou que explica”. É empregado para assinalar o meio ou modo por que se devem interpretar as leis, a fim de que se tenha delas o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador. Dessa forma, na hermenêutica jurídica estão encerrados todos os princípios e regras que devam ser judiciosamente utilizados para interpretação do texto legal (SILVA, De Plácido, 2010, p. 397).

No entanto, essa interpretação não está restrita aos pontos obscuros, mas toda elucidação a respeito da exata compreensão da regra. Interpretar também é expor, dar sentido, dizer o fim, significar o objetivo. Quanto à origem do intérprete diz-se que a hermenêutica é autêntica (que vem da própria fonte, que emana do próprio legislador) ou doutrinária (que se funda na teoria dos juriconsultos, que expões o sentido da lei ou seu conteúdo). Os hermeneutas ou intérpretes utilizam-se de vários elementos de que dispõe a arte para chegar à interpretação pretendida, por exemplo: gramatical, lógico, científico ou sistemático. Também pode ser extensiva, restritiva ou declarativa (SILVA, De Plácido, 2010, p. 397).

Maria Helena Diniz (1998, p.716) diz que hermenêutica jurídica é a ciência jurídica auxiliar que tem a tarefa de: a) interpretar as normas, buscando seu sentido e alcance, tendo em vista uma finalidade prática, utilizando as várias técnicas interpretativas; b) verificar existência de lacuna jurídica, resolvendo com instrumentos integradores para solução possível mais favorável; c) indicar critérios idôneos para solução de contradições ou antinomias.

Ao tratar do problema da interpretação, Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2013, p. 220) afirma que ao disciplinar a conduta humana as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser e o legislador utiliza nesses termos vocábulos da linguagem cotidiana, mas frequentemente lhes atribui sentido técnico. No entanto, esse sentido não é absolutamente independente, pois está ligado de algum modo ao sentido comum, sendo passível de dúvidas que emergem da tensão entre ambos. E prossegue, dizendo que “a tarefa da determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intensões, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica” (2013, p. 221).

Segundo Konrad Hesse (1998, p. 66) o intérprete deve, ao deparar-se com situações em que concorram bens constitucionalmente protegidos, adotar a solução que os compatibilize, sem excluir nenhum deles.

Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p. 23) afirma quanto à finalidade da interpretação constitucional: é que o intérprete da constituição desenvolve um trabalho de intérprete ou mediador entre o objeto, que é a Constituição, e o significado desse objeto.

## 1.2. Súmula

O verbete súmula deriva do latim *summula*, que significa resumo ou epítome breve. Assim, a súmula de uma sentença, de um acórdão, é o resumo, ou a própria ementa da sentença ou do acórdão. No âmbito da uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação de preceito jurídico em tese, sem caráter obrigatório, mas persuasivo, e que, devidamente numerados, se estampem em repertórios (SILVA, De Plácido, 2010, p. 703).

A Súmula foi utilizada no Supremo Tribunal Federal a partir de 1964, mediante mudança em seu regimento interno em dezembro de 1963, e pretendia diminuir o número de processos com recursos para as Cortes superiores, de matérias idênticas, por conta do trabalho da comissão de jurisprudência composta pelos Ministros: Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal (Souza, 2006, p. 253):

A origem da súmula no Brasil remonta à década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração em seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência, composta pelos ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator, em sessão de 13.12. 1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964. A edição da Súmula – e dos seus enunciados individualmente – é resultante de um processo específico de elaboração, previsto regimentalmente, que passa pela escolha dos temas, discussão técnico-jurídica, aprovação e, ao final, publicação para conhecimento de todos e vigência.

## 1.3. Súmula Vinculante

A Emenda Constitucional nº 45 introduziu o artigo 103-A à Constituição Brasileira. Referido artigo, trata da Súmula Vinculante, conforme texto que segue:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e



indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Significa dizer que o advento do enunciado da súmula vinculante cria-se, na prática, uma decisão com força superior às leis ordinárias existentes com efeito *erga omnes*, isso porque, uma vez editada a súmula vinculante, o assunto ali constante não poderá ser decidido de maneira diferente pelo judiciário e pela administração.

Com efeito, a força da súmula vinculante se dá em face da vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, em todas as esferas, diferentemente das súmulas e das leis existentes, que dava espaço para novas discussões e revisões. Essa renovação, de revisão ou cancelamento, poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, conforme o disposto no § 2º do artigo 103-A da Constituição: o [Presidente da República](#); a Mesa do [Senado Federal](#); a Mesa da [Câmara dos Deputados](#); o [Procurador-Geral da República](#); o Conselho Federal da [Ordem dos Advogados do Brasil](#); [partido político](#) com representação no Congresso Nacional; [confederação sindical](#) ou entidade de classe de âmbito nacional; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o [Governador de Estado](#) ou do [Distrito Federal](#). Posteriormente, a Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006 disciplinou o artigo 103-A e acrescentou ao rol dos legitimados: o Defensor Público-Geral da União; os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. O rol restrito de legitimados é um mecanismo que dificulta a rediscussão sobre os temas tratados em Súmulas vinculantes.

A súmula vinculante terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, conforme dispõe o § 1º do artigo 103-A da Constituição Brasileira.

Lênio Streck (2010, p. 71) explica que a súmula vinculante é um sonho, pois seu enunciado pretende abarcar as diferentes hipóteses, mas o caso concreto não é engessado, e poderão ocorrer algumas sutilezas que não estarão previstas. Confira-se trecho que segue:

(...) trata-se da construção de enunciados assertórios que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas a priori, “oferecidas” antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos). (...) No fundo trata-se de um “sonho” de que a interpretação do direito seja isomórfica.

#### **1.4. Modificação e Mutação Constitucional e Inconstitucional**

Nesse t pico, não   demais lembrar que numa constitui o rígida, como a do Brasil, o modo pelo qual se operam as mudanças nos dispositivos da Constitui o são formais. A Constitui o da República Federativa do Brasil de 1988 prevê que essa mudança se dará por meio das emendas, conforme disposto no artigo 60.



Entretanto, Anna Cândida da Cunha Ferraz demonstra que diversos juristas alertam para o fato de ocorrerem mudanças não formais à Constituição (1986, p. 6)<sup>79</sup>. Acrescenta (1986, p. 9), que, segundo Karl Loewenstein e Meirelles Teixeira, a diferença entre reforma e mutação consistiria, de um lado, em modificações constitucionais previstas no próprio texto e, de outro, alterações não modificando o texto, mas seu significado ou alcance por meio de interpretação judicial ou costumes ou leis, *in verbis*:

Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre reforma constitucional e mutação constitucional; a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste em alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, compara o entendimento atribuído às Cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

Aqui, é importante destacar a lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 58/59): sobre o tema, na qual defende que há um limite “*Marshall dizia que o espírito da Constituição não deve ser respeitado menos do que a letra, salienta Murphy*” (Walter Murphy). Acrescenta, ainda, que a interpretação constitucional é uma espécie de mutação constitucional e cita situações, não exaustivas, nas quais são perceptíveis esse fenômeno quando:

- a. há um alargamento no texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades;
- b. imprime-se sentido determinado e concreto ao texto constitucional;
- c. modifica-se interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional;
- d. há adaptação texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da constituição;
- e. há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional;
- f. preenche-se, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

As características das mutações inconstitucionais são elencadas por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 244/245) da seguinte forma: elas serem manifestamente inconstitucionais; os processos de mutação inconstitucional desbordam os limites de forma ou fundo fixados pelo constituinte e de observância obrigatória pelos órgãos de aplicação constitucional; a ausência do controle de constitucionalidade, que não colhendo o processo em suas falhas,

---

<sup>79</sup> A jurista Anna Cândida da Cunha Ferraz foi pioneira ao se aprofundar no tema da modificação e da mutação constitucional no Brasil, em seu livro *Processos formais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*, e, embora tenha sido antes da vigência da Constituição de 1988 o tema em si é bastante contemporâneo porque ocorre até os dias atuais.



não impede a sua sobrevivência, posto que viciada e, por último, menciona que nem sempre a violação constitucional afeta a Constituição. Também elenca quais são os diversificados efeitos das mutações inconstitucionais, resumindo que os processos de mutação manifestamente inconstitucional violam a letra e o espírito da Constituição, podendo ou não implicar em alteração permanente do texto escrito podem:

- a. contrariar parcialmente a Constituição, afetando-a apenas no caso concreto, sem que o texto constitucional seja alterado ou revogado;
- b. ab-rogar ou derrogar determinada norma constitucional;
- c. suspender, temporariamente, a eficácia das normas constitucionais;
- d. produzir rupturas no ordenamento constitucional;
- e. provocar mudança total da Constituição

Justamente para refletir sobre a questão da modificação ou mutação constitucional que vem sendo perpetrada pela Corte Suprema do Brasil é que vamos nos debruçar sobre o estudo da Súmula Vinculante nº 25 editada por aquela Corte.

## **2. DECISÕES (IN)CONSTITUCIONAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ESTUDO HERMENÊUTICO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 25.**

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição da República e deve decidir, interpretar e proteger, no caso concreto, os direitos fundamentais nela firmados.

Destarte, escolhemos como estudo de caso a Súmula Vinculante nº 25 editada pelo Supremo Tribunal Federal para análise dos argumentos utilizados pelos ministros da Corte Suprema que levaram ao enunciado e averiguação de uma (in)constitucionalidade.

À primeira vista, nota-se que houve uma mutação, pois o texto constitucional continua intacto, mas essa mutação é constitucional ou não? Gera desequilíbrio entre os poderes? Afeta o direito das gentes, sem resguardar o texto da Constituição Cidadã, permitindo uma desconfiguração, sendo ela transformada tão somente em “letra morta” presente na Constituição?

Assim, para explicitar os motivos dessa mutação e responder a esses questionamentos é necessário estudar de que forma restou estabelecida a convicção formada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para edição da supracitada Súmula Vinculante por meio do estudo hermenêutico que se segue:

### **2.1. Estudo Hermenêutico da Súmula Vinculante nº 25.**

A Súmula Vinculante nº 25 iniciou-se com a Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº 31, relatada pelo Ministro Cezar Peluso, que foi julgada na sessão do pleno em 16 de dezembro

de 2009. O julgamento teve votação unânime<sup>80</sup> para o acolhimento da proposta e não houve quaisquer discussões por parte dos ministros (STF, *on-line*).

A questão cinge-se especificamente sobre a contrariedade do conteúdo da supracitada Súmula face ao disposto no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição da República. Tais dispositivos assim preveem:

*Súmula Vinculante nº 25 do STF: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”*

*Artigo 5º, inciso LXVII, da CR: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”*

Considerando o estudo complexo da interpretação dos casos que foram tidos como precedentes, os Recursos Extraordinários nº 466.343 e 349.703 e os *Habeas Corpus* nº 87.585 e 92.566, para edição da Súmula vinculante nº 25 do STF, assim como, com objetivo no fornecimento de dados consistentes sobre suas repercussões no mundo jurídico, uma vez que provocou interpretação e, em virtude de terem sido julgados na mesma data e obterem o mesmo resultado, optamos, então, por verificar a classificação dos argumentos utilizados para interpretar encontrada pelos ministros expendidos no Recurso Extraordinário nº 466.343, uma vez que este foi o precedente representativo da edição da Súmula Vinculante supracitada, assim como a justificação ou não tal mutação em tal enunciado.

No Recurso Extraordinário nº 466.343 negou-se provimento, à unanimidade, ao recurso interposto pelo Banco Bradesco S/A contra acórdão do Tribunal do Estado de São Paulo que, no julgamento de apelação, confirmou sentença de procedência de ação de depósito, fundada em alienação fiduciária em garantia, deixando de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, em caso de descumprimento da obrigação de entrega do bem. Aduziu o recorrente em suas razões de recurso que, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição da República o acórdão impugnado teria infringido o art. 5º, inc. LXVII, da Constituição, conforme aplicação nos vários casos idênticos a jurisprudência dominante dessa Corte, nos termos do artigo. O relator do caso, o Ministro Cezar Peluso, inicia seu voto esclarecendo que a questão tratada nos autos diz respeito à equiparação legal do devedor fiduciante, nos contratos de alienação fiduciária em garantia, à figura jurídica do depositário e, acrescenta, tratar-se de seqüela de prisão civil por dívida (STF, *on-line*).

Podemos levar em consideração diversos elementos interpretativos (DINIZ, 2010, p.422/483), no entanto, para este artigo, analisaremos os elementos clássicos da hermenêutica jurídica, quais sejam: 1) elemento gramatical ou literal ou filológico; 2) elemento sistemático; 3) elemento histórico ou genético; 4) elemento teleológico. Também consideraremos outros elementos presentes nos argumentos: 5) neoconstitucionalismo e 6) precedentes de outros países, conforme segue:

---

80 Registrada as ausências dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes.



### 2.1.1. Elemento gramatical ou literal ou filológico:

O elemento gramatical ou literal ou filológico, como o próprio nome diz, leva em consideração o significado linguístico, nas funções sintática e semântica (NUNES, 2011 p. 307), dado ao texto constitucional. Trechos selecionados:

a. “Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.136/1.137);

b. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 10 de outubro de 1969. (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.160/1.161)

c. Não bastassem essas garantias creditórias postas à disposição do fiduciário, o Decreto-Lei nº 911/69, em seu art. 1º, que altera o art. 66 da Lei nº 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais) equipara o devedor-fiduciante ao depositário, “com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”, dando ensejo à interpretação, hoje vigente no Supremo Tribunal Federal”, segundo a qual o fiduciante inadimplente torna-se “depositário infiel” e, por força do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, está sujeito à prisão civil. (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.166)

d. No caso do inciso LXVII do art. 5º da Constituição, estamos diante de um direito fundamental com âmbito de proteção estritamente normativo. Cabe ao legislador dar conformação/limitação à garantia constitucional contra a prisão por dívida e regular as hipóteses em que poderão ocorrer suas exceções.

A inexistência de reserva legal expressa no art. 5º, inciso LXVII, porém, não concede ao legislador carta branca para definir livremente o conteúdo desse direito. Não há dúvida de que existe um núcleo ou conteúdo mínimo definido constitucionalmente e vinculante para o legislador.

Nesse sentido, deve-se ter em conta que a expressão “depositário infiel” possui um significado constitucional peculiar que não pode ser menosprezado pelo legislador. Existe um desenho constitucional específico para a figura do depósito, o que lhe empresta a forma de instituto a ser observado pela legislação que lhe dá conformação.

Tendo em vista se tratar de exceção expressa à garantia constitucional e regra geral da proibição da prisão civil por dívida, não é permitido ao legislador ampliar indiscriminadamente as hipóteses em que poderá ocorrer a constrição da liberdade individual do depositário infiel.

Tudo indica, portanto, que a Constituição deixa um espaço restrito para que o legislador possa definir o conteúdo semântico da expressão “depositário infiel”.

Entendimento contrário atribuiria ao legislador o poder de criar novas hipóteses de prisão civil por dívida, esvaziando a garantia constitucional.

Nesse sentido, parte da doutrina tem entendido que o depósito de que trata a norma do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, restringe-se à hipótese clássica ou tradicional na qual o devedor recebe a guarda de determinado bem, incumbindo-se da obrigação contratual ou legal de restituí-lo quando o credor o requeira. Assim sendo, no contrato de alienação fiduciária não haveria um depósito no sentido estrito ou constitucional do termo, mas apenas um “depósito por equiparação” ou “depósito atípico” que não legitimaria a incidência da norma constitucional que comina a prisão civil. (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.177)

e. Na doutrina, em que vimos correntes rigorosamente opostas no que se refere à aplicação hoje do artigo 5º, inciso LXVII (...) (Ministra Carmen Lúcia, p. 1.194)

f. Então, nesse caso, acolho inteiramente o que foi posto pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de já não haver, inclusive, aplicação para a parte final do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição de 88 (Ministra Carmen Lúcia, p. 1.195)

g. Portanto, a alienação fiduciária não se encaixa naquela exceção do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição que admite – e até isso é duvidoso, dentro desses novos paradigmas trazidos à colação pelo Ministro Gilmar Mendes - a prisão civil no caso de depositário infiel na hipótese de inadimplemento de obrigação alimentícia (Ministro Ricardo Lewandowski. 1.198)

h. Senhora Presidente, o Ministro Cezar Peluso deixou claríssimo que o contrato de alienação fiduciária em garantia não se confunde, não pode se confundir com o contrato de depósito, nem pode ser também a ele equiparado, sobretudo se tiver o propósito de artificializar ou forçar a incidência daquela segunda ressalva de que trata o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal. Demonstrou o Ministro Cezar Peluso que forçar a incidência dessa ressalva seria ficcionar a realidade para além, muito além da mais generosa tolerância da Constituição Federal, notadamente por se tratar de proteção a direito humano fundamental.

O fato é que o tema da prisão civil - e os eminentes Ministros que me precederam bem demonstraram - é de matriz constitucional, vem regrado por um dispositivo, inciso LXVII do artigo 5º, que tem dois bens caracterizados relatos ou dos núcleos deontológicos de fácil percepção. O primeiro é uma regra geral vedatória, claramente exposta: não haverá prisão civil por dívida. Esse é o comando central, o compromisso da Constituição com a liberdade física de locomoção do indivíduo. Não haverá prisão civil por dívida. Os atos negociais não terão a força de viabilizar a prisão de quem quer que seja, mas a Constituição, no segundo relato, no seu segundo núcleo deontológico, traz duas exceções; não há dúvida.

Podemos até dizer, por isso mesmo, que essa norma constitucional é de eficácia restringível, num primeiro momento, a estimular o legislador a trabalhar no campo da ampliação das ressalvas, mas o fato é que são apenas duas ressalvas: a primeira, inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, ainda que nessa ressalva a Constituição tenha tentado dificultar a prisão civil porque o inadimplemento há de ser voluntário e, mais que isso, inescusável de obrigação alimentícia e, finalmente, a do depositário infiel. (Ministro Carlos Brito, p.1.203)

i. (...) para proteger a liberdade, enquanto expressão de um tipo de direito humano que concretiza, primeiramente, o inciso III do artigo 1º da Constituição, princípio fundamental, dignidade da pessoa humana e, segundo, o inciso II do artigo 4º que já faz da



prevalência dos direitos humanos, a título de reforço, um dos princípios regentes das relações internacionais do Brasil, razão, aliás, pela qual - o Ministro Gilmar disse bem - no § 2º do artigo 5º, se faz remissão aos tratados internacionais. (Ministro Carlos Brito, p. 1.204)

j. Foi ressaltado, com fidelidade absoluta ao texto constitucional, que a regra é não haver prisão civil por dívida. É o comando do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição. A exceção corre à conta, segundo a Carta Federal, do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e, também, do inadimplemento do depositário infiel. A alienação fiduciária foi uma forma encontrada, em certo período, para dar-se a entidades financeiras garantias quanto ao recebimento do que devido por aquele que logrou o financiamento. E, aí, partiu-se, abandonando-se a razoabilidade, abandonando-se o texto constitucional, para ficção quase absoluta, para a ficção jurídica, equiparando-se a figura do devedor fiduciante à do depositário infiel, como se ele, devedor fiduciante, assumisse a obrigação não de satisfazer o valor do bem alienado, mas de devolver o bem depositado, como é o caso do depositário, porque obrigação precípua da relação jurídica. Hoje temos preceito na Carta que versa duas situações concretas a encerrarem a ressalva. E normas a revelarem exceção devem ser interpretadas de forma estrita, é o que nelas se contém. Mas há mais, ainda que pudéssemos confundir a figura do devedor fiduciante com a figura do depositário infiel - e desengadamente não podemos confundir -, subscrevemos o Pacto de San José da Costa Rica. Fizemo-lo não para tê-lo no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, porque há uma exigência maior, indispensável para que se alcance essa envergadura, que se observe o mesmo procedimento alusivo às emendas constitucionais. Quando subscrevemos esse Pacto, a legislação regulamentadora do texto constitucional quanto ao depositário infiel ficou suplantada. É que o Pacto de San José da Costa Rica apenas viabiliza a prisão no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, não versando, portanto, o inadimplemento do depositário infiel. (Ministro Marco Aurélio, p. 1.207 e 1.208)

k. A Constituição de 1988, perfilhando essa mesma orientação, dispõe, em seu art. 5º, inciso LXVII, que “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (grifei). (Ministro Celso de Mello, p. 1.214)

l. Isso significa que, sem lei veiculadora da disciplina da prisão civil nas situações excepcionais referidas, não se torna juridicamente viável a decretação judicial desse meio de coerção processual, pois a regra inscrita no inciso LXVII do art. 5º da Constituição não tem aplicabilidade direta, dependendo, ao contrário, da intervenção concretizadora do legislador (“interpositio legislatoris”), eis que cabe, a este, cominar a prisão civil, delineando-lhe os requisitos, determinando-lhe o prazo de duração e definindo-lhe o rito de sua aplicação, a evidenciar, portanto, que a figura da prisão civil, se e quando instituída pelo legislador, representará a expressão de sua vontade, o que permite examinar esse instrumento coativo sob uma perspectiva eminentemente infraconstitucional e conseqüentemente viabilizadora da análise - que me parece inteiramente pertinente ao caso em questão - das delicadas relações que se estabelecem entre o Direito Internacional Público e o Direito interno dos Estados nacionais. (Ministro Celso de Mello, p. 1.224/1.225)

m. Na realidade, o legislador não se acha constitucionalmente vinculado nem compelido, em nosso sistema jurídico, a regular a utilização da prisão civil, eis que dispõe, nesse tema, de relativa liberdade decisória, que lhe permite - sempre respeitados os

parâmetros constitucionais (CF, art. 52, LXVII) - (a) disciplinar ambas as hipóteses (inexecução de obrigação alimentar e infidelidade depositária) , (b) abster-se, simplesmente, de instituir a prisão civil e (c) instituí-la em apenas uma das hipóteses facultadas pela Constituição. (Ministro Celso de Mello, p. 1.227)

n. De modo que, se o legislador infraconstitucional, usando da competência que lhe deu a Constituição na norma excepcional contida na cláusula final do art. 5º, inc. LXVII, tomou, por via direta da incorporação dos termos restritivos da Convenção à ordem jurídica interna, uma postura clara de exclusão da admissibilidade da prisão civil do depositário, tem-se por consequência, à falta de norma constitucional superveniente em contrário, a revogação, essa, sim, superveniente por força mesma dessa incorporação, de todas as normas jurídicas que, até então, admitiam a prisão civil do depositário (Ministro César Peluso, p. 1.270/1.271)

o. (...) Mas é claro que a sua condição de validade repousa no Texto Constitucional. Por um lado, sabemos que temos a missão de fazer a aplicação da Constituição todo dia; uma Constituição analítica e que já é complementada pelas normas dos tratados a partir da interpretação. O bloco de constitucionalidade não é prejudicado pelo não-reconhecimento expresso da hierarquia constitucional. Temos feito isso em campos como dignidade da pessoa humana ou mesmo aqui com a questão da prisão civil e as normas de direito processual de perfil constitucional. (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.308/1.309)

### **2.1.2. Elemento sistemático**

O elemento sistemático diz respeito à unidade do ordenamento jurídico como um sistema, no qual todas as regras constitucionais estão interligadas, ou seja, são avaliadas todas as concatenações que ela estabelece com as demais normas (NUNES, 2010, p. 312/314). Trechos selecionados:

a. Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo. (Ministro Joaquim Barbosa, p. 1.201)

b. Sabemos que a vedação da prisão civil por dívida, no sistema jurídico brasileiro, possui extração constitucional. A Lei Fundamental, ao estabelecer as bases do regime que define a proteção dispensada à liberdade individual (Ministro Celso de Mello, p. 1.214)

c. (...) o que dispõem o art. 4º, II, e o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, a primazia que os direitos e garantias individuais ostentam em nosso ordenamento positivo. (Ministro Celso de Mello, p. 1.225)

d. Esse modelo constitucional vigente no Brasil, portanto, não impõe, ao legislador comum, a regulação do instituto da prisão civil, com necessária projeção e abrangência das duas hipóteses excepcionais a que se refere a Constituição. (Ministro Celso de Mello, p. 1.228)



e. E é possível extrair da conjugação dos §§ 2º e 3º do art. 5º que o que temos aí é, pura e simplesmente, uma distinção entre os tratados sem status de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os do § 3º, que são material e formalmente constitucionais. Qual a substância da distinção? A de regimes jurídicos. Com consequência? Com uma única consequência: saber os efeitos ou os requisitos do ato de denúncia pelo qual o Estado pode desligar-se dos seus compromissos internacionais. Essa é a única relevância na distinção entre as hipóteses do § 2º e do § 3º. E acho que o Tribunal não deve, com o devido respeito, ter receio de perquirir qual a extensão dos direitos fundamentais, até porque eles são históricos. Ou seja, é preciso que a Corte, no curso da história, diante de fatos concretos, vá descobrindo e revelando os direitos humanos que estejam previstos nos tratados internacionais, enquanto objeto da nossa interpretação, e lhes dispense a necessária tutela jurídico-constitucional (Ministro César Peluso, p. 1.305/1.306)

### 2.1.3. Elemento histórico ou genético

É a busca do sentido do que os legisladores constituintes fizeram nos trabalhos preparatórios e de quais precedentes utilizaram. Segundo Rizzatto Nunes (2010, p. 317) é a interpretação que se preocupa em investigar os antecedentes da norma. Trechos selecionados:

a. No julgamento da Apelação Cível nº 7.872/RS (11.10.1943), o Ministro Philadelpho Azevedo assim equacionou o problema:

(...)

Anos depois, baseando-se nesse julgado, o Ministro Orozimbo Nonato, relator da Apelação Cível nº 9.587/DF (21.8.1951), teceu em seu voto vencedor as seguintes considerações: “Já sustentei, ao proferir voto nos embargos na apelação cível 9.583, de 22 de junho de 1950, que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis.”

Após citar o voto do Ministro Philadelpho Azevedo no julgado anterior, o Ministro Orozimbo Nonato assim concluiu: Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado. A meu ver, por isso, uma simples lei que dispõe sobre imposto de consumo não tem força para alterar os termos de um tratado internacional.

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.” (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.159/1.160)



b. A Lei Fundamental, ao estabelecer as bases do regime que define a proteção dispensada à liberdade individual, consagra, em tema de prisão civil por dívida, uma tradição republicana, que, iniciada pela Constituição de 1934 (art. 113, n. 30), tem sido observada, com a só exceção da Carta de 1937, pelos sucessivos documentos constitucionais brasileiros (CF/46, art. 141, § 32; CF/67, art. 150, § 17; CF/69, art. 153, § 17). A Constituição de 1988, perfilhando essa mesma orientação (Ministro Celso de Mello p. 1.214)

c. Também é inquestionável que a prisão civil, que não é pena, mas simples medida de coerção jurídico-processual RE 466.343 / SP (HC 71.038/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RHC 66.627/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, v.g.) - entendimento este igualmente adotado pelo magistério da doutrina (CLÓVIS BEVILÁQUA, “Código Civil”, vol. V, p. 22/23, itens ns. 3 e 5, 1957, Francisco Alves; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, “A Ação de Depósito e o Pedido de Prisão”, “in” “Revista de Processo”, vol. 36/12, v.g.) -, não foi instituída pela Constituição Federal. (Ministro Celso de Mello, p. 1.223/1.224)

d. Na realidade, as exceções à cláusula vedatória da prisão civil por dívida devem ser compreendidas como um afastamento meramente pontual da interdição constitucional dessa modalidade extraordinária de coerção, em ordem a facultar, ao legislador comum, a criação desse meio instrumental nos casos de inadimplemento voluntário e injustificável de obrigação alimentar e de infidelidade depositária. (Ministro Celso de Mello, p.1.224)

e. Torna-se relevante assinalar que a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 74.383/MG, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO (RTJ 166/963), pôs em destaque a não-vinculatividade do legislador ordinário às exceções constitucionais que meramente permitem - mas não obrigam - a instituição, pelo Congresso Nacional, da prisão civil, havendo ressaltado, ainda, nesse julgamento, como fundamento essencial de sua decisão, considerado o que dispõem o art. 4º, II, e o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, a primazia que os direitos e garantias individuais ostentam em nosso ordenamento positivo. (Ministro Celso de Mello, p. 1.225)

f. Reproduzo, no ponto, fragmento do voto então proferido pelo eminente Ministro FRANCISCO REZEK (RTJ 166/963, 971-972): (Ministro Celso de Mello, p. 1.227)

g. (...) O argumento nevrálgico ou a substância do raciocínio do Ministro Francisco Rezek era de que permitam-me simplesmente recordar o que dizia Sua Excelência e repetir o que notou agora o Ministro Celso de Mello - a Constituição, no art. 5º, inc. LXVII, não estatui a prisão civil. Apresenta, aí, texto expressivo de dois preceitos: o preceito principal, que proíbe a prisão civil; e o secundário, que lhe abre exceção, para efeito de a admitir, nos termos que conceba a legislação ordinária, nos dois casos excetuados, o do alimentante e o do depositário, tomado este em sentido lato.

A conclusão incontornável é de que, no preceito secundário, a Constituição apenas autoriza o legislador subalterno a adotar, com a disciplina que lhe acuda e como técnica coercitiva, a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos. E Sua Excelência desenvolvia o seguinte raciocínio: ora, o legislador ordinário tomou, a respeito, posição normativa específica em relação à admissibilidade que a norma constitucional lhe dava por exceção, e tomou-a no sentido de excluir, mediante incorporação do teor do art. 7º, inc. VII, da Convenção, hipótese de prisão civil do depositário. Neste ponto, abstenho-me de examinar a questão da taxinomia, entre nós, dos tratados internacionais aprovados, promulgados e incorporados ao ordenamento jurídico, porque me parece que, qualquer que seja a



postura teórica em relação à autoridade e ao valor nomológico desses tratados, o resultado jurídico e prático será o mesmo para os casos concretos que estamos a julgar. (Ministro Cezar Peluso, p. 1.269/1.270)

h. É preciso lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional.

Sob a Constituição de 1891, este Tribunal reconheceu o primado dos tratados internacionais em face de legislação interna posterior. Emblemático, nesse aspecto, é o julgamento da Extradicação nº 7, Rel. Min. Canuto Saraiva, ocorrido em 7.1.1914, em que se anulou julgamento anterior para afastar a aplicação dos requisitos para extradicação da Lei nº 2.416, de 28.6.1911 em proveito do tratado de extradicação entre os governos do Brasil e do Império Alemão, de 17.9.1877 (cf. RODRIGUES, Manoel Coelho. *A Extradicação no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*. Tomo III, Anexo B. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. 75/78). (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.319)

i. Além disso, a preponderância das normas internacionais sobre normas internas infraconstitucionais já foi admitida por este STF na vigência da Constituição de 1937, nos termos da Apelação Cível 7.872/RS, Rel. Min. Philadelpho de Azevedo, julgada em 11.10.1943.

Na oportunidade, a Corte manteve afastada a aplicação do imposto adicional de 10% criado pelo Decreto nº 24.343, de 5.6.1934, em privilégio das disposições de tratado entre o Brasil e o Uruguai, firmado em 25.8.1933 e promulgado pelo Decreto nº 23.710, de 9.1.1934. (..) (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.319/1.320)

Sob a égide da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento nos autos da Apelação Cível 9.587/RS, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgada em 21.8.1951, aplicando tratamento tributário previsto no “Tratado de Comércio entre os Estados Unidos do Brasil e os Estado Unidos da América”, firmado em 2.2.1935 e promulgado por meio do Decreto 542 de 21.12.1935, em detrimento das disposições do Decreto-Lei nº 7.404, de 22.3.1945. Nesse contexto, foi editado o Código Tributário Nacional, em 25.10.1966, prevendo explicitamente a preponderância dos tratados sobre normas infraconstitucionais internas em matéria tributária: “Art. 98. *Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha.*” (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.322/1.323)

j. Na vigência da Carta de 1967, com redação dada pela EC nº 1/69, por sua vez, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, acolhendo clara concepção monista, decidiu que os tratados internacionais, de forma geral, “têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificam a legislação interna” (RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 4.8.1971, DJ 25.8.1971) (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.323)

#### **2.1.4. Elemento teleológico:**

Quando o elemento teleológico é trazido aos argumentos resta a finalidade do texto constitucional, sem, no entanto, mudá-lo, ou seja, quando considera os fins aos quais a norma jurídica se dirige (NUNES, 2010, p. 314/317). Trechos selecionados:

a. Um outro argumento, e me permito fazer uma rápida resenha, foi exatamente o profundo trabalho trazido pelo Ministro Cezar Peluso, secundado pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de fazer uma distinção ontológica entre esses dois negócios jurídicos, ou seja, a alienação fiduciária e o contrato de depósito, os quais têm naturezas jurídicas absolutamente distintas. Portanto, a alienação fiduciária não se encaixa naquela exceção do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição (Ministro Ricardo Lewandowski, p. 1.197)

b. (...) a Constituição Federal não inclui expressamente a alienação fiduciária em garantia entre as exceções ao princípio constitucional que veda a prisão civil por dívida. Se não inclui, parece-me claro que o legislador ordinário não pode fazê-lo criando novas exceções além das duas únicas previstas no texto constitucional. Muito menos por aproximação ou analogia. Para efeitos de interpretação ou de exercício pelo legislador ordinário do seu poder de conformação em relação ao inciso LXVII do art. 5º da CF, a compreensão que se há de ter acerca do depositário infiel é precisamente aquela que se extrai da disciplina do instituto encontrada na legislação civil (Ministro Joaquim Barbosa, p.1.199)

### **2.1.5. Argumentos neoconstitucionalistas ou direito pós-moderno ou pós-positivista: tem em foco a constitucionalização do direito, cujo o conteúdo axiológico irradia. Trechos selecionados:**

a. É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada. (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.147)

b. Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.160)

c. A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.192/1.193)

d. Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais do que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial. (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.193)

e. O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna. (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.314)

f. Essa complexa cooperação internacional é garantida essencialmente pelo pacta sunt servanda. No atual contexto da globalização, o professor Mosche Hirsch,



empregando a célebre Teoria dos Jogos (Game Theory) e o modelo da Decisão Racional (Rational Choice), destaca que a crescente intensificação (i) das relações internacionais; (ii) da interdependência entre as nações, (iii) das alternativas de retaliação; (iv) da celeridade e acesso a informações confiáveis, inclusive sobre o cumprimento por cada Estado dos termos dos tratados; e (v) do retorno dos efeitos negativos (rebounded externalities) aumentam o impacto do desrespeito aos tratados e privilegiam o devido cumprimento de suas disposições (HIRSCH, Moshe. “Compliance with International Norms” in *The Impact of International Law on International Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 184-188). (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.323/1.324)

g. A propósito, defendendo a interpretação da constituição alemã pela prevalência do direito internacional sobre as normas infraconstitucionais, acentua o professor Klaus Vogel que “de forma RE 466.343/SP crescente, prevalece internacionalmente a noção de que as leis que contrariam tratados internacionais devem ser inconstitucionais e, consequentemente, nulas” (Zunehmend setzt sich international die Auffassung durch, dass Gesetze, die gegen völkerrechtliche Verträge verstoßen, verfassungswidrig und daher nichtig sein sollte) (VOGEL, Klaus. “Einleitung” Rz. 204-205 in VOGEL, Klaus & LEHNER, Moris. *Doppelbesteuerungsabkommen*. 4a ed. München: Beck, 2003. p. 137-138). Portanto, parece evidente que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais por meio de legislação ordinária (...) (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.324/1.325)

h. Dessa forma, à luz dos atuais elementos de integração e abertura do Estado à cooperação internacional, tutelados no texto constitucional, o entendimento que privilegie a boa-fé e a segurança dos pactos internacionais revela-se mais fiel à Carta Magna. (Ministro Gilmar Mendes, p. 1.328)

### **2.1.6. Precedentes de outros países:**

Nos votos do Ministro Gilmar Mendes (p. 1.149 e 1.315/1.319), há inúmeras menções de exemplos de diversos países que estão se adaptando a uma incorporação de seus tratados. Citamos aqui dois trechos:

a. Na realidade europeia, é importante mencionar a abertura institucional a ordens supranacionais consagrada em diversos textos constitucionais (cf. v.g. Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24, (I); o art. 11 da Constituição italiana; os arts. 8º30 e 1631 da Constituição portuguesa; e, por fim, os arts. 9º (2) e 96 (1) da Constituição espanhola; dentre outros). (p. 1.149)

b. Nesse contexto, diversos países latino-americanos já avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes concedendo-lhes valor normativo constitucional (p. 1.315);

c. Assim, Paraguai (art. 9º da Constituição) e Argentina (art. 75 inc. 24), inseriram conceitos de supranacionalidade em suas Constituições. No caso argentino, a Constituição traz expressa a supremacia das normas supranacionais na ordem jurídica interna (p. 1.315);

d. Nos Estados Unidos Mexicanos, apesar de a Constituição não trazer norma expressa nesse sentido, a Suprema Corte de Justicia de la Nación vem interpretando o art. 133 do texto constitucional no sentido de que os tratados internacionais se situam abaixo da Constituição, porém acima das leis federais e locais (p. 1.315);

e. No contexto europeu, a temática não é tratada de outra forma.

O mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55)<sup>5</sup> e pela Constituição da Grécia de 1975 (art. 28) (p. 1.316);

f. É importante mencionar a abertura institucional a ordens supranacionais consagrada em diversos textos constitucionais europeus. Por exemplo: o Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24, (1); o art. 11 da Constituição italiana; os arts. 8º e 16 da Constituição portuguesa; e, por fim, os arts. 9º (2) e 96 (1) da Constituição espanhola; dentre outros (p. 1.316/1.317);

g. A jurisprudência das Cortes vem reconhecendo essa superioridade normativa da ordem jurídica internacional. O Prof. Malcolm Shaw anota os seguintes ordenamentos que prevêm a prevalência dos tratados internacionais sobre as leis internas: França (caso *Café Jacques Fahre*, Cour de Cassation, 16 *Common Market Law Review*, 1975); Holanda (*Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien* 74, *International Law Review -ILR*); Itália (*Canadá v. Cargnello*, Corte de Cassação Italiana, 114 *ILR*); Chipre (*Malachtou v. Armefti and Armefti*, 88 *ILR*); e Rússia (art. 5º da Lei Federal Russa sobre Tratados Internacionais, adotada em 16 de Junho de 1995). [SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5º ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. pp. 151-162] (p. 1.317);

h. Ressalte-se que no Reino Unido, desde 1972, assentou-se a prevalência não só das normas comunitárias, como da própria Convenção Europeia sobre Direitos Humanos sobre o ordenamento interno ordinário, confirmado pela House of Lords no famoso caso *Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport* (93 *ILR*, p. 652) (p. 1.318);

i. Assim, também o Reino Unido vem dando mostras de uma verdadeira revisão de conceitos. O Parlamento já não mais se mostra um soberano absoluto. O “European Communities Act”, de 1972, atribuiu ao direito comunitário europeu hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento” (p. 1.318);

j. Ressalte-se, ainda, que em diversos países os tratados internacionais são utilizados como parâmetro de controle de leis internas. Nesse sentido, o Prof. Christian Tomuschat relata a experiência singular da Bélgica, Luxemburgo e Holanda que admitiam o controle de leis ordinárias internas pelo disposto na Convenção Europeia de Direito Humanos (CEDH) antes de possibilitar o próprio controle de constitucionalidade (p. 1.318);

k. Interessante notar que, até hoje, a Finlândia não possui uma Corte Constitucional, nem os juízes estão autorizados a realizar o controle de constitucionalidade das leis, mas a CEDH pode obstar a aplicação das leis internas [TOMUSCHAT, Christian. “Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte” in BADURA & DREIER. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. 1º vol. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 247-249] (p. 1.318/1.319);

l. Na Grécia e na Áustria, a Convenção Europeia de Direitos Humanos tem status constitucional, enquanto na Alemanha esse tratado possui, na prática, prioridade



em face do direito interno (faktischen Vorrang der EMRK vor deutschen Recht) [STREINZ, Rudolf. *Europarecht*. 7° ed. Heidelberg: Muller Verlag, 2005. Rn 73-75 p. 29-30]. Assim está expresso no art. 25 da Constituição alemã: “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional” (p. 1.319).

### 3. CONCLUSÕES

Sem dúvida nenhuma a resolução de não haver prisão civil por dívida de depositário infiel constitui um avanço no campo dos direitos humanos, porque trata da liberdade do ser humano e sua dignidade, princípios expressos na Constituição da República. No entanto, também permite um questionamento acerca do (des)equilíbrio entre os poderes, presente no estado democrático de direito, finalizando com uma grande insegurança jurídica.

No entanto, a solução hermenêutica utilizada pelo Supremo Tribunal Federal sob o argumento de suprir a necessidade dar aos tratados de direitos humanos a efetividade necessária e pretendida pelo § 3° do artigo 5° da Constituição da República de 1988, conquanto seja louvável, acarreta numa invasão à competência do poder legislativo.

O ideal seria que cada um dos poderes (Executivo, legislativo e Judiciário) exercessem suas funções nos limites impostos pela Constituição do Brasil ou, também poderia ser criada uma ordem regional ou até mundial, como a que existe na União Europeia, subordinando os Estados às leis, tratados e pactos internacionais.

Contudo, o artigo 59 da Constituição prevê que, o poder legislativo, poderá elaborar as seguintes normas: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções. É importante destacar que em momento algum a Constituição fala de norma supralegal ou supraconstitucional. Sobre esse aspecto, a Constituição da Argentina andou melhor ao analisar como seriam adicionados os tratados de direitos humanos ao sistema de leis vigentes naquele país: criaram uma categoria de leis “supralegais” e foram especificados quais tratados já aprovados seriam tratados como tal e condicionando os demais tratados ao quórum privilegiado para ser equiparado à emenda constitucional.<sup>81</sup>

---

81 Artículo 75.- Corresponde al Congreso:

(...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía

Ademais, é forçoso reconhecer que vários países também caminham para reconhecer a supralegalidade dos tratados em direitos humanos, conforme ressaltado no voto do ministro Gilmar Mendes:

Entretanto, o legislador brasileiro, ao incluir o § 3º na Constituição de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45 nada mencionou a respeito dos tratados sobre direitos humanos já incorporados ao nosso ordenamento jurídico e o Supremo Tribunal Federal, ao decidir os precedentes que geraram o enunciado da Súmula 25, o faz por meio do “controle de convencionalidade”, no qual analisa quais são os efeitos gerados pelo Pacto de San José da Costa Rica no caso de prisão civil por dívida de depositário infiel, proibindo norma contida no texto constitucional. É, portanto, uma mutação inconstitucional, porque além de decidir sem mudar a letra vai contra o espírito da Constituição sobre o tema.

Essa situação gera desequilíbrios entre os poderes, restando o texto constitucional como letra morta, ou seja, apenas uma folha de papel sem cunho de regras, como nos ensina Ferdinand Lassale (2006, p. 35).

Cumpra salientar que, de um lado o Supremo Tribunal Federal resolve uma questão necessária quanto à liberdade dos seres humanos, de outro, cria uma figura não prevista no rol do artigo 59 da CR/88, que é a supralegalidade.

Dessa forma, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal é possível afirmar que houve uma mutação na dimensão do texto constitucional.

Por fim, resta salientar que a polêmica causada pelo enunciado que propõe ser ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito, contido na Súmula Vinculante n. 25, editada em 2009, ainda encontra lugar nos nossos dias, pois está pendente de julgamento o Projeto de Súmula Vinculante nº 54, que pretende rediscutir em parte a questão (STF, *on-line*).

#### 4. REFERÊNCIAS:

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Habeas Corpus nº 92.566**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384>>. Acesso em: 3 nov. 2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Projeto de Súmula Vinculante nº 31**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607644>>. Acesso em: 3 nov. 2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Projeto de Súmula Vinculante nº 54**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 3 nov. 2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Recurso Extraordinário (RE) número 349.703**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 3 nov. 2014.



Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Recurso Extraordinário (RE) número e 466.343**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 3 nov. 2014.

ARGENTINA, Constituição. **Constituição da Argentina**. Disponível em: <[http://www.diputadosalta.gov.ar/images/stories/constitucion\\_argentina.pdf](http://www.diputadosalta.gov.ar/images/stories/constitucion_argentina.pdf)>. Acesso em: 3 nov. 2014.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**, 1ª ed. São Paulo: Max Limonad Ltda 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Dicionário Jurídico**. 4v. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. 20ª ed. Tradução alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?**. 3ª ed. São Paulo: Minelli, 2006.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.





## MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INCONSTITUCIONAL: O “PODER” DO PROCESSO INFORMAL DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO PELO STF

### CONSTITUTIONAL AND UNCONSTITUTIONAL MUTATION: THE “POWER” OF INFORMAL PROCESS OF MUTATION OF THE CONSTITUTION STF

DEYSE DOS SANTOS MOINHOS<sup>82\*</sup>

RICARDO TOCUNDUVA<sup>83\*\*</sup>

**RESUMO:** A Constituição Federal brasileira é rígida e suprema. Isso não quer dizer que ela não é modificável. Dada a sua importância dentro do nosso ordenamento jurídico, o processo formal de alteração do texto constitucional deve ser realizado com cautelosa observância aos preceitos nela contidos. Ocorre que, a doutrina constitucional tem admitido um processo informal de mudança, conhecido como mutação constitucional (algumas vezes, inconstitucional). Uma das formas de ocorrer essa mutação é por meio da interpretação judicial realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Objetiva-se, nesse sentido, analisar essa forma de mutação realizada pela Suprema Corte, partindo, ao final, de um caso prático, identificando os limites e consequências desse fenômeno no ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; STF; interpretação judicial; mudança constitucional e inconstitucional.

**ABSTRACT:** The Brazilian Federal Constitution is supreme and rigid. This doesn't mean that it isn't modifiable. Given its importance within our legal system, the formal process of amending the constitution should be done with careful observance of the precepts contained therein. As it happens, the constitutional doctrine has admitted an informal process of mutation, known as a constitutional mutation (sometimes unconstitutional). One form of this mutation occurs is through the court held Interpretation by the Supreme Court. Objective, in this sense, this form of mutation analysis performed by the Supreme Court, starting at the end of a case, identifying the limits and consequences of this phenomenon in the legal system.

---

82 \* Mestranda em Direito do Unifieo/Osasco na área de concentração em Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos. Especialista em Direito Contratual pela PUC/SP. Graduada em Direito pelo Unifieo/Osasco. Docente da Universidade Anhanguera/Osasco. Advogada.

83 \*\* Mestrando em Direito do Unifieo/Osasco na área de concentração em Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos. Docente na FALC/Carapicuíba. Advogado.



**KEYWORDS:** Constitution; STF; judicial interpretation; constitutional and unconstitutional mutation.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Apontamentos sobre o processo de mudança da Constituição. 1.1 Espécies de Poder Constituinte; 1.2 Limites do Poder de Reforma. 2. O que se entende como mutação constitucional e inconstitucional? 3. A interpretação judicial do STF como forma de mutação: trata-se de um “poder derivado”? 4. Mutação Constitucional e Inconstitucional no STF: caso prático. Conclusão. Referências bibliográficas.

**ABSTRACT:** Introduction. 1. Notes on the Constitution change process. 1.1 Species of constituent power; 1.2 Limits of Power Reform. 2. What is meant by constitutional and unconstitutional mutation? 3. The judicial interpretation of the Supreme Court as a form of mutation: it is a “derived power”? 4. Constitutional and Unconstitutional Mutation in STF: practical case. Conclusion. References.

## INTRODUÇÃO



Mudar faz parte da vida. A mudança é a transformação de um estado em outro, de forma planejada ou repentina. O homem transforma-se, e com ele as normas que regulam as relações sociais.

Considerando a norma fundamental de um Estado, podemos dizer que, diante de sua importância e superioridade, ela deve ser estável. Isso não quer dizer que não pode ser mudada para adaptar-se à realidade social, mas, na verdade, deve preservar seus valores, sentido e sua letra, conquistados ao longo da história, muitas vezes com lutas e revoluções.

No caso do Brasil, a Constituição da República, considerada rígida, prevê expressamente um processo *formal* de mudança, com seus requisitos próprios, que devem ser observados pelos poderes constituídos.

Ao lado desse processo, a doutrina constitucionalista vem reconhecendo uma nova forma de modificação da Lei Maior resultante de um processo *informal*, denominado *mutação*.

Essa mutação pode ocorrer mediante alguns meios e pode resultar em uma mudança *constitucional* ou *inconstitucional*. Um desses meios os quais nos referimos é a interpretação constitucional realizada pelo Poder Judiciário. Sobre isso e restringindo o estudo especificamente ao STF, questiona-se: estaria esse poder sujeito a algum limite na interpretação e aplicação das normas constitucionais ao caso concreto? E uma segunda pergunta: diante do poder de reforma da Constituição do STF, estaríamos diante da caracterização de um novo “poder constituinte derivado”?

Esse é o tema que pretendemos expor, porém não de forma exaustiva, no presente trabalho.

Buscando uma reflexão a respeito do assunto, num primeiro momento faremos alguns apontamentos a respeito do processo de mudança da constituição; logo após, será feita uma incursão no tema da mutação constitucional e inconstitucional, indicando suas relevantes diferenças. Na sequência, afinando o tema, trataremos da mutação por meio da interpretação judicial e, por fim, para demonstrar a parte teórica exposta, mostraremos um caso de mutação inconstitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

## 1 APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

Distante da intenção de aprofundarmos-nos nas lições que explicam o tema, mas apenas a título introdutório e indispensável, destacamos uma apertada análise a respeito do Poder Constituinte, suas espécies e os limites para a reforma da Constituição.

Uma Constituição, em regra, surge em decorrência de uma Revolução, com o uso de armas ou de ideias, refletindo o interesse legítimo de uma maioria que busca a melhoria e o desenvolvimento social. Surge, portanto, por meio de um poder denominado Poder Constituinte.

O Poder Constituinte, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, “se revela sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”<sup>84</sup>.

**Paulo Bonavides ensina que uma das questões mais delicadas e controversas é saber a respeito da titularidade desse poder. Explica da seguinte forma:**

O poder constituinte não se concentra nem se absorve num único titular, visível e indefinido. Há um poder constituinte de titularidade indeterminada, fugaz, indecisa (...). É obra anônima, em alguns casos, noutros voluntárias, de quem, por exemplo, decidindo ou julgando, produz normas de teor constitucional<sup>85</sup>.

Como exemplo da doutrina que sustenta que a titularidade do Poder Constituinte pertence ao povo, mencionamos Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando afirma que “o povo pode ser reconhecido como o titular do Poder Constituinte, mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite”<sup>86</sup>. Neste ponto, citamos ainda Alexandre de Moraes que “distingue a titularidade e o exercício do Poder Constituinte, sendo o titular o povo e o exercente aquele que, em nome do povo, cria o Estado, editando a nova Constituição”<sup>87</sup> (grifo do autor).

Assim, o Poder Constituinte tem a competência e o poder de produzir as normas constitucionais, por meio da elaboração de um novo texto constitucional, visando a legitimar o

---

84 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 61

85 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 158-159.

86 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

87 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 30.



ordenamento jurídico<sup>88</sup>, mediante reforma ou revisão constitucional. Vamos nos concentrar no poder de reforma.

### 1.1. Espécies de Poder Constituinte

Doutrinariamente o Poder Constituinte distingue-se em originário e derivado.

O Poder Constituinte originário é considerado o primeiro, ou seja, aquele que “estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte Originário no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior”<sup>89</sup>. Essa última hipótese quer dizer que surge de uma ordem que sofreu uma ruptura com a anterior, consagrando um novo fundamento de validade para o ordenamento jurídico político do país<sup>90</sup>.

Já o Poder Constituinte derivado decorre do Poder Constituinte originário, sendo empregado na realização da modificação do texto constitucional, por meio, por exemplo, da reforma. Dentre suas principais características, encontram-se a limitação material de seu exercício e a condicionalidade dos limites estabelecidos, sem os quais não seria possível realizar a distinção entre poder revisor e poder constituinte.

Verificamos pela breve explanação acima que a Constituição não é imutável. Sua supremacia é indiscutível, como Lei Fundamental do país, mas a necessidade de modificação é da mesma forma imprescindível para adaptá-la à nova realidade social<sup>91</sup>, sem modificar seu espírito e os valores da época.

Carlos Blanco de Moraes ao tratar da *revisão e conservação* da Constituição traz questionamento interessante sobre um possível conflito entre esses atos:

Mas se a revisão constitucional se destina a operar modificações na Lei Fundamental, não constituirá um paradoxo afirmar que o mesmo instituto contribui, simultaneamente, para a garantia da referida Constituição?” Respondendo ao questionamento, ensina: “toda Constituição é, na verdade, uma Lei Fundamental *no tempo*, já que a realidade político-social com a qual as suas normas se confrontam encontram-se sujeita a mutações históricas, não deixando *incólume o conteúdo da Constituição*, pelo que se existir uma petrificação normativa desse conteúdo, a mesma constituição não logra cumprir com sua função. (...). É por isso que uma Constituição não é redutível ao legado normativo do poder constituinte, embora não pode subsistir

88 MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2008. p. 38

89 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 30.

90 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Revista dos Tribunais**. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 2, N.5, Outubro-Novembro de 1993. p. 6.

91 Caso contrário, se não atendesse a realidade social, segundo a clássica lição de Lassale, a Constituição não passaria de uma *folha de papel*: “Pues lo mismo acontece com las Constituciones. De nada sirve lo que es escriba em una hoja de papel, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y afetivos de poder”. LASSALE, Ferdinand. **¿Qué es una Constitución?**. 2ª ed. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 1997. p. 73.

como tal se os fundamentos nucleares desse legado forem suprimidos ou depreciados (grifo do autor)<sup>92</sup>.

Sendo assim, nenhuma Constituição nasce para ser eterna ou imodificável; na verdade, “resulta de uma relativa imutabilidade do texto constitucional, a saber, uma certa estabilidade ou permanência que traduz até certo ponto o grau de certeza e solidez jurídica das instituições num determinado ordenamento social”<sup>93</sup>. Nas palavras de Anna Candida da Cunha Ferraz, “se uma Constituição não tem vocação para ser eterna, tem por sem dúvida, vocação para ser durável”<sup>94</sup>.

Nesse sentido, a Constituição passa por mutações constantes, permitindo uma evolução *lato sensu*, adequando-se aos novos contextos sociais. Todavia, encontra limites nesse poder de reforma, fixados pelo Poder Constituinte originário.

## 1.2. Limites do poder de reforma

A Constituição tem a característica de se transformar em lei superior. Com isso, não pode ser modificada por outras leis, por outros poderes, a não ser pelo procedimento que ela mesma autorize. Ainda, a Constituição Federal é o parâmetro para todo o sistema normativo, estando em patamar superior no ordenamento jurídico; considerada rígida, obedece a um processo *formal* de modificação. E essa possibilidade de modificação não é livre, tão pouco desordenada.

A válvula para a reforma formal da Constituição da República encontra limitações no próprio texto constitucional, como é o caso dos dispositivos constantes no art. 60 do referido texto, que estabelece o procedimento de *reforma formal* via Emenda à Constituição<sup>95</sup>.

Todavia, registra-se uma atenção às modificações constitucionais que estão ocorrendo em virtude de processos que não estão previstos na Constituição, o que atualmente buscou denominar de mutação constitucional ou inconstitucional<sup>96</sup>, como veremos a seguir.

---

92 MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**, tomo I: garantia da Constituição e controle da constitucionalidade. 2. ed. Coimbra Editora, 2006, p. 65-66.

93 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 196.

94 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Mutações, reforma e revisão das normas constitucionais. **Revista dos Tribunais**. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 2, N.5, Outubro-Novembro de 1993. p. 6

95 Esclarece-se que não é o objetivo do trabalho explicar todas as limitações constitucionais do poder reformador. Sobre o tema, v. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 198-204. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 65-68.

96 Carlos Blanco de Moraes também utiliza o termo mutações puras e impuras, “as quais pautam, respectivamente, pela sua não inconstitucionalidade e pela sua contrariedade à Constituição”. V: MORAIS, Carlos Blanco de. **As Mutações Constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso**. Jurisemat, Portimão, Portugal, n. 3, 2013, pp. 81



## 2 O QUE SE ENTENDE COMO MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INCONSTITUCIONAL?

A mutação é um processo informal de modificação da Constituição, ou seja, diferente daquele previsto no texto constitucional. Karl Loewenstein diferencia *reforma constitucional* de *mutação constitucional*, explicando que a primeira consiste na alteração formal da Constituição escrita; e, pela segunda,

se produz uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que fique atualizada tal transformação no documento constitucional: o texto da Constituição permanecendo intacto<sup>97</sup>.

A mutação constitucional é definida por Uadi Bulos, da seguinte forma:

(...) processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais<sup>98</sup>.

Quando falamos de mutação, portanto, estamos diante de um processo de alteração da Constituição que acontece por vias que não estão fixadas no texto constitucional<sup>99</sup>.

Anna Candida da Cunha explica que o termo *mutação constitucional* não é uniformemente empregado<sup>100</sup> pela doutrina e que “o termo é reservado somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição *sem contrariá-la*”, ou seja, sem violar sua letra e seu espírito<sup>101</sup>.

Sendo assim, a informalidade da mutação não modifica o texto constitucional em si, mas o adapta a uma nova situação ou momento, pelo desenvolvimento da norma e das relações

---

97 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. Ed. Barçela: Ariel, 1976, p. 164-165, *apud* FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança na Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

98 BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. Editora: Saraiva, São Paulo, 1997, p. 57.

99 Pergunta interessante faz Carlos Blanco de Moraes, questionando eventual invalidade da mutação: “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, porque razão não são as mesmas, pura e simplesmente, julgadas inválidas?”. O autor explica que a resposta é complexa, mas, em síntese, ensina que “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 sua formação algo que as aproxima do poder constituinte no léxico de Schmitt e que consiste numa gênese existencialista imposta pela realidade dos fatos”. Para maiores detalhes, v.: MORAIS, Carlos Blanco. **As Mutações Constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso**. Jurismat, Portimão, Portugal, n. 3, 2013, pp. 64-66.

100 J. J. Gomes Canotilho chama de *Transição Constitucional* “a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.153).

101 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança na Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986. P. 9.

sociais, em seus diversos aspectos. Podemos considerar, juntamente com Carlos Blanco de Moraes, que a Constituição nunca será “reduzível ao seu texto. Isso porque toda a constituição positivamente decidida nunca é uma construção acabada”<sup>102</sup>.

De outra banda, essa mudança da Constituição por meio de um processo informal pode “ultrapassar os limites constitucionais fixados pelas normas”<sup>103</sup> e desaguar numa *mutação inconstitucional*. Explica Anna Candida da Cunha Ferraz sobre a mutação inconstitucional:

É possível distinguir dois tipos de processos dessa ordem. De um lado, os que mudam a Constituição contra a sua letra ou seu espírito. Essas são aqui denominadas de processo manifestamente inconstitucionais; de outro, os processos rotulados, à falta de melhor titulação, de processos anômalos. O grupo de processos anômalos reúne modalidades de mudança constitucional que nem sempre podem, rigorosamente, ser taxadas de inconstitucionais, porquanto sobre não provocarem alteração na letra constitucional, não é fácil determinar se violam – e até que ponto o fazem – o espírito da Constituição [a autora relaciona as modalidades: inércia dos poderes, o desuso de preceitos ou disposições constitucionais e a mutação tácita de normas constitucionais]<sup>104</sup>.

Assim, a mutação inconstitucional extrapola os limites da Constituição, alterando o seu sentido e alcance, indo além da flexibilização para adaptar-se à nova realidade social.

Temos que a mutação deve preservar o princípio da supremacia constitucional, o que significa o reconhecimento de que a Constituição é a norma maior do ordenamento, ou seja, sua característica de *Lex superior*. Com isso, a mutação não pode ocorrer às avessas da norma constitucional, devendo fidelidade ao programa normativo<sup>105</sup>.

Mas se não é pelo processo formal de mudança que ocorre as necessárias alterações do texto constitucional (por exemplo, por meio da edição de uma Emenda à Constituição), como, então, ocorre esta mutação (constitucional ou não)?

Carlos Blanco de Moraes ensina que além das alterações formais, “múltiplas têm sido as categorizações das fontes informais”, como é o caso dos costumes, do desuso de princípios e regras; de omissões constitucionais suscetíveis de integração reflexa pelo legislador, pela Administração ou pelos tribunais, e, dentre outras, as fontes jurisprudenciais de base interpretativa e integrativa que criam ou revelam inovatoriamente normas materialmente constitucionais<sup>106</sup>.

Anna Candida da Cunha Ferraz, adotando em essência a classificação por Biscaretti di Ruffia, busca reunir os processos de mutação constitucional sob a denominação de *interpretação constitucional* e os *usos e costumes constitucionais*. Em especial, no que tange à interpre-

---

102 MORAIS, Carlos Blanco de. **As Mutações Constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autopsia de um acórdão controverso**. Jurismat, Portimão, Portugal, n. 3, 2013. p. 61.

103 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança na Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986. P. 10.

104 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança na Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986. P. 213.

105 MORAIS, Carlos Blanco de. **As Mutações Constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autopsia de um acórdão controverso**. Jurismat, Portimão, Portugal, n. 3, 2013. p. 83.

106 MORAIS, Carlos Blanco de. **As Mutações Constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autopsia de um acórdão controverso**. Jurismat, Portimão, Portugal, n. 3, 2013. p. 63-65.



tação, essa pode ser *orgânica*, porque advém dos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, portanto, respectivamente, interpretação legislativa, administrativa e judicial; pode ser ainda doutrinária, cuja meta não é a aplicação imediata da Constituição, visando apenas a dar significação ao texto constitucional<sup>107</sup>.

Dentre as diversas formas de mutação mencionadas acima, está a interpretação constitucional pela via judicial. Nesse diapasão, reduzimos a análise da mutação no que tange à interpretação judicial e tecemos os comentários a seguir.

### 3 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO STF COMO FORMA DE MUTAÇÃO: TRATA-SE DE UM “PODER DERIVADO”?

Como vimos, a Constituição de 1988, embora considerada rígida, pode ser mudada por meio de um processo considerado formal, previsto e autorizado pelo texto constitucional ou, também, por meio de um processo que podemos denominar de informal. Nesse bloco, encontra-se a interpretação constitucional.

A interpretação constitucional pode ser realizada pelos Poderes constituídos. Nesse tópico, nos restringiremos à interpretação constitucional orgânica judicial<sup>108</sup>.

A hermenêutica jurídica apresenta métodos e técnicas colocados à disposição do intérprete a fim de que esse as utilize no ato da subsunção, para melhor interpretação da lei. Como bem ressalta J. J. Gomes Canotilho, encontrar um “‘método justo’ em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística”<sup>109</sup>.

Quando o Poder Judiciário interpreta e aplica as normas constitucionais ao caso concreto, ele assim deve proceder preservando o sentido, o espírito e a letra do texto da Lei Maior<sup>110</sup>. Todavia, diante da realidade social e de toda exegese constitucional, o intérprete pode ir além

---

107 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança na Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 13;53-54.

108 Não nos referimos aos métodos hermenêuticos clássicos de interpretação, que são, por exemplo, histórico, evolutivo, gramatical, entre outros; mas sim, o órgão responsável pela interpretação, no caso, o Poder Judiciário. Há também a interpretação constitucional orgânica realizada pelos outros dois poderes, denominadas legislativa e administrativa (FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança na Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 53-54). A respeito dos métodos de interpretação, v.: DANTAS, Souza Luís Rodolfo de. **Hermenêutica Jurídica**. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/luisrodolfo11/hermenutica-juridica-slides-das-aulas-do-prof-lus-rodolfo-de-souza-dantas>>. Acesso em: 24 out. 2014.

109 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedia, 1999, p. 1138

110 Luis Roberto Barroso nos “Textos Introdutórios à Constituição da República Federativa do Brasil”, em seu texto a respeito da “especificidade da interpretação constitucional”, sustenta que “a interpretação constitucional compreende um conjunto amplo de particularidades, que a singularizam no universo da interpretação jurídica. As especificidades das normas constitucionais quanto à sua posição hierárquica, natureza de linguagem, conteúdo e dimensão política fazem com que a interpretação constitucional extrapole os limites da argumentação puramente jurídica. De fato, além das fontes convencionais, como o texto da norma e os precedentes judiciais, o intérprete constitucional deverá ter em conta considerações relacionadas à separação dos Poderes, aos valores éticos e a moralidade política”, levando-se em conta alguns princípios basilares: (i) princípio da supremacia da Constituição, (ii) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, (iii) princípio da interpretação conforma a Constituição, (iv) princípio da unidade de Constituição (no sentido de dar unidade ao sistema), (v) princípio a razoabilidade e proporcionalidade (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação constitucional como interpretação específica*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; INGO, W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 91-96)



da função de “dar o sentido e o alcance das expressões do Direito”<sup>111</sup>, e chegar ao resultado, o que não se espera, da mutação inconstitucional.

Lembra João Maurício Adeodato a respeito da positivação do direito afirmando que:

(...) tanto no problema dos limites éticos ao poder constituinte legislativo originário, quanto no problema dos limites éticos à decisão judicial, o direito dogmático contemporâneo é positivo, no sentido de que os argumentos viáveis não o são por seu conteúdo moral, racional ou de justiça, mas exclusivamente por sua pertinência ao ordenamento estatal positivado<sup>112</sup>.

Todavia, lembramos que o poder reformador, da mesma forma, realiza mudanças na Constituição. Porém, esse poder de mudança está autorizado e limitado expressamente, conforme estabelece o art. 60 da Constituição da República; e, também, como ressalta Anna Candida da Cunha Ferraz, esse poder derivado está limitado pela observação e cumprimento dos seguintes aspectos:

a) a permanência do titular do Poder Constituinte Originário que elaborou aquela Constituição; b) a permanência da ideia de direito que informa a Constituição; c) a permanência dos valores fundamentais que inspiram a Constituição a ser alterada<sup>113</sup>.

Nesse contexto, voltemos ao Poder Judiciário e à mutação constitucional, no que tange, especificamente, a interpretação judicial do Supremo Tribunal Federal, a mais alta instância do Poder Judiciário<sup>114</sup>.

Ao STF, além da função de julgar, foi-lhe atribuída a função de “guardar” a Constituição da República. Neste último sentido, a principal sua missão deveria ser a da “estabilização da interpretação constitucional no qual a importância do controle difuso exercido pelos mais diversos órgãos judiciários do País, é significativa”<sup>115</sup>.

José Afonso da Silva sustenta que não é fácil para o STF “conciliar sua função típica de guarda dos valores constitucionais (pois, guardar a forma ou apenas tecnicamente é falsear a realidade constitucional) com sua função de julgar”; pois acabará tomando a posição de

---

111 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 1.

112 ADEODATO, João Maurício. Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da Constituição pelo Judiciário. **Revista Mestrado em Direito UNIFIEO**. Ano 5, n. 5, 2005. Osasco: Edifio, 2005. p. 101.

113 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Revista dos Tribunais**. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 2, n.5, Outubro-Novembro de 1993. P. 7.

114 Oscar Vilhena Vieira utiliza o termo “Supremocracia” (e admite ser um vocábulo impressionista) para explicar a dimensão do STF e o duplo sentido da referida expressão: o primeiro refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário; em um segundo sentido refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento de outros poderes. Ele entende que há dificuldades que transcendem os problemas estritamente hermenêuticos derivados da aplicação de uma Constituição. Sustenta que estas dificuldades referem-se à própria dimensão da autoridade que se entende adequada a ser exercida por um tribunal dentro de um regime que se pretenda democrático (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: **Revista Direito GV**. v. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 444-445,457)

115 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**. V. 4, n. 2, jul./dez. 2008. p. 414



“Tribunal de julgamento do caso concreto que sempre conduz à preferência pela decisão da lide, e não pelos valores da Constituição, como nossa história comprova”<sup>116</sup>.

Talvez tenha razão o citado autor. Conciliar a “guarda da Constituição” e o “julgamento” das lides poderá fazer o STF refém de si mesmo, pois aquele que deveria *cuidar* correrá o risco de *contrariar* a própria Constituição. Não que julgar signifique afrontar o texto constitucional. Mas ao proceder dessa forma, o intérprete amolda a lei às necessidades da lide, dando vida a generalidade e a abstratividade da norma. E isso, eventualmente, poderá ultrapassar a linha do sentido e da letra da Constituição.

Pois bem. A função da interpretação judicial “varia em grau, extensão e profundidade, conforme a Constituição e a disciplina constitucional de cada sistema jurídico”<sup>117</sup>.

A Constituição de 1988 ficou conhecida (como é sabido, por meio das palavras do então presidente da Assembleia Constituinte, Ulysses Guimarães) como a “Constituição Cidadã”, porque afirma direitos até então violados pela ditadura. Os objetivos, fundamentos, direitos e as garantias constantes na referida Carta Constitucional fazem parte da estrutura que rege o atual Estado Democrático de Direito que vivemos. Sendo assim, os preceitos lá descritos não poderão ser violados no exercício da aplicação da norma constitucional pelo Poder Judiciário, quicá pelo STF, guardião da Constituição.

Por meio da interpretação o magistrado faz a “leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, seja ela qual for. Só por meio dela, a partir da letra, mas sem se parar na letra, encontra-se a norma ou o sentido da norma”<sup>118</sup>.

J. J., Gomes Canotilho, ao escrever sobre os limites da interpretação constitucional, é incisivo: “muda o sentido, sem mudar o texto”. E explica:

A necessidade de uma permanente adequação dialéctica 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 (sic)<sup>119</sup>.

E quando o magistrado faz essa interpretação levará em conta a realidade social mas sem fugir das bases constitucionais estruturantes do sistema. Como preleciona Anna Candida da Cunha Ferraz:

O juiz deve desentranhar o sentido da disposição constitucional com um fim mediato e imediato e aplica-la, de forma adequada e razoável, no caso concreto. Ora, do juiz se espera justiça e no aplicar a Constituição se espera mais. Espera-se que guarde a Constituição, como Lei Suprema, que a aplique

116 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 559.

117 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança na Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 105.

118 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro, Forense: 2002. p. 448.

119 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almeda, 1999, p. 1153-1154.

corretamente, com os olhos fixos no presente, voltados para o futuro, porém sem eliminar ou desconhecer o passado<sup>120</sup>.

Como argumento de reforço, citamos Carlos Blanco de Moraes que leciona:

O direito jurisprudencial deve progredir a partir da norma constitucional positiva e democraticamente decidida. Impõe-se, assim, que a interpretação constitucional que envolva criatividade normativa (a qual pode ou não implicar uma mutação) não exorbite a sua função de desenvolvimento evolutivo do *direito posto com anterioridade* por um decisor democrático e não se converta, ao invés, em algo meramente *proposto* pelo Tribunal que controla a constitucionalidade<sup>121</sup> (grifo do autor).

Sendo assim, o STF não é considerado um poder constituinte derivado reformador ou decorrente, ou seja, titular de um poder “autorizante” de mudança constitucional; no processo de criação interpretativa, certamente a Corte deve reconhecer os limites jurídicos para a realização da mutação, bem como os limites fixados pela Lei Maior no exercício de suas funções<sup>122</sup>.

Esclarece-se que não se pretende aqui adotar um posicionamento contrário à mutação ou ao processo informal de mudança da Constituição. Na verdade, “exsurge, nítido, o papel da mutação constitucional da interpretação judicial, lhe dá novo significado ou alcance para, aplicando-a, torná-la o que se pretende que ela seja: um documento *vivo e efetivamente cumprido*”<sup>123</sup> (grifo do autor).

Com as considerações teóricas traçadas acima se chama a atenção para as mudanças informais que vem ocorrendo na Constituição da República por meio da interpretação judicial realizada pelo STF, com demonstração prática, como faremos a seguir.

#### 4. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INCONSTITUCIONAL NO STF: CASO PRÁTICO

A mutação constitucional e inconstitucional é perfeitamente encontrada nas decisões do STF, embora se trate de um processo minucioso e de elevada análise técnica. Examinando o caso concreto e julgado, percebemos a mudança da Constituição por meio de um processo informal decorrente da interpretação judicial.

Para não sermos por demais genéricos, escolhemos um caso para demonstrar a *mutação inconstitucional*; entretanto, a título de registro, a mudança na Constituição por meio de um

---

120 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança na Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 128.

121 MORAIS, Carlos Blanco de. **As Mutações Constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso**. Jurisimat, Portimão, Portugal, n. 3, 2013. p. 82-83.

122 Nesta esteira, vale apenas mencionar o fenômeno que ficou conhecido como *Ativismo Judicial*, que pode ser entendido 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)”. (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129)

123 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança na Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 130



processo informal pode ser encontrada em diversos julgados, por exemplo: ADPF 54 (possibilidade de antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico); ADI 4277 ADPF 132 (reconhecimento de união homossexual); MS 31.816 MC-AgR / DF (mutação inconstitucional quanto interpretação contrário ao texto constitucional do art. 52, X), entre outros casos.

Pois bem, passemos a análise do caso.

Como exemplo de *mutação inconstitucional*, citamos a clássica decisão proferida no RE 466.343-SP<sup>124</sup> j. 03/12/08, a respeito da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, exceto por obrigação alimentar.

*Sintetizamos o caso*<sup>125</sup>: a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamado de Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, e ratificada pelo Brasil em setembro de 1992.

O art. 7º, § 7 do referido documento internacional determina que “ninguém deve ser detido por dívida. Esse princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedida em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”<sup>126</sup>.

No plano nacional, todavia, o texto da lei permite a prisão civil por dívida do depositário infiel (e também do devedor de alimentos), conforme previsão na Constituição Federal, especificamente no art. 5º, inc. LXVII, bem como na legislação infraconstitucional frente ao Decreto-lei nº 911/69 e ao art. 652 do Código Civil.

Ao longo do tempo algumas correntes foram se formando para explicar a posição hierárquica dos tratados frente ao aparente conflito de normas nacionais e internacionais<sup>127</sup>. Dentre elas, com antiga orientação do STF inclusive<sup>128</sup>, a que considerava os tratados internacionais com o “status” de lei ordinária.

Com a Emenda à Constituição nº 45/04, os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados a partir de então, passaram formalmente ao “status” de emenda constitucional se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 5º, § 3º, CF).

Assim, as discussões a respeito do tema quanto à legalidade da prisão e a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no sistema jurídico pátrio, levaram o STF a um novo posicionamento, reconhecendo no referido RE 466.343-SP, o valor *supralegal*

124 Repercussão geral reconhecida em Recurso Extraordinário nº 562.051-4 MT, j. 11/09/08.

125 Para uma análise técnica e juridicamente mais aprofundada do caso, v.: FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. Conflitos e tensões na jurisdição constitucional decorrentes da internacionalização dos Direitos Humanos. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 8, n. 28, jul./set.2014. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Porto Alegre: HS Editora, 2014. p. 125-152.

126 Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2014.

127 Sobre o assunto, v. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 71-74.

128 Cf. HC 77.631-5/SC, j. 19/08/98 – Trecho da ementa: “A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica - cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas - não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual destinado a compelir o devedor a executar obrigação que lhe foi imposta pelo ordenamento positivo, nos casos expressamente autorizados pela própria Constituição da República. Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental” (nosso destaque). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+77631%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/b3bdo58>>. Acesso em: 26 out. 2014.

dos tratados internacionais já vigentes no Brasil, os quais se põem abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional.

Transcrevemos a ementa da decisão:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito<sup>129</sup>.

Anna Candida da Cunha Ferraz sustenta que o constituinte brasileiro adotando a tese da *supralegalidade* “copiou” o modelo adotado pela Constituição da Argentina para internalizar os documentos internacionais de direitos humanos no Brasil. “Mas o copiou mal!!!”. No caso da Argentina, continua explicando, o legislador,

elevou os documentos internacionais de direitos humanos ao patamar de normas constitucionais e atribuiu, com sabedoria, o mesmo status aos documentos internacionais de direitos humanos anteriores à data da reforma, relacionando-os um a um e, mais, instituiu o status de “supralegalidade” para os demais documentos internacionais. Assim, eliminou tensões que surgissem relativamente aos documentos anteriores e ao status dos demais documentos internacionais<sup>130</sup>.

Já no Brasil, não houve essa cautela. O art. 5º, § 3º (acrescentado pela EC 45/04), determinou que a regra seria aplicada apenas aos “novos” tratados internacionais de direitos humanos. Dessa forma, as discussões a respeito da prisão civil do depositário infiel (tratado assinado anteriormente à Emenda) continuaram, quiçá, inflamaram.

Partindo para o final da síntese, verificamos que o STF, julgando o RE 466.343-SP, proibiu a prisão civil por infidelidade depositária, em qualquer modalidade, diante da *supralegalidade* dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial, o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, que previa a proibição.

Com isso, criou um novo entendimento jurisprudencial e revolucionou a concepção acerca da hierarquia normativa do ordenamento jurídico e da paralisação da atividade legislativa a respeito do tema do depositário infiel.

A Corte cria por meio de um *processo de mutação informal* uma modalidade normativa não prevista no art. 59 da Constituição Federal. Identificamos que o tratado internacional não

---

129 RE 466.343-SP, j. 03/12/08. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=466343&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 26 out. 2014.

130 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. Conflitos e tensões na jurisdição constitucional decorrentes da internacionalização dos Direitos Humanos. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 8, n. 28, jul./set.2014. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Porto Alegre: HS Editora, 2014. p. 140.



é emenda à Constituição e nem lei (em qualquer espécie). Tem um atributo de *supralegalidade*, localizando-se entre essas duas modalidades, alienígena à relação normativa hierárquica. Nesse sentido, sustenta Anna Candida da Cunha Ferraz:

O chamado status de “supralegalidade” não é figura reconhecida na doutrina brasileira, quando se examina a pirâmide de normas do ordenamento jurídico brasileiro, estabelecida taxativamente pelo art.59 da CF. A Constituição brasileira não faz referência a tal modalidade de figura normativa hierárquica<sup>131</sup>.

Além de criar a categoria da *supralegalidade* via interpretação judicial, o STF inova ao paralisar a produção dos efeitos da norma constitucional, constante no art. 5º, LXVII, da C.F. O texto continua lá (porque não houve reforma material da Constituição), mas não servirá para mais nada. Isso porque o STF, ao internalizar o Pacto de San José no ordenamento nacional da maneira que fez, acaba por paralisar o preceito constitucional e a atividade legiferante dela decorrente, por via transversa.

Quanto ao congelamento da produção legislativa pelo STF, discorre Anna Candida da Cunha Ferraz:

[S]egundo entendimento de nossa Corte Suprema, nenhuma legislação poderá regular, validamente, a norma contida em referido inciso, se contrária aos documentos internacionais em questão. Ou em outras palavras, a prisão de depositário infiel, especificamente permitida pelo texto constitucional, nunca poderá ocorrer, pois apesar de se tratar de norma de eficácia plena, ela depende da legislação ordinária para regulamentá-la. A consequência, portanto, dessa orientação é que documentos internacionais podem, sim, modificar a Constituição brasileira, mesmo sem expressa autorização constitucional para tanto<sup>132</sup>.

Frisa-se ainda que com a obstaculização da atividade legislativa pelo STF, podemos dizer que, mesmo que por uma via oblíqua, há sensível violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF), pois, sobre essa matéria, o Poder Legislativo não poderá exercer sua função primária. Sabemos que mediante esse princípio “um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros. Esse é o ponto de equilíbrio, a linha fronteira (...), em conformidade com o Direito”<sup>133</sup>.

---

131 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. Conflitos e tensões na jurisdição constitucional decorrentes da internacionalização dos Direitos Humanos. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 8, n. 28, jul./set.2014. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Porto Alegre: HS Editora, 2014. p. 146.

132 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. Conflitos e tensões na jurisdição constitucional decorrentes da internacionalização dos Direitos Humanos. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 8, n. 28, jul./set.2014. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Porto Alegre: HS Editora, 2014. p. 148.

133 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fabio de. Comentários ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; INGO, W; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 145

Sustentamos que essa interpretação adotada pelo STF na referida decisão trata-se de uma forma de *mutação informal institucional*<sup>134</sup>. Afastando a prisão civil do depositário infiel a partir de um entendimento judicial, *da forma que foi feita*, ou seja, além dos limites constitucionais, o STF tem posicionamento interpretativo demasiadamente elástico que compromete a letra e o espírito da Constituição da República.

É evidente que há premente necessidade de se proteger e dar efetividade à proteção dos direitos humanos, como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana, nos planos nacionais e internacionais. O que chama atenção é que tal proteção deve ser materializada e normatizada de maneira correta, respeitando os limites constitucionais.

## CONCLUSÃO



Por meio da análise acima exposta, procurou-se demonstrar que a Constituição, classificada como de natureza rígida, determina uma forma solene de alteração do seu texto, realizada por meio de Emenda Constitucional; todavia, agora encontra a possibilidade de mudança mediante um processo informal denominado de mutação constitucional, e algumas vezes, inconstitucional.

Sem sombra de dúvidas a mudança é necessária diante das transformações sociais que caminham a passos largos, sendo impossível esperar o tempo da criação da lei pelo órgão competente. A interpretação judicial torna-se sensível a isso e dá novos sentido e alcance ao texto supremo. Se assim não fosse, ou seja, se a Constituição escrita não se coadunasse com os fatores reais de poder, não passaria de uma folha de papel, conforme a citada lição de Ferdinand Lassale.

Todavia, como já ressaltado, essa mudança deve ocorrer nos moldes estabelecidos pela Constituição, mantendo seu teor axiológico, sua letra e seu espírito, preservando seus princípios fundamentais (art. 1º ao 4º) e sua estrutura construída ao longo da história, alicerçada atualmente em um Estado Democrático e Social de Direito.

O processo informal de mudança judicial, aqui demonstrado por meio da interpretação judicial pelo STF pode resultar, como relatado, em duas espécies: a mutação constitucional e a inconstitucional. O aspecto positivo da mutação reside no fato de renovar a Constituição, adequando-a a realidade atual, mas o aspecto negativo está, justamente, no fato da interpretação extrapolar os limites constitucionais.

O sistema de normas abertas facilita o alargamento do sentido e alcance da norma. O citado caso como exemplo, o da impossibilidade da prisão do depositário infiel diante ratificação pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica, (RE 466.343-SP) e, principalmente a interpretação judicial do caso, foi além da letra e do espírito da Constituição, como expusemos. Parece-nos que o STF agiu como se fosse um poder constituinte derivado, mas não o é.

Talvez, nessa hora, seja interessante voltarmos ao pensamento de José Afonso da Silva, já citado anteriormente: é um tanto quanto difícil para o STF exercer a “guarda da Constituição”

---

134 Não com essa nomenclatura, mas também criticando o posicionamento do STF no sentido de vedar a prisão do depositário infiel, v.: MELLO, Rogério Licastro Torres de. Crítica à extinção da prisão do depositário infiel. In: SHIMURA, Sérgio. BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**, vol. 3. São Paulo: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 677.



e realizar o “julgamento” do caso concreto a respeito da matéria constitucional. Ele pode se tornar refém de si mesmo.

## REFERÊNCIAS



- ADEODATO, João Maurício. Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da Constituição pelo Judiciário. **Revista Mestrado em Direito UNIFIEO**. Ano 5, n. 5, 2005. Osasco: Edifício, 2005. p. 85-102.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; INGO, W; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 91-96
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. Editora: Saraiva, São Paulo, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- DANTAS, Souza Luís Rodolfo de. **Hermenêutica Jurídica**. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/luisrodolfo11/hermenutica-jurdica-slides-das-aulas-do-prof-lus-rodolfo-de-souza-dantas>>. Acesso em: 24 out. 2014
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança na Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- \_\_\_\_\_. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Revista dos Tribunais**. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 2, N.5, Outubro-Novembro de 1993. p. 5-31
- \_\_\_\_\_. Conflitos e tensões na jurisdição constitucional decorrentes da internacionalização dos Direitos Humanos. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 8, n. 28, jul./set.2014. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Porto Alegre: HS Editora, 2014. p. 125-152.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LASSALE, Ferdinand. **¿Qué es una Constitución?**. 2ª ed. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 1997.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. Crítica à extinção da prisão do depositário infiel. In: SHIMURA, Sérgio. BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**, vol. 3. São Paulo: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 671-680.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011.



- MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora:Lumen Juris, 2008.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**, tomo I: garantia da Constituição e controle da constitucionalidade. 2. ed. Coimbra Editora, 2006.
- MORAIS, Carlos Blanco. **As Mutações Constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso**. Jurismat, Portimão, Portugal, n. 3, 2013, p 55-90.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latinoamericana. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101 , jul./dez. 2010, p. 7-36.
- \_\_\_\_\_. A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr./jun. 2008, p. 207-249.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fabio de. Comentários ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; INGO, W; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**. v. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 441-463
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. In: **Revista Direito GV**. V. 4, n. 2, jul./dez. 2008. p. 407-440.



**NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL,  
NEOCONSTITUCIONALISMO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
APONTAMENTOS SOBRE A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO  
CONSTITUCIONAL DOS NOVOS TEMPOS**

**NEW CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, NEOCONSTITUTIONALISM  
AND THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NOTES ABOUT  
INTERPRETATION IN THE NEW TIMES OF CONSTITUTIONAL LAW**

CLAUDIO ABEL FRANCO DE ASSIS (UCP)  
BRUNO STIGERT DO VALLE (UCP)

**INTRODUÇÃO**



Consoante às abalizadas lições do Prof. Luís Roberto Barroso (2007), existem três momentos fundantes do fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo: o marco histórico, o marco teórico e o marco filosófico. Tais marcos se constituíram em paradigmas que vieram a direcionar a doutrina e, bem como, os tribunais no sentido da construção e consolidação de uma nova coluna fundamental no Direito Constitucional, mormente no caso da América Latina. Nessa direção e ainda com base nas lições do ilustre *novel* ministro da Suprema Corte brasileira, verifica-se que o marco histórico considera a travessia de um Estado autoritário e intolerante para um Estado Democrático de Direito, assim como se deu em 1988 com a elaboração e promulgação da Constituição. Nesse sentido, no plano teórico, o neoconstitucionalismo encontra e preconiza o reconhecimento de força normativa à Constituição, por meio, principalmente, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional. Nesse panorama, reconhecendo-se, *a priori*, a eficácia e a efetividade constitucional, mediante a análise da clássica teoria da força normativa da constituição (HESSE, 1991), é possível chegar à conclusão de que o seu objetivo primordial é atribuir à norma constitucional o status de norma jurídica, e, portanto, dotada de força normativa. Esse fato, qual seja, o reconhecimento de que as normas previstas nas constituições são normas jurídicas, com caráter vinculante, cujo cumprimento é obrigatório, alterou significativamente o direito constitucional, posto que o seu descumprimento - seja pelo Judiciário, Legislativo ou Executivo - passou a desencadear os mecanismos para cumprimento forçado da norma. Deixou, portanto, a Constituição de ser uma carta de boas intenções direcionada aos Poderes Públicos.

Interessante é reforçar o prolegômeno histórico, nesse sentido, de que, até meados do século XX, na Europa, a Constituição era concebida apenas como um documento político, em que os Poderes Públicos não possuíam nenhum tipo de vinculação a ela no exercício de suas funções, seja legislando, seja administrando ou julgando, de sorte que o Estado agia de acordo

com sua vontade não observando as prescrições da Constituição. Em continuidade e nessa seara de “força” da Constituição, verifica-se o desdobramento singular da expansão da jurisdição constitucional como componente indissociável do fenômeno neoconstitucionalista sob comento, sobretudo e principalmente na América Latina e com especial relevo no Brasil.

Além desses fatores, há que considerar também que o desabrochar de uma nova interpretação constitucional se efetivou porque a Constituição, ao ser dotada de força normativa como já bem referido, não mais poderia ser plenamente realizada em seus desideratos superiores com o modelo clássico de interpretação mediante as tradicionais categorias jurídicas (gramatical, teleológico, histórico e sistemático). Assim é que progride uma nova modalidade de interpretação jurídica (BARROSO, 2008), constituída de uma metodologia e princípios próprios, como o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e, finalmente, o da efetividade. Essa *novel* interpretação constitucional se estabeleceu enquanto garantidora, tanto em relação à norma quanto em relação ao intérprete, de diversas atribuições no bojo do processo interpretativo, assegurando ao juiz não apenas um papel estático/mecânico de encontrar a solução para o caso concreto à luz das possibilidades trazidas pela norma, mas de participar, ativamente, de um processo criativo do Direito, valorando adequadamente os sentidos dados às cláusulas abertas e realizando escolhas dentre as soluções possíveis na melhor lição alexyana (ALEXY, 2008). Evidencia-se, afinal, que à norma, então, foi dado um novo papel consistente em não abarcar mais, necessariamente, no seu relato abstrato, a solução para o caso proposto, e sim de servir como uma parte, como o início da solução, de tal sorte que, em muitas oportunidades senão na maioria delas, a norma acabará por depender dos fatos do caso concreto para que habilmente possa produzir a solução. Ainda nessa linha de ideias, cabe também destacar que, como desenvolvimento dessa referida nova interpretação constitucional, eis que se apresentam para o mundo jurídico-constitucional diferentes categorias, como as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

Assim, o que se tem nos últimos tempos e como consequência dessa transição do texto magno para contornos cada vez mais aplicáveis e efetivos, é uma verdadeira supremacia da Constituição na concretização e realização de Direitos Fundamentais. Diante dessa “constitucionalização” e como um produto natural da referida força normativa da constituição, a nova hermenêutica constitucional parte da premissa de que o intérprete venha a se tornar coparticipante do processo de criação do Direito, completando e aperfeiçoando o trabalho do Estado legislador, efetuando valorações de sentido para cláusulas abertas ou preenchendo conceitos jurídicos indeterminados. Esses contem termos ou expressões de textura aberta, que fornecem um início de significação a ser completado pelo intérprete, o qual precisa observar necessariamente os ideais e os valores contidos na Constituição para a aplicação do Direito e, bem como, para a resolução do problema jurídico.

Em face de todo o exposto, o presente estudo visa a abordar, em apertada síntese, alguns aspectos do neoconstitucionalismo no desabrochar deste novo século XXI sobre o direito, dando-se ênfase principalmente a hermenêutica constitucional e a *novel* interpretação constitucional, de tal sorte que se possa aquilatar a maneira inovadora pela qual as categorias do Direito Constitucional tem se arvorado enquanto luminares para a solução dos ditos *hard cases*, em que as fórmulas clássicas não mais servem frente a um modelo em que, de fato, o



intérprete carece lançar mão dos expedientes referidos para que logre sucesso na perene busca por uma solução que seja constitucionalmente adequada para o problema proposto.

Finalmente, a pesquisa também objetiva verificar, ainda que *en passant*, os desdobramentos do neoconstitucionalismo face à atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), em que alguns exemplos serão elencados na jurisprudência de modo a que se possa constatar se o STF tem agido inspirado nessas novas categorias do Direito Constitucional, surgidas como firme resposta à necessidade dos novos tempos por um modelo garantista de direitos fundamentais significativamente alinhavado na dignidade da pessoa humana.

## DESENVOLVIMENTO



Um dos elementos concebidos como primordial enquanto influência determinante do referido fenômeno do neoconstitucionalismo é que, nele, toda a interpretação é constitucional (CARBONELL, 2005), isso porque daí se depreende a “sobreinterpretação”, algo que dialoga bastante com a “filtragem” constitucional. Tal fato se deveu, consoante o ensino de Eduardo Ribeiro Moreira (2009), à produção da hermenêutica constitucional que obrigou a que o poder posto e suas estruturas viessem a se dobrar diante da matéria constitucional, ocasionando o nascedouro de uma profícua e vanguardista produção jurídico-constitucional que, ao ter sua evolução bem demarcada pelos menos nessas últimas décadas passadas, não se mantém hoje inerte, muito pelo contrário, posto que, como já bem acentuado na presente pesquisa, prossegue expandindo-se na condição de protagonista de um pensamento abalizado e crítico do direito, mormente do direito (neo)constitucional.

Nessa linha de ideias, há que destacar que os princípios tiveram um papel primordial ao manejarem com destreza uma significativa parte dessa transformação, uma vez que, anteriormente, eram apenas uma das fontes subsidiárias, sendo que, na atual conjuntura jurídico-constitucional, são uma das fontes precípua que regem, a bem da verdade, a forma como as leis tomam corpo e interferem nos dados fatos da vida que a princípio se destinaram. Exatamente nessa direção é que o já referido Eduardo Ribeiro Moreira (2005, p. 418) preleciona então que “toda e qualquer norma jurídica – não só as leis, mas a sua concretização, a jurisprudência – deve condicionar-se à sobreinterpretação dos princípios jusfundamentais”. Insta dizer que seria essa uma das matizes fundamentais do movimento contínuo de constitucionalização do direito, pelo que a ideologia tradicional interpretativa tendo o texto magno como premissa não mais pode se coadunar perfeitamente com a interpretação tendo a lei como ponto de partida primordial, deve-se estimular então uma outra forma de se operar essas categorias a partir do ideário constitucional ou neoconstitucional (SANCHIS, 2007).

Considerando essa assertiva, veja-se claramente a nova realidade em que a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade se imiscuem na concreta realização da jurisdição constitucional (REIS, 2006), no que ocupa papel relevante o julgamento da constitucionalidade de uma dada norma e o múnus crucial de interpretação face aos importantíssimos e insofismáveis direitos fundamentais. Tanto isso se afigura verdadeiro que uma decisão

judicial ou mesmo legislativa se encontra pré-regulamentada em uma norma constitucional (BARROSO, 2008). Em tal senso, o desenlace do texto da Constituição enquanto elemento ativo de pré-compreensão, de interpretação, irá se efetivar, diretamente, quando a decisão judicial encontrar fundamento basilar em princípio ou norma claramente expressa no texto magno e a que a decisão referida tenha feito expressa menção, tal situação denota a concretização do texto constitucional.

Em continuidade, cabe ponderar que a interpretação irá se afigurar indireta, inicialmente, se houver um “juízo negativo sempre presente” (MOREIRA, 2005, p. 419), o qual se dá por meio de uma análise em que não são encontradas inconstitucionalidades, isto é, o texto de lei base para uma dada decisão sofreu um juízo negativo de forma satisfatória, posto que ele não foi considerado incompatível com a Constituição. Contudo, ainda, haverá também a referida interpretação indireta quando ocorrer o denominado “juízo finalístico”, que é descerrado em vista do sempre presente comando de que toda e qualquer decisão deva atender, na sua integralidade, ao texto constitucional e, bem como, ser guiado pelos objetivos nele pontuados. Em síntese, é preciso o arremate de Moreira (2005, p. 419) quando bem preceitua que “desses três exercícios de hermenêutica – o direto, o indireto negativo e o indireto finalístico – é que se extrai a inescapável conclusão de que toda interpretação jurídica é antes de tudo uma interpretação constitucional”.

Uma vez feitas essas considerações iniciais, cabe trazer breves reflexões também na mesma direção acerca da interpretação no que tange à metodologia constitucional. Interessante, nesse aspecto, é que a verificada abertura do texto magno solapou de uma só vez as arcaicas ideias atinentes à noção de que apenas sobre aquele texto legal que não fosse claro é que deveria o interprete lançar luz mediante as categorias da interpretação (HESSE, 1992). Assim, na atualidade e como decorrência do elencado fenômeno que encerrou a centralidade da Constituição, não mais existem momentos disparees tal como se previa na hermenêutica clássica, pois o encargo interpretativo acaba por se equivaler ou se equilibrar juntamente à tarefa de aplicação do próprio Direito (GADAMER, 2004). Isso se evidencia diante da firme convicção de que a concretização da norma constitucional (CANOTILHO, 2003), bem antes de ser elencada enquanto uma dita metodologia constitucional (HESSE, 1991), deve ser encarada enquanto fim último do fazer interpretativo exatamente no modo explorado no neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, a abalizada doutrina consigna que as metodologias de interpretação constitucional dever bem aderir, firmemente, à teoria do direito de sorte a que não se verifique incoerências flagrantes entre elas. Daí porque há o entendimento de que são perfeitamente admissíveis métodos diversos incididos sobre um dado caso, sobretudo quando se trata de órgão colegiado (MENDES, 2007). Veja-se o caso do princípio atinente à unidade constitucional face ao ideário da ponderação, em um singelo recorte metodológico na doutrina veja-se que tal princípio seria critério para Humberto Ávila (2005), ou método para Canotilho (2003), ou princípio para Barroso (2008), ou, por fim, regra para Jane Reis (2006), tudo isso concebido com o fim de se solucionar um aparente conflito de normas de natureza constitucional. Essa situação, ou seja, a manutenção estável de metodologias diversas, à luz de uma tradicional interpretação da Constituição, conforme Moreira (2005), não poderia ser harmonizada, já que haveria o apontamento da unidade e da ponderação enquanto realidades antagônicas, o que não encontra respaldo na essência das mesmas (embora fosse uma realidade possível na teoria constitucional face aos limites da efetividade constitucional em um dado momento histórico). Nesse passo, na atual indumentária neoconstitucional, as



ideologias, base da ponderação e da unidade constitucional, apresentam-se e convivem harmonicamente, ainda que diante de um mesmo caso concreto, algo que se revela assaz surpreendente tendo-se em linha de conta o contexto clássico do modelo interpretativo já bem elencado anteriormente.

Á guisa de conclusão do raciocínio esboçado até aqui, cabe trazer um pouco sobre a ampliação da interpretação conforme a Constituição e as três possibilidades de deslinde dela (forma literal, mais de uma hipótese de interpretação e caso concreto), concebidas a partir do neoconstitucionalismo, pelo menos na forma como a doutrina tem trabalhado a questão. O insigne Luis Roberto Barroso (2008) leciona que a interpretação conforme seria, antes de qualquer coisa, mais uma das técnicas vocacionadas para a interpretação constitucional, já que qualquer expediente interpretativo que tenha a Constituição como pressuposto revela o próprio texto magno enquanto fonte última, válida e verdadeira da valoração.

Assim é que, em anuência ao já referenciado anteriormente, dos três significados constantes do neoconstitucionalismo para a interpretação conforme, o inicial seria o significado literal, ou seja, a exata volição da lei interpretada face à Constituição. Não obstante, essa significação tem sido olvidada erroneamente, posto que, mesmo que seja uma das únicas formas de se cotejar ou extrair sentido da norma, isso ainda se trataria de interpretação conforme. Cabe assim referendar pois o entendimento antagônico acabaria por rechaçar o próprio sentido etimológico da expressão residente no fato de que todo dispositivo legal deva passar por uma análise de constitucionalidade ou, ao menos, por um juízo negativo, mesmo indireto (MOREIRA, 2005). Esse sentido sob comento é em muitas oportunidades ignorado ou não percebido por sua sutileza, porém ainda assim é interpretação conforme a Constituição.

O segundo sentido da interpretação conforme tem lugar quando o intérprete se vê diante de diversas possibilidades de interpretação, ao que caberá ao tribunal competente eleger aquela que seria a constitucionalmente adequada para o dado caso concreto. Assim o tribunal acaba agindo imbuído da vontade de fixar a orientação constitucional e, concomitantemente a isso, manter a incidência da norma legal, expediente esse que, inclusive, vem sendo ao longo dos anos muito usado pelo Supremo Tribunal Federal no caso brasileiro. Afinal, o terceiro e último sentido que o neoconstitucionalismo influenciou na interpretação conforme apenas pode ser verificado à luz do caso concreto, em que, por força de uma situação extraordinariamente *post factum* (não prevista), as consequências e efeitos da regra acabam por ser extirpados. Tal situação é o que Eduardo Moreira chama de “derrotabilidade da norma-regra” (2005, p. 424). Veja-se que isso pode ser concebido como um significativo avanço trazido no seio do neoconstitucionalismo, uma vez que são afastadas as exceções ao raciocínio ponderativo, ainda mais se houver uma convicção no sentido de que as regras se resolveriam mediante a ponderação. É nesse sentido então que a derrotabilidade ou terceiro sentido da interpretação conforme o magno texto acaba por endossar e dar manutenção ao perfeito funcionamento do neoconstitucionalismo.

Isso posto, a partir da breve síntese realizada anteriormente no que se refere ao arcabouço teórico revelado na nova interpretação constitucional como parte dos influxos do neoconstitucionalismo, cabe então constatar alguns exemplos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Logo de início, veja-se o caso do recurso extraordinário 271.286/2000, em que o STF passou a reconhecer o papel de um município do Estado do Rio Grande do Sul, em solidariedade com o referido Estado, em fornecer obrigatoriamente remédios indispensáveis para o tratamento da Aids naqueles casos de pessoas carentes e soropositivas. Em tal caso, o

Tribunal consignou que o direito a saúde seria uma consequência constitucional inseparável do direito à vida, de sorte que o Poder Público, em qualquer esfera institucional da federação, não pode ser indiferente ao problema de saúde pública sob pena de isso ser considerado grave omissão. Ainda nessa linha, no agravo de instrumento 468.961-3, julgado pela corte no ano de 2004, consignou a posição do STF no sentido de, havendo motivo justificável e de significativa importância, o Judiciário adotar uma postura mais proativa na defesa e concretização de direitos fundamentais, o que ocorreu também de forma semelhante no caso da ADI/2.010-2. Nesses três casos citados, veja-se como a corte adota a postura de centralidade do texto magno e da dignidade da pessoa humana ao destacar à normatividade da Constituição no que tange ao direito à saúde (MAIA, 2009).

Em continuidade, destacam-se também, sobretudo nos últimos anos, em vários casos paradigmáticos, como a discussão acerca do aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54), a possibilidade de pesquisa em células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF) e a união estável homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132), como o STF incorporou as contribuições neoconstitucionalistas em suas decisões utilizando, muitas vezes e com especial relevo, as metodologias constitucionais mediante um novo uso mais combativo da interpretação conforme a Constituição.

## CONCLUSÃO



O direito e suas categorias e institutos, de uma forma global, passam, na atual conjuntura, por um momento histórico bem delineado de revisão de dogmas, em que conceitos e valores antigos não foram de todo abandonados, porém, sofreram intensamente um giro hermenêutico crucial com a instituição do Estado Democrático de Direito face às novas ideologias e valores com ele trazidos, o que reputa como absolutamente indispensável a que novas categorias jurídicas, especialmente do Direito Constitucional, sejam revistas e reinterpretadas de forma a que assumam novas e bem determinadas funções no contexto teórico do pós-positivismo e, com especial relevo, do neoconstitucionalismo.

Nessa direção, o que se tentou demonstrar com o singelo estudo em tela, foi a forma inédita e definitiva pela qual o neoconstitucionalismo passou a influenciar as tradicionais categorias do Direito Constitucional, principalmente quanto à hermenêutica e à nova interpretação, ocasionando uma verdadeira revolução na técnica e nas terminologias tradicionais das categorias operativo-jurídicas dessa ramificação do direito, de sorte que tal ramo nunca mais será o mesmo, posto que, de uma forma definitiva e perene, a Constituição passou a ocupar lugar de honra no centro do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, nessa linha de ideias, com relação ao Supremo Tribunal Federal, foi possível ponderar a tendência da Corte Guardiã da Constituição em incorporar em suas decisões os desenvolvimentos jurídico-filosóficos que endossam a teoria constitucional neoconstitucionalista, o que se clarifica em uma atuação bem mais incisiva do STF na efetivação/concretização dos direitos fundamentais e na percepção e assunção do seu próprio papel enquanto Corte Constitucional.



Portanto, ficou bastante evidenciado, nessa pesquisa que ora se propõe, que o neoconstitucionalismo apresenta-se como a teoria de direito mais adequada ao novo momento pelo qual o Brasil atravessa em suas mais diversas idiossincrasias que lhe são inerentes à conformação dos problemas nacionais. Nisso a hermenêutica e a interpretação constitucional devem ser manejadas pelo intérprete consoante a nova ótica dos “filtros” constitucionais bem apresentada, em que a metodologia constitucional exerce seu papel aliada a ampliação dos sentidos comuns e da extensão da realização das categorias da interpretação conforme a Constituição, em um alinhamento bastante firme e definitivo, sempre sob o pálio do mantra fundante trazido no bojo do neoconstitucionalismo: o de que toda interpretação revela-se, antes de tudo, como interpretação constitucional.

## REFERÊNCIAS



- ALEXY Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. trad. Flávio Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MAIA, Mario Sérgio Falcão. **A recepção da teoria neoconstitucionalista pelo supremo tribunal federal brasileiro**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, Erechim, Instituto Estudos Direito e Cidadania, nº 5, outubro 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação**. In: QUARESMA, OLIVEIRA (Org.) [et al.]. **Neoconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.



REIS, Jane. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANCHES, Luis Prieto. **El constitucionalismo de los derechos**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta. 2007

**Formato** 210 x 297 mm

**Mancha** 158 x 252 mm

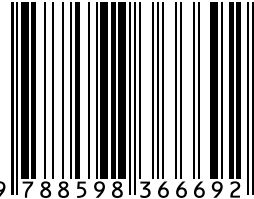
**Tipografia** **Avenir LT Std 11 / 12 / 13**  
ITC Berkeley Oldstyle Std 11

[www.unifieo.br](http://www.unifieo.br)  
[edifieo@unifieo.br](mailto:edifieo@unifieo.br)

**CENTRO UNIFIEO**  
UNIVERSITÁRIO FIEO



ISBN 978-85-98366-69-2



9 788598 366692