

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF
VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO-PGDireito
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTEXTO
BRASILEIRO: UM ESTUDO ENTRE A ATUALIZAÇÃO DO
SENTIDO DA NORMA E A SEGURANÇA JURÍDICA NO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

DÉLCIA TERESINHA VENTURINI

Passo Fundo, maio de 2022.

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF
VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO-PGDireito
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTEXTO
BRASILEIRO: UM ESTUDO ENTRE A ATUALIZAÇÃO DO
SENTIDO DA NORMA E A SEGURANÇA JURÍDICA NO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

DÉLCIA TERESINHA VENTURINI

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF,
como requisito parcial à obtenção do título de Mestre
em Direito.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Passo Fundo, maio de 2022.

V469m Venturini, Délcia Teresinha

A mutação constitucional no contexto brasileiro [recurso eletrônico]: um estudo entre a atualização do sentido da norma e a segurança jurídica no constitucionalismo contemporâneo / Délcia Teresinha Venturini. – 2022.

1.4 MB ; PDF.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Leite Garcia.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Passo Fundo, 2022.

1. Direito Constitucional – Brasil. 2. Segurança jurídica. 3. Estado de direito. 4. Democracia. I. Garcia, Marcos Leite, orientador. II. Título.

CDU: 342.7

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

**“A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTEXTO
BRASILEIRO: UM ESTUDO ENTRE A ATUALIZAÇÃO
DO SENTIDO DA NORMA E A SEGURANÇA
JURÍDICA NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO.”**

Elaborada por

DÉLCIA TERESINHA VENTURINI

Como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em
Direito.

Aprovada em: 11/04/2022

Pela Comissão Examinadora

Dr. Marcos Leite Garcia

Presidente da Comissão Examinadora
Orientador

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Coordenador PPGDireito

Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo

Membro interno

Me. Edmar Viane Marques Daudt

Diretor Faculdade de Direito

Dra. Cleide Calgaro

Membro externo

Dr. Newton Cesar Pilau

Membro externo



AGRADECIMENTOS

*Agradeço à força superior que move minhas conquistas;
à família e aos amigos, pelo incentivo e colaboração.*

*Agradeço, também, ao meu orientador professor Marcos Leite Garcia,
e aos professores Liton Pilau Sobrinho e Roberto Viciano Pastor,
pelo auxílio e aprendizado acadêmico.*

EPIGRAFE

*“Nada do que foi será, de novo do jeito que já foi um dia...
tudo muda, o tempo todo, no mundo...”*

(Lulu Santos)

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade quanto ao mesmo.

Passo Fundo, maio de 2022.

Décia Teresinha Venturini
Mestranda

ROL DE CATEGORIAS

Concretização da Norma Constitucional: é o processo de densificação de regras e princípios constitucionais, que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta (norma jurídica). A concretização ocorre com a descoberta da norma de decisão, para a solução dos casos jurídico-constitucionais. É um trabalho técnico-jurídico, o lado técnico do procedimento estruturante da normatividade; e vai além da interpretação, figurando como a construção de uma norma jurídica.¹

Constitucionalismo Contemporâneo: movimento filosófico-jurídico, que surge a partir da segunda metade do século XX. Ele redimensiona a práxis político-jurídica, no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito. E no plano da Teoria do Direito, com a reformulação das teorias das fontes, da norma, da interpretação e da decisão, buscando limitar o exercício do poder, a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.²

Constitucionalismo Democrático: conceito que se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais, entre governo de maioria e vida digna, com liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. A democracia dá alma ao Estado constitucional de direito, é mais do que governo da maioria, mas sim governo para todos, que inclui não apenas as maiorias, mas também os grupos de menor expressão política³.

Efeitos Modulatórios Temporais: a fixação dos efeitos da decisão judicial destina-se a adequá-los às situações de vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez. Destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1185.

² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 39.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 42.

ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.⁴

Estado Constitucional Democrático: é aquele que conta com uma Constituição de origem democrática e que limita o poder do Estado pelos direitos fundamentais e pela vontade popular. A Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico⁵. Ela determina o conteúdo da lei, o acesso e o exercício da autoridade e a estrutura de poder. A Constituição é material, orgânica e procedimental, conjugando o Estado como estrutura, direitos como fim, e democracia como meio⁶.

Estado Democrático de Direito: ideia que desenvolve um novo conteúdo transformador da sociedade, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito. É um conceito que ultrapassa o aspecto material da concretização de uma vida digna ao homem, e passa a agir como fomentador da participação pública, no processo de construção e reconstrução das próprias relações sociais, por meio da democracia.⁷

Hermenêutica Constitucional: fornece os subsídios da interpretação; é o conjunto de princípios que regulam e orientam a interpretação das normas jurídicas, por meio de normas técnicas apropriadas para o trabalho do intérprete. É “*conditio sine qua non*” para o entendimento da norma jurídica⁸.

Interpretação Conforme a Constituição: técnica de interpretação, no controle de constitucionalidade, que defende a exclusão de interpretações inconstitucionais da norma impugnada e a sua redução ao único significado conforme a Constituição.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1996. Apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 543.

⁵ VICIANO PASTOR, Roberto; MARTINEZ DALMAU, Ruben. **A Constituição democrática:** entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. In Revista Brasileira de Políticas Públicas UNICEUB, Brasília, v. 9, n. 2, p. 333-349, 2019, p. 342. Disponível em: < <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/6079/pdf> >. Acesso em 25.08.21.

⁶ SANTAMARIA, Ramiro Ávila. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado e el Derecho em la Constitución de 2008*. Quito: Universidade Andina Simón Bolívar, 2011, p. 111-112.

⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria do estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 75.

⁸ VALDÉS, Jorge A. Tapia. *Hermenêutica constitucional: la interpretación de la Constitución em Sudamérica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1973, p. 15 Apud VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 27.

Depois da identificação dos vários sentidos, faz-se uso de uma interpretação restritiva ou de redução teológica, que diminui o âmbito de incidência da norma.⁹

Interpretação Constitucional: é o ato de explicar o sentido, é revelar o significado. É o direito vivo, que extrai do enunciado, do texto, a norma jurídica implícita e capta o sentido e os significados das realidades jurídicas¹⁰. A “disposição, preceito, enunciado linguístico” é o objeto de interpretação; e a “norma”, é o produto da interpretação¹¹.

Interpretação Evolutiva: Objetiva adequar a Constituição às mudanças históricas, políticas e sociais, que não estavam presentes na mente dos constituintes, e mantê-la viva, sem modificar seus termos literais.

Judicialização das Relações Sociais: a judicialização das relações sociais é um fenômeno relativamente recente, decorrente do fato da Constituição de 1988 ter dado ao Poder Judiciário um papel proeminente, na consolidação da democracia e na concretização dos direitos fundamentais, inclusive mediante instrumentos processuais específicos. Na judicialização, algumas questões de larga repercussão política e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, transferindo poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.¹²

Jurisdição Constitucional: no Estado Democrático de Direito há a configuração de que o governo respeita a um só tempo a soberania popular, expressa pela regra da maioria, e os princípios consagrados na Constituição. Cabe à jurisdição constitucional realizar tal projeto, atuando como árbitro do jogo democrático e tendo como objetivo assegurar, contra eventuais maiorias, a pauta de direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas. Embora a jurisdição

⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p. 208-209.

¹⁰ VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 31.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 47 Apud VIEITO. **Da hermenêutica constitucional**. p.31.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Fortaleza, v. 5, nº 8, jan./dez, 2009, p. 12. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> >. Acesso em 08.03.21.

constitucional se apresente como uma instância de poder contramajoritário, situada no limite entre o jurídico e o político, sua missão será a de intervir a favor (e não contra) a democracia¹³. O ponto central da jurisdição constitucional é a fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos¹⁴.

Legitimidade Democrática da Corte Suprema: o Supremo Tribunal Federal, no constitucionalismo democrático brasileiro, possui legitimidade democrática pela representação argumentativa. A legitimidade política não decorre apenas da representação por via eleitoral, que autoriza os parlamentares a tomarem decisões em nome do povo. Ao lado dos conceitos de eleições e do princípio majoritário, a ideia de democracia deliberativa exige um outro componente: a representação argumentativa ou discursiva.¹⁵

Mutação Constitucional: fenômeno pelo qual é alterado o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional, sem violar a sua letra e o seu espírito. A mudança constitucional informal não contraria a Constituição. O sentido que é atribuído ao texto deve ser acolhido pela Carta Magna, direta ou indiretamente.¹⁶

Neoconstitucionalismo: movimento que identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, que tem como marco filosófico, o pós-positivismo; como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito do pós-segunda guerra mundial, e no Brasil, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988. E como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, com reconhecimento da força normativa à Constituição, inclusive dos princípios; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹⁷

Novo Constitucionalismo: reivindica o conceito de soberania popular e sua

¹³ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira:** legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rev. Amp. Atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014, p. 09-10.

¹⁴ SAMPAIO. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** p. 181.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** p. 254.

¹⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição:** mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Osasco: Edifeo, 2015, p. 10.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto:** o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 28. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf> >. Acesso em 08.03.21.

identificação com o poder constituinte; incorpora mecanismos de fortalecimento da legitimidade democrática do poder constituído; busca mecanismos de materialização e efetividade da Constituição; defende o desaparecimento definitivo do poder constituinte constituído ou derivado, pela não delegação do poder constituinte democrático.¹⁸

Pós-positivismo Jurídico: ambiente filosófico que acolheu o novo direito constitucional, trazendo como principais mudanças de paradigmas o reconhecimento da força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.¹⁹

Prospective Overruling: trata-se da anulação prospectiva, com efeitos *ex-nunc*, nas decisões que envolvam mudanças de interpretação consolidada de dispositivos constitucionais.²⁰

Segurança Jurídica: a segurança jurídica está ligada à sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar a estabilidade dos direitos subjetivos. Ela consiste no conjunto de condições, que tornam possível às pessoas, o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm, que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.²¹

Sentenças Normativas: são os pronunciamentos judiciais, que importam a criação de norma jurídica de caráter geral e vinculante. São elas: as sentenças interpretativas ou de interpretação conforme à Constituição; as sentenças aditivas; as aditivas de princípios; e as substitutivas.²²

¹⁸ VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU. **A Constituição democrática**. p. 342-343.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**. p. 42.

²⁰ GOMES, Rodolfo Perini. **Superação prospectiva (*prospective overruling*) como regra:** (in) segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. p. In: Revista de Doutrina e Jurisprudência. v. 55. Brasília. Jul/Dez 2019. p. 28-45. Disponível em: < <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/download/535/97/2079> >. Acesso em 08.02.22.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1994, p. 378.

²² SAMPAIO. José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. p. 207-208.

SUMÁRIO

RESUMO	p.13
ABSTRACT	p.14
INTRODUÇÃO	p.15
1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO	p.19
1.1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	p.19
1.2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, INTEGRIDADE, HERMENÊUTICA CONSTRUTIVA E FILOSOFIA DA LINGUAGEM.....	p.31
1.3 PRAGMATISMO JURÍDICO, AUTOCONTENÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL.....	p.44
2 DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONCRETIZAÇÃO DA NORMA	p.55
2.1 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	p.55
2.2 HERMENÊUTICA, JUSTIFICAÇÃO E RACIOCÍNIO JURÍDICO.....	p.65
2.3 INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DA NORMA.....	p.75
3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA	p.86
3.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL.....	p.86
3.2 SEGURANÇA JURÍDICA: ENTRE O MOVIMENTO E A ESTABILIDADE.....	p.96
3.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES SOCIAIS.....	p.105
CONSIDERAÇÕES FINAIS	p.116
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	p.123

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa “Jurisdição Constitucional e Democracia” na área de concentração “Novos Paradigmas do Direito” do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. O objetivo investigatório é estudar se a mutação constitucional, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da interpretação judicial, em mecanismos de jurisdição constitucional, acarreta insegurança jurídica às relações sociais ao atribuir novo sentido ao texto da norma. O tema foi delimitado ao contexto brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, adotando-se como marco teórico, algumas teorias da interpretação normativa. No desenvolvimento da pesquisa, primeiro buscou-se abordar as principais ideias filosóficas do Constitucionalismo Contemporâneo, cotejando-as com o Estado Democrático de Direito e o fenômeno da Judicialização do Direito. São apresentadas algumas noções gerais sobre a teoria da argumentação jurídica; da hermenêutica construtivista do Direito pela integridade; da filosofia da linguagem; do pragmatismo jurídico; e dos fenômenos da autocontenção e do ativismo judicial. No segundo capítulo, são examinadas questões relacionadas à necessidade de harmonização da democracia, jurisdição constitucional e da concretização da norma jurídica. O Constitucionalismo Contemporâneo busca conciliar a preservação dos valores fundamentais da democracia, com a evolução histórica da própria compreensão desses valores. A perspectiva pós-positivista influencia a formação de uma moderna interpretação constitucional mais contemporânea. São estudados, ainda, alguns pontos do processo de criação da norma jurídica e da sua concretização. No terceiro capítulo, é investigado o fenômeno da mutação constitucional, por interpretação judicial, e a sua relação com o princípio da segurança jurídica nas relações sociais. A atividade normativa dos juízes deve observar critérios argumentativos, a justificar seu raciocínio jurídico e o novo sentido atribuído ao texto constitucional. Deve, ainda, observar a modulação temporal de suas decisões mutativas, em prestígio à proteção da confiança.

Palavras-chave: Mutação constitucional, Segurança jurídica, Constitucionalismo, Democracia e Interpretação.

ABSTRACT

This dissertation is part of the research line “*Constitutional Jurisdiction and Democracy*” in the area of concentration “*New Paradigms of Law*” of the Master's Course in Law at the University of Passo Fundo - UPF. The investigative objective is to study whether the constitutional mutation, carried out by the Federal Supreme Court, through judicial interpretation, in mechanisms of constitutional jurisdiction, causes legal uncertainty to social relations by assigning new meaning to the text of the norm. The theme was delimited to the Brazilian context, from the Federal Constitution of 1988, adopting as a theoretical framework, some theories of normative interpretation. In the development of the research, we first sought to address the main philosophical ideas of Contemporary Constitutionalism, comparing them with the Democratic State of Law and the phenomenon of Judicialization of Law. Some general notions about the theory of legal argumentation are presented; from the constructivist hermeneutics of Law for integrity; the philosophy of language; of legal pragmatism; and the phenomena of self-restraint and judicial activism. In the second chapter, issues related to the need for harmonization of democracy, constitutional jurisdiction and the implementation of the legal norm are examined. Contemporary Constitutionalism seeks to reconcile the preservation of the fundamental values of democracy with the historical evolution of the understanding of these values. The post-positivist perspective influences the formation of a more contemporary modern constitutional interpretation. Some points of the process of creation of the legal norm and of its implementation are also studied. In the third chapter, the phenomenon of constitutional mutation is investigated, by judicial interpretation, and its relationship with the principle of legal certainty in social relations. The normative activity of judges must observe argumentative criteria, to justify their legal reasoning and the new meaning attributed to the constitutional text. It must also observe the temporal modulation of its mutative decisions, in prestige to the protection of trust.

Keywords: Constitucional mutation, Legal certainty, Constitucionalism, Democracy and Interpretation.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação de Mestrado está inserida na linha de pesquisa “Jurisdição Constitucional e Democracia”, do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF, harmonizando-se com sua área de concentração, uma vez que, estuda, analisa e critica, reflexivamente, os Novos Paradigmas do Direito. O objetivo institucional é a obtenção do Título de Mestre em Direito, pelo Curso de Mestrado em Direito.

O objetivo investigatório desse texto científico consiste em estudar se a mutação constitucional, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, acarreta insegurança jurídica às relações sociais, ao atribuir novo sentido ao texto da norma.

O tema da pesquisa é a mutação constitucional, como processo informal de modificação do sentido do texto da norma, pelo Supremo Tribunal Federal, no Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro. Foram adotados como objetivos específicos: analisar o constitucionalismo contemporâneo e a judicialização do direito no Brasil; examinar a interpretação e o processo de criação da norma jurídica no controle de constitucionalidade; e investigar o fenômeno da mutação constitucional, e sua relação com o princípio da segurança jurídica nas relações sociais.

No chamado Constitucionalismo Contemporâneo, decisões de controle de constitucionalidade têm sido proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, para atribuir sentido ao texto normativo, através da interpretação constitucional. Esse fenômeno está no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal, por meio de mecanismos de Jurisdição Constitucional. Delimitou-se o campo de observação ao papel que a mutação pode desempenhar na modificação da Constituição Brasileira, estabelecendo uma análise entre a atualização do sentido do texto da norma e a segurança jurídica. Para tanto, formulou-se o seguinte problema a ser investigado: “a alteração judicial do sentido do texto da norma, por meio da mutação constitucional, pode trazer insegurança jurídica às relações sociais?”

Para responder a essa questão, foram especificadas duas hipóteses. A primeira suposição é a de que a mutação constitucional sintetiza dois pontos do constitucionalismo democrático: o movimento e a estabilização. Assim, diante da evolução da realidade social ao longo do tempo e como forma de manter viva a

Constituição Federal, a alteração do sentido do texto da norma, quando reflete efetivamente uma modificação da realidade social, não afeta a segurança jurídica. E, na segunda, considerou-se que a promoção de transformações interpretativas, com alteração do sentido do texto da norma constitucional, sem observar um equilíbrio na dinâmica evolutiva da sociedade, traz instabilidade nas relações sociais.

Como justificativa da pesquisa, destaca-se a conjuntura jurídico-política, que tem conduzido a um certo protagonismo judicial. Com efeito, a Suprema Corte Brasileira tem sido provocada a atribuir a última palavra, nos processos políticos de criação das normas, nos mais variados temas. Ela atribui sentido ao texto normativo por meio da interpretação constitucional, inclusive com repercussão geral, efeito vinculante e eficácia “*erga omnes*”.

Muito provavelmente por influência do Constitucionalismo Contemporâneo e das ideias do chamado Pós-positivismo Jurídico, a partir da segunda metade do século XX (e no Brasil, desde a redemocratização, com a Constituição Federal de 1988), percebe-se que a Jurisdição Constitucional tem evoluído para além da mera condição clássica de legislador negativo. Ou seja, como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem sido demandado a criar normas, por meio de técnicas de interpretação constitucional.

Nesse contexto, está inserido o fenômeno da mutação constitucional, como processo informal de modificação e atualização do sentido do texto normativo. A mutação constitucional pode decorrer da interpretação e construção judicial; dos usos e costumes; das complementações legislativas; das práticas governamentais. Não obstante, aqui ela será abordada apenas quando decorrente de uma interpretação judicial do texto constitucional em relação às novas realidades sociais.

A mutação se processa de forma lenta e só se torna claramente perceptível, quando o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais puder ser comparado, em momentos diferentes, em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas. Em contraponto, há que se avaliar se as modificações no sentido do texto constitucional acarretam infração à segurança jurídica nas relações humanas e na estabilidade dos direitos subjetivos.

Quanto à estrutura, o texto foi dividido em três seções sequenciais. O primeiro capítulo está dedicado ao Constitucionalismo Contemporâneo e a Judicialização do

Direito. Na primeira parte dessa seção, é fornecida uma análise das principais teorias sobre a evolução do Estado de Direito até o Estado Democrático de Direito, contemplando noções sobre Constitucionalismo Democrático, Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo, Novo Constitucionalismo e Estado Constitucional Democrático. Depois, são destacados alguns pensamentos filosóficos tidos como pertencentes ao pós-positivismo jurídico, com ênfase nos paradigmas da argumentação jurídica, integridade, hermenêutica construtiva, filosofia da linguagem, e pragmatismo jurídico, desenvolvidos nas teorias de Alexy, Dworkin, Streck e Posner, sob a perspectiva de Orlando Luiz Zanon Junior, na sua tese de doutorado denominada “Teoria Complexa do Direito”. Por fim, são abordadas questões relacionadas à autocontenção e ao ativismo judicial.

O segundo capítulo, por sua vez, dedica-se ao estudo da Democracia, Jurisdição Constitucional e Concretização da norma. No início, é abordada a Democracia e a Jurisdição Constitucional, sob o prisma de que o Estado Democrático de Direito e o Constitucionalismo proporcionaram uma nova configuração das esferas de tensão entre os Poderes do Estado, reforçando o caráter hermenêutico do direito, também como elemento transformador da realidade. A seguir, são estudadas a Hermenêutica, a Justificação Racional e outras teorias normativas contemporâneas de interpretação, em grande parte a partir do trabalho de Carla Faralli na sua obra “Filosofia Contemporânea do Direito”. São destacadas algumas ideias de Aarnio, Peczenick, MacCormick, Wroblewski, Tarello e Guastini. Ao final, desenvolvem-se temas da Interpretação, Aplicação e Concretização da Norma. Nesse item, são examinados alguns pontos da interpretação judicial, do processo de criação da norma jurídica, em especial sob a ótica de Miguel Reale e Friedrich Muller.

O terceiro e último capítulo, trata da Mutação Constitucional e da Segurança Jurídica. Na parte inicial, é investigada a Mutação Constitucional por meio da Interpretação Judicial, apontando seus principais limites e características. A mutação constitucional trata da incongruência que existe entre as normas constitucionais e a nova realidade social. Depois, é abordada a Segurança Jurídica, entre o Movimento e a Estabilidade. Com efeito, nos tempos atuais, o grande desafio é equilibrar a convivência política, para manter um movimento harmônico e coerente entre o

impulso social e a estabilidade nas relações humanas. Para isso, é necessária certa continuidade no tempo, conferindo às pessoas algum conhecimento e previsibilidade em sua vida cotidiana; e, ao mesmo tempo, contemplar o componente inovador das novas realidades humanas e sociais. E, por fim, são elencados alguns pontos para a preservação da Segurança nas Relações Sociais, diante de decisões judiciais com base na mutação constitucional. Essa adaptação envolve questões de transição para a nova interpretação normativa. Ou seja, além dos limites materiais para a mutação, é preciso atentar para os efeitos modulatórios temporais nas decisões judiciais; ou aplicar o chamado *prospective overruling* (anulação prospectiva), em casos de mutações que não envolvam, necessariamente, a fiscalização da constitucionalidade de atos normativos, mas sim mudanças de interpretação de dispositivos constitucionais.

Nas considerações finais estão as conclusões acerca da investigação científica em tela, resumindo os principais pontos da pesquisa, com reflexões sobre a mutação constitucional por meio da interpretação judicial, e alguns mecanismos identificados, que permitiram oferecer respostas ao problema formulado.

Em relação à metodologia, foi utilizado o método indutivo na investigação e no texto final; e o método monográfico na fase de tratamento de dados. Nas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas: do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.²³

As categorias principais e seus conceitos operacionais são apresentados em glossário prévio ao desenvolvimento da pesquisa.

Oportuno informar que, optou-se por evitar citações diretas, privilegiando a paráfrase em citações indiretas, que sintetizam a ideia dos autores pesquisados, mediante indicação da referência ao final de cada parágrafo; e da fonte, por nota de rodapé a cada página. O objetivo dessa forma de redação é ampliar a coerência estrutural, permitindo uma leitura clara e ajustada do texto.

²³ PASOLD, César Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 85-109.

CAPÍTULO 1

O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO

Neste primeiro capítulo serão abordadas algumas das principais ideias filosóficas do Constitucionalismo Contemporâneo, cotejando-as com um resgate histórico que vai do Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito. No âmbito do Pós-positivismo jurídico são apresentados alguns pensamentos, com noções gerais da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, da Hermenêutica Construtivista pela Integridade de Dworkin, da Filosofia da Linguagem de Streck; e do Pragmatismo Jurídico de Posner. Além disso, expõe-se a Expansão Judicial, pela adoção do binômio supremacia constitucional e jurisdição ativa, em que são analisadas as figuras da Autocontenção e do Ativismo judicial, juntamente com o fenômeno da Judicialização do Direito.

1.1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Segundo Miguel Carbonell, o Constitucionalismo Contemporâneo vem definindo suas características nos últimos cinquenta anos, sobretudo a partir do final da segunda guerra mundial. Desde então, o constitucionalismo não tem permanecido de modo estático, mas segue evoluindo em muitos sentidos.²⁴

Para o estudo do fenômeno da mutação constitucional no Constitucionalismo Contemporâneo, importante contextualizar a evolução do Estado do Direito, bem como alguns dos paradigmas que passaram a caracterizar as ideias do pós-positivismo jurídico.

Para Streck e Morais, o Estado de Direito surge como aquele que, nas suas relações com os indivíduos, submete-se a um regime de direito. Ou seja, a atividade estatal somente pode se desenvolver, utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, e os indivíduos têm a seu dispor, mecanismos

²⁴ CARBONELL, Miguel. *Nuevos tempos para el constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 09.

jurídicos aptos para os salvaguardar de uma ação abusiva do Estado. A ideia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a autoridade pública, e está embasada na autolimitação do Estado pelo Direito. E nos tempos mais atuais, o Estado de Direito não tem sido considerado apenas um dispositivo técnico de limitação de poder, resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas; mas, também, uma concepção de fundo, acerca das liberdades públicas, da democracia, e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica.²⁵

Ao longo de sua evolução histórica, o Estado de Direito pode ser caracterizado como liberal, social, e democrático, conforme o seu conteúdo ideológico. O conceito de Estado Liberal de Direito está aliado ao conteúdo próprio do ideário que prima pelo princípio da legalidade, pela submissão da soberania estatal à lei e divisão de poderes ou funções, com a nota central da garantia dos direitos individuais.²⁶

Para esses autores, são características desse tipo de Estado de Direito: a) a separação entre Estado e sociedade civil, mediada pelo Direito, visto como ideal de justiça; b) a garantia das liberdades individuais, em que os direitos do homem aparecem como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado; c) a democracia vinculada aos ideais da soberania da nação, inspirados pela Revolução Francesa, com aceitação da origem consensual do Estado, da ideia de representação, e depois, por mecanismos de democracia semidireta, tais como plebiscito e referendun, e ainda, pela imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade; e d) o Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como um Estado mínimo, que assegura a liberdade de atuação dos indivíduos. Em síntese, há a unificação do conteúdo político do liberalismo, sustentado nas diversas formas de positivismo jurídico, funcionando como uma limitação jurídico-legal negativa, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado.²⁷

²⁵ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 71-72.

²⁶ STRECK; MORAIS. **Ciência política & teoria do estado**. p. 72-74.

²⁷ STRECK; MORAIS. **Ciência política & teoria do estado**. p. 72-74.

No Estado Social de Direito, por sua vez, a adjetivação do social pretende a correção do individualismo liberal por meio de garantias coletivas. Ele procura corrigir o liberalismo clássico através da reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista do pós-Segunda Guerra Mundial. Nesse modelo, o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público, e elas não podem colidir com os preceitos sociais estabelecidos pela Constituição. Há uma espécie de ressignificação da lei, que é o seu mecanismo básico de atuação.²⁸

O Estado Democrático de Direito desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito. O conteúdo da legalidade assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, com intervenções que impliquem, diretamente, alteração na situação da comunidade. Trata-se de um conteúdo transformador da realidade, que ultrapassa o aspecto material da concretização de uma vida digna ao homem; e passa a agir, simbolicamente, como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade. Ele se apropria do caráter incerto da democracia, para veicular uma perspectiva de futuro, voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.²⁹

Ainda segundo Streck e Morais, são princípios do Estado Democrático de Direito: a) a constitucionalidade, na qual a Constituição funciona como instrumento básico de garantia jurídica; b) a organização democrática da sociedade; c) um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, no qual os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, e o Estado respeita a dignidade da pessoa humana e se empenha na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; d) justiça social, como mecanismo corretivo das desigualdades; e) igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; f) divisão de poderes ou de funções; g) legalidade, que aparece como medida do direito, através de um meio de ordenação racional, prescritivo e vinculativo, de

²⁸ STRECK; MORAIS. *Ciência política & teoria do estado*. p. 74-75.

²⁹ STRECK; MORAIS. *Ciência política & teoria do estado*. p. 75.

regras, formas e procedimentos, que excluem o arbítrio e a prepotência; h) segurança e certeza jurídicas.³⁰

O Estado Democrático de Direito tem como objetivo a igualdade, motivo pelo qual não basta mais a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, incorporando um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade, com uma constante reestruturação das próprias relações sociais. A ação não está mais atrelada somente à sanção ou à promoção, mas também à transformação das relações comunitárias, cujo ator principal passa a ser as coletividades difusas, a partir da compreensão da partilha comum de destinos. Há um projeto solidário, com caráter comunitário.³¹

A Constituição é colocada no ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação, que, como tal, é aceita como poder legítimo. Os textos constitucionais diretivos e compromissórios, contemplam as condições para a transformação da realidade. Especialmente no Brasil há uma identificação entre o constitucionalismo do segundo pós-guerra e o paradigma do Estado Democrático de Direito. Os princípios fundamentais da Constituição Brasileira de 1988 consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos. Há uma transmutação da sanção em promoção, constituindo realidades novas que se impõem. O caráter democrático implica uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado de Direito, e do caráter da regra jurídica, que deixa de ser um preceito genérico e abstrato, para se transformar numa regulação tendente à particularização. O Estado de Direito passa a ser percebido, a partir da adesão a um conjunto de princípios, que se beneficiarão de uma consagração jurídica explícita. Esses princípios serão providos de mecanismos garantidores apropriados, fazendo com que a concepção formal fique submetida a uma concepção material ou substancial, que a engloba e ultrapassa, tornando a hierarquia das normas um dos componentes do Estado de Direito substancial.³²

Ramiro Ávila Santamaria observa que, no chamado Estado Constitucional, a Constituição determina o conteúdo da lei, o acesso e o exercício da autoridade e a

³⁰ STRECK; MORAIS. **Ciência política & teoria do estado**. p. 75-77.

³¹ STRECK; MORAIS. **Ciência política & teoria do estado**. p. 79-80.

³² STRECK; MORAIS. **Ciência política & teoria do estado**. p. 80-81.

estrutura de poder. A Constituição é material, orgânica e procedimental. Ela é material, porque tem direitos que serão protegidos com particular importância, que serão os fins do Estado; orgânica, porque determina os órgãos que formam parte do Estado e que são chamados a garantir os direitos; e procedimental, porque se estabelecem mecanismos de participação, em que os debates públicos sejam informados e regrados, tanto para a tomada de decisões, como para a elaboração de normas jurídicas. Ou seja, no Constitucionalismo conjugam-se Estado como estrutura, Direitos como fim e Democracia como meio. Os direitos das pessoas são, a sua vez, limites do poder e vínculos. Limites, porque nenhum poder pode os violar, ainda que provenha de maiorias parlamentares; e vínculos, porque os poderes dos Estados estão obrigados a efetivar os direitos, o que se procura é a maximização do exercício dos direitos.³³

Além disso, para esse autor, a Constituição é norma jurídica diretamente aplicável por qualquer pessoa, autoridade ou juiz. Ao ser considerada uma norma vinculante, requer uma autoridade competente para sancionar o seu não cumprimento. Essa autoridade é a Corte Constitucional, que tem faculdades para sancionar a inconstitucionalidade dos atos, que emanam do poder público sob qualquer forma: leis e outras normas de caráter geral, atos administrativos, políticas públicas, e autos ou sentenças. Transfere-se do parlamento para os juizes, com competência constitucional, o poder para resolver conflitos entre os órgãos ou por excesso em suas atribuições.³⁴

De acordo com Streck e Morais, a Constituição Federal Brasileira de 1988 insere em seu Preâmbulo, expressamente, que o Brasil é instituído como um Estado Democrático; e enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados, num verdadeiro plano global normativo da sociedade e do Estado brasileiro. Os fundamentos e fins definidos em seus artigos 1º e 3º são os fundamentos e fins da sociedade brasileira.³⁵

Assim, pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito tem sua origem no constitucionalismo, do pós-segunda guerra mundial, como ensina Luís Roberto Barroso. O termo “constitucionalismo” é de uso relativamente recente no vocabulário

³³ SANTAMARIA. *El neoconstitucionalismo transformador*. p. 111-112.

³⁴ SANTAMARIA. *El neoconstitucionalismo transformador*. p. 112.

³⁵ STRECK; MORAIS. *Ciência política & teoria do estado*. p. 82.

político e jurídico do mundo ocidental, e significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei – o Estado de Direito. Todavia, não basta a existência de uma ordem jurídica qualquer. É preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade, bem como adesão voluntária e espontânea de seus destinatários.³⁶

Em um Estado Constitucional, existem três ordens de limitação de poder: a) as limitações materiais, com valores básicos e direitos fundamentais, que devem ser preservados, tais como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação; b) a existência de uma específica estrutura orgânica exigível, com as funções de legislar, administrar e julgar atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente, inclusive dotada de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público; e, c) as limitações processuais, em que os órgãos do poder devem agir com fundamento na lei e, também, observando o devido processo legal, que congrega regras, tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos), como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade).³⁷

A noção de democracia, ressalta Barroso, está ligada à compreensão das ideias de fonte legítima de poder e representação política. A complexa equação, que traz como resultado o Estado Democrático de Direito, somente se completa ao longo do Século XX, quando contempla os conceitos: quem decide (fonte de poder); como decide (procedimento adequado); e o que pode ou não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos de poder).³⁸

Em sentido semelhante, a ideia de Elías Díaz de que o Estado de Direito é a institucionalização jurídica da democracia política. Não há Estado de Direito sem democracia, e nem democracia sem o Estado de Direito. A democracia haverá de ser sempre entendida, como processo aberto no tempo, derivado e fundado nas raízes éticas, da autonomia moral individual e da dignidade do ser humano. O Estado de Direito, nessa empírica e, também, racional vinculação e interrelação

³⁶ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 24-25

³⁷ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 25.

³⁸ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 41-42.

histórica com a democracia, propõe converter o critério de legitimidade em sistema de legalidade (Constituição e Estado Constitucional).³⁹

Assim, em concreto, institucionaliza-se a participação em decisões e resultados, ou seja, garante, protege e realiza - em uma ou outra medida, segundo tempos e espaços, história e lugar -, uns ou outros direitos fundamentais: desde as liberdades cívicas e garantias penais, até as de carácter social, econômico e cultural, para todos os cidadãos, e com especial sensibilidade, também, para as legítimas minorias e os agentes sem poder. Esse o modelo, numa utopia racional, que se pode chamar de democracia ou de Estado Democrático de Direito.⁴⁰

A construção do Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional Democrático, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos. Segundo Barroso, a democracia, em sua dimensão formal, inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, referidos como liberdades públicas. Por sua vez, a democracia em sentido material, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é mais do que governo da maioria, mas sim governo para todos. Isso inclui não apenas as maiorias - raciais, religiosas, culturais -, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres, e, em muitos países, os pobres em geral.⁴¹

Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade. Na verdade, mesmo no século XXI, o constitucionalismo democrático ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais, entre governo de maioria e vida digna, com liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade.⁴²

Sobre o constitucionalismo democrático, Roberto Viciano Pastor e Ruben Martín Dalmau relatam que, a história do mundo contemporâneo refletiu as

³⁹ DÍAZ, Elías. *El derecho y el poder: realismo crítico y filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Dykinson, 2012, p. 88-89.

⁴⁰ DÍAZ, Elías. *El derecho y el poder*. p. 88-89.

⁴¹ BARROSO. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 42.

⁴² BARROSO. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 42.

tensões entre os dois termos: constitucionalismo e democracia. O conceito de democracia está conectado a um significado contextualizado, por um determinado tempo e lugar histórico, que tem como critério orientador a maior ou menor participação do povo ou do conjunto de cidadãos que compõem o governo. Não existe democracia em abstrato, mas sim, mais ou menos democracia a depender da estrutura oferecida pelas relações sociais, econômicas e políticas de uma comunidade. Trata-se de uma democracia contextualizada, determinada por um presente, mas que olha para o passado, a fim de reconhecer-se como um avanço, mirando o futuro, visando a apontar objetivos emancipadores, pois, historicamente, democracia é emancipação.⁴³

Segundo Streck, mais especificamente quanto ao Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 surge a necessidade de olhar o novo, com os olhos do novo, em face do vasto rol de direitos de segunda e terceira dimensões que nela foram inseridos. A carência de uma teoria constitucional, adequada aos novos paradigmas jurídicos, encaminhou os juristas para a aposta num certo protagonismo dos juízes, inclusive com certa ênfase no ativismo judicial. Trata-se de um Direito de juízes, no qual o Direito será aquilo que os tribunais decidirem. O Direito é a vida cotidiana, é fato social, Direito colocado por uma autoridade: o juiz. O Direito não estaria primeiramente nas normas, mas sim, na sociedade. Há uma cisão, um abismo entre o texto e a decisão jurídica. A norma jurídica é vazia. Não há normas gerais. Uma norma só diz algo pela boca do juiz, que dirá esse sentido a partir da observação empírica. Para os realistas, a decisão judicial cria o Direito, porque produz resultados sociais eficazes.⁴⁴

O Constitucionalismo Contemporâneo, destaca Streck, é expressão que redimensiona a práxis político-jurídica, e se desenvolve em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual ocorre a reformulação da teoria das fontes, da teoria da norma, da teoria da interpretação e da teoria da decisão. Ocorre que, no âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, todas essas conquistas devem ser pensadas, como continuadoras do processo histórico, por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Então, o constitucionalismo pode

⁴³ VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU. **A Constituição democrática**. p. 335.

⁴⁴ STRECK. **Dicionário de hermenêutica**. p. 245-250.

ser concebido como um movimento, no qual se busca limitar o exercício do poder, a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.⁴⁵

No Constitucionalismo Contemporâneo, o caráter inovador assumido pelos textos constitucionais do segundo pós-guerra, vem influenciando muito em determinados aspectos, que estão implícitos na própria constitucionalização do Direito. Dentre esses aspectos, Garcia Figueroa destaca: o material, estrutural/funcional, e o político. O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na recepção, pelo sistema jurídico, de certas exigências da moral crítica, na forma de direitos fundamentais. Em outras palavras, o Direito adquiriu uma forte carga axiológica, com um reforço de um conceito não positivista de Direito, no qual o sistema jurídico está vinculado à moral, de forma conceitual. O constitucionalismo tradicional era uma ideologia, uma teoria meramente normativa, ao passo que o constitucionalismo atual tem se transformado em uma teoria do Direito, oposta ao positivismo jurídico como método. O aspecto estrutural da constitucionalização do ordenamento tem relação com a estrutura das normas constitucionais; e o aspecto funcional se expressa através do tipo de argumentação que essas normas fomentam.⁴⁶

Para Streck, assumem relevância os princípios constitucionais, incidindo sobre o ordenamento e sobre a aplicação do ordenamento. No âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, o Direito assume um elevado grau de autonomia, no interior do qual Direito e Moral possuem origem concomitante. Em razão disso, a moral, a política e a economia não podem determinar a correção da aplicação do Direito, pois esses elementos passaram a estar institucionalizados no Direito. O Constitucionalismo Contemporâneo representa uma ruptura com o positivismo jurídico, porque eles possuem paradigmas incompatíveis entre si. Isso significa afirmar que a separação do Direito da moral, a tese das fontes sociais e a discricionariedade, em qualquer grau, são componentes que afastam qualquer forma

⁴⁵ STRECK. **Dicionário de hermenêutica**. p. 37.

⁴⁶ FIGUEROA, Alfonso García. **La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 164-167.

de positivismo, não sendo mais possível continuar a sustentar a separação do Direito da moral.⁴⁷

Nos estudos de Viciano e Martínéz, o constitucionalismo democrático, ao reunir os termos democracia e Constituição, permitiu a criação de um marco efetivo para o avanço da emancipação dos povos. É a partir desse constitucionalismo, que surgem novas categorias na doutrina constitucional: o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. Esses autores explicam que, no final dos anos noventa do século XX, Susanna Pozzolo e outros filósofos do direito da Universidade de Gênova publicaram trabalhos que visavam a encontrar um denominador comum, sobre a função da Constituição no ordenamento jurídico e o papel de seus conteúdos. Trata-se de uma análise teórica do valor jurídico da Constituição e da sua influência e hierarquia sobre o resto do ordenamento jurídico, com ênfase no papel e na aplicação dos princípios constitucionais. Esses trabalhos refletem a busca por critérios específicos de interpretação da Constituição, com vista à interpretação do restante do ordenamento jurídico, passando pelo papel da Constituição e de sua aplicação no que pode ser chamado de Estado Constitucional.⁴⁸

O núcleo do neoconstitucionalismo, segundo Pozzolo, pode ser sintetizado por algumas formulações. Os “princípios vs. Normas” fazem referência ao clássico debate dos anos sessenta e setenta, entre Hart e Dworkin, que pretendia ser uma crítica dos fundamentos do juspositivismo. Pozzolo enfatiza a distinção entre princípios e regras (normas) no ordenamento jurídico, e o papel destacado que os princípios devem desempenhar na função da interpretação e argumentação jurídica pelos juízes. Na “ponderação vs. Subsunção”, os princípios contariam com um peculiar método interpretativo/aplicativo, porque sua aplicação não pode se dar de acordo com os métodos de subsunção das normas, uma vez que precisariam ser ponderados ou balanceados, por meio de uma técnica que consiste em detectar os princípios aplicáveis ao caso concreto, sopesá-los e colocá-los em ordem hierárquica axiológica, a fim de que, com base em um juízo de valor formulado pelo juiz, seja identificado e aplicado o princípio que prevalece na hipótese examinada.⁴⁹

⁴⁷ STRECK. **Dicionário de hermenêutica**. p. 39.

⁴⁸ VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU. **A Constituição democrática**. p. 336.

⁴⁹ POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 21, n. 2, p. 340-342, 1998, Apud VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU. **A Constituição democrática**. p. 337.

Na formulação “Constituição vs. independência do legislador” observa-se a subordinação da lei e do resto do ordenamento jurídico ao texto constitucional, o que implica materialização ou substancialização da Constituição. Por fim, a “liberdade dos juízes vs. liberdade do legislador”, defende a interpretação criativa da jurisprudência, que se torna imprescindível a partir do momento em que o juiz abandona o método de subsunção em favor do emprego dos princípios, e deve aplicar a Constituição diante da lei, como instrumento básico para a sua substancialização.⁵⁰

Viciano e Martínéz observam que, depois do seu auge na primeira década do século XXI, o neoconstitucionalismo estaria padecendo de esgotamento, decorrente de uma teoria que quase não se preocupa com a práxis, para além da função dos tribunais constitucionais e de aspectos concretos, como a modulação de sentenças ou o princípio da proporcionalidade.⁵¹

Nesse contexto, Riccardo Guastini traz os principais elementos mais atuais do neoconstitucionalismo: a superioridade axiológica da Constituição sobre a lei; a ideia de que a Constituição não tem somente como função a limitação do poder político, mas, também, a de modelar a sociedade e, portanto, não somente prevenir uma legislação lesiva aos direitos, como orientar toda a legislação; a Constituição não tem lacunas, e seus princípios predeterminam ou orientam a disciplina legislativa de qualquer pressuposto factual, deixando margens muito pequenas para a discricção política do legislador; as constituições democráticas incorporam princípios objetivos de justiça, que merecem obediência; a superioridade axiológica dos princípios sobre as regras; a ideia de que as regras podem ceder ou podem ser revogadas, à luz dos princípios; a superioridade axiológica das normas, que conferem direitos àqueles que organizam o poder público; a ideia de que as normas “materiais” da Constituição regulam não apenas as relações verticais entre o Estado e o cidadão, mas também as horizontais entre os cidadãos, encontrando aplicação direta na jurisprudência; a ideia de que existe uma estreita ligação entre direito e justiça; de que a lei, desde que seja justa, deve ser obedecida; a desvalorização do modelo de ciência jurídica como discurso meramente cognitivo e não crítico, característico do positivismo

⁵⁰ POZZOLO. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Apud VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU. *A Constituição democrática*. p. 337.

⁵¹ VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU. *A Constituição democrática*. p. 338

metodológico jurídico; e a ideia de que a ciência jurídica deve ser uma ciência prática e normativa, destinada a guiar a jurisprudência e a legislação.⁵²

Conforme Viciano e Martínéz, para além da preocupação com a supremacia constitucional característica do “neoconstitucionalismo”, surge a filosofia mais recente chamada de “novo constitucionalismo”, que aposta entre outros aspectos, na abertura de espaços de participação direta dos cidadãos, para evitar a oligarquização do sistema político; estender as garantias e a eficácia dos direitos sociais; estabelecer novos fundamentos axiológicos da vida em comum; incorporar a proteção ao meio ambiente como uma política transversal, que deve permear toda a atividade social; estender os controles constitucionais aos poderes privados, fundamentalmente aos poderes econômicos, que controlam e distorcem os mercados; e tentar democratizar e garantir a independência do poder judiciário, os órgãos de controle de constitucionalidade e, em geral, das instituições de controle do poder político ou econômico. E, também, resolver a exclusão e marginalização das minorias étnicas e sociais e dos grupos vulneráveis, com a recuperação da legitimidade democrática da Constituição.⁵³

O “novo constitucionalismo” atribui um significado atualizado a conceitos como soberania popular e poder constituinte. No Estado constitucional a soberania somente tem sentido, se for dependente da soberania do povo e limitada por ela. O constitucionalismo democrático exige que a soberania do Estado somente possa ser concebida no âmbito da normatividade. Um ponto em comum entre o novo constitucionalismo e o neoconstitucionalismo é a reivindicação de um antigo significado com um significado diferente: o Estado constitucional.⁵⁴

O Estado constitucional gira em torno da supremacia da Constituição. Assim, os princípios constitucionais, como vontade do poder constituinte, têm eficácia jurídica correspondente a sua posição. Estado constitucional é aquele que conta com uma Constituição de origem democrática e que limita o poder do Estado pelo respeito aos direitos fundamentais e pela vontade popular. Logo, a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico, não porque o seu texto a elege como tal,

⁵² GUASTINI, Riccardo. **A proposito del neoconstitucionalismo**. Doctrina constitucional, v. 67, p. 233, 2013, Apud VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU. **A Constituição democrática**. p. 338.

⁵³ VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU. **A Constituição democrática**. p. 340.

⁵⁴ VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU. **A Constituição democrática**. p. 342.

mas porque ela exprime a vontade democrática popular, em seu conteúdo e nos valores que inspiram esse texto. A definição de Estado Constitucional para o novo constitucionalismo não é apenas formal e normativa, mas se assenta no fundamento democrático que legitima o poder.⁵⁵

Sob o ponto de vista do novo constitucionalismo, pode-se dizer que quatro caminhos decorrem do Estado Constitucional: a) a reivindicação do conceito de soberania popular e sua identificação com o poder constituinte; b) a incorporação de mecanismos de fortalecimento da legitimidade democrática do poder constituído, tanto por meio da participação direta nas decisões, como do controle democrático do poder político organizado; c) a busca de mecanismos de materialização e efetividade da Constituição; e d) o desaparecimento definitivo do poder constituinte constituído ou derivado (poder de reforma da Constituição por parte dos órgãos constituídos), pela não delegação do poder constituinte democrático.⁵⁶

Como visto, vários pensamentos filosóficos se desenvolvem a partir de estudos dos fenômenos jurídicos do Constitucionalismo Contemporâneo. Esses pensamentos podem ser identificados por paradigmas do pós-positivismo jurídico, evidenciados na judicialização do direito. Alguns desses paradigmas serão abordados no item seguinte.

1.2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, INTEGRIDADE, HERMENÊUTICA CONSTRUTIVA E FISOLOGIA DA LINGUAGEM

Segundo Orlando Luiz Zanon Junior, o positivismo jurídico possui características marcantes, que em linhas gerais consistem: a) na separação entre Direito e moral; b) na formação do ordenamento jurídico exclusivamente (ou preponderantemente) por regras positivadas; c) na construção de um sistema jurídico escalonado em degraus hierárquicos, de acordo com parâmetros formais de legitimidade, em formato de pirâmide; d) num sistema no qual as normas jurídicas são direcionadas ao juiz, que deve aplicá-las por meio de um procedimento lógico-dedutivo, mediante subsunção dos fatos aos textos normativos; e) na

⁵⁵ VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU. **A Constituição democrática**. p. 342.

⁵⁶ VICIANO PASTOR; MARTINÉZ DALMAU. **A Constituição democrática**. p. 342-343.

discricionariedade judicial para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*).⁵⁷

Ou seja, as questões morais são autônomas e independentes das jurídicas. Isso porque o Direito compreende a apreciação de fatos sociais devidamente especificados, produzidos segundo parâmetros formais previamente estabelecidos. Ao passo que a moral se resolve em torno de apreciações materiais e valorativas (axiológicas), atinentes a juízos de bom ou mal, certo ou errado, justo ou injusto.⁵⁸

O positivismo jurídico é formado preponderantemente por regras jurídicas, como sinônimo de normas jurídicas positivadas, devidamente fixadas pelos parlamentares (no sistema codificado), ou estabelecidas em precedentes judiciais anteriores (no modelo judiciário ou consuetudinário). O Estado é o único produtor do Direito efetivamente válido, pois os preceitos normativos são preponderantes sobre quaisquer outros. O Estado é detentor do monopólio das atividades legiferante e judiciária.⁵⁹

Ocorre que, no positivismo jurídico, as fontes jurídicas são exclusivamente os textos normativos elaborados pela autoridade competente; as normas são apenas as regras jurídicas devidamente positivadas; o ordenamento jurídico corresponde a uma pirâmide de imperativos legais, escalonados hierarquicamente, de acordo com critérios formais de validade, cujo ápice é a norma fundamental.⁶⁰

E a decisão jurídica é tomada através do procedimento lógico-dedutivo da subsunção, no qual o juiz enquadra os fatos que lhe são apresentados, dentro dos moldes de uma disposição normativa, socorrendo-se de sua própria discricionariedade em casos difíceis.⁶¹

Zanon Junior elaborou um estudo, com reflexões sobre as principais diferenças do pós-positivismo em relação ao positivismo jurídico, por meio de análise das construções teóricas de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Lenio Streck.⁶²

⁵⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Itajaí-SC, 2013, p. 76. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf> >. Acesso em 17.06.21.

⁵⁸ ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 76-81.

⁵⁹ ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 76-81.

⁶⁰ ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 90-91.

⁶¹ ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 90-91.

⁶² ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 126.

No que tange ao pós-positivismo jurídico, é possível identificar algumas características na teoria de Alexy⁶³. A primeira delas é o respeito à tese, de que existe uma vinculação entre Direito e moral, e os sistemas jurídicos possuem uma pretensão à correção, ou seja, devem possibilitar que suas normas e decisões possam ser justificadas, pelo argumento de correção. Para satisfazer à pretensão de correção, os participantes do sistema jurídico, na aplicação do direito (o juiz, por exemplo), têm a obrigação de apresentar os argumentos morais contrários à incidência do preceito legal injusto.⁶⁴

A imprevisibilidade e a insegurança jurídica ampliariam a subjetividade das deliberações. Todavia, sobre essa alegação, Alexy sustenta que as perdas de segurança seriam mínimas, pois somente os preceitos que acarretam injustiças extremas teriam sua incidência afastada. Sobre o argumento de que esse sistema seria antidemocrático, já que o magistrado poderia negar aplicação a um preceito legal elaborado pelos legisladores eleitos, o doutrinador argumenta que o controle judicial de constitucionalidade é amplamente difundido, encontrando amparo na própria norma fundamental. Os princípios são componentes necessários tanto do Direito como também da moral, de modo que o seu emprego para resolução de “*hard cases*” implica a conexão entre ambas as ordens sociais. O intérprete deve, obrigatoriamente, valer-se dos princípios jurídicos para resolver os casos difíceis.⁶⁵

Outra característica é que Alexy conceitua o Direito como um sistema de normas, as quais são formuladas com pretensão à correção, têm eficácia social global, não são extremamente injustas, e estão adequadas aos parâmetros de uma norma fundamental. A validade de uma norma jurídica depende da sua eficácia social global (observância geral pela sociedade); de sua justificação moral (somente será válida se não ensejar injustiça extrema); e de sua compatibilidade com a norma

⁶³ Orlando Luiz Zanon Junior, na p. 128 de sua **Teoria Complexa do Direito**, traz o rol de obras consultadas: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Martins Fontes, 2008; ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011; ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008; e, ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁶⁴ ALEXY. **Conceito e validade do direito**. p. 41 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 128-130.

⁶⁵ ALEXY. **Conceito e validade do direito**. p. 92 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 132.

fundamental pressuposta, que fixa as fontes geradoras de direitos, como elementos integrantes de um mesmo ordenamento jurídico.⁶⁶

A terceira característica é relacionada à vinculação de Alexy à vertente procedimentalista, discursiva ou argumentativa, que defende a racionalidade na construção de normas, cuja formação depende de um discurso conduzido segundo regras estabelecidas, que visam a promover a correção do resultado. Para Alexy, o caráter científico da ciência do Direito e a legitimidade das decisões judiciais dependem da possibilidade de uma argumentação jurídica racional. A própria justiça da decisão está condicionada ao cumprimento dos estritos critérios argumentativos pelos participantes do discurso jurídico. A coerência amplia a racionalidade da argumentação dentro de um sistema jurídico, e permite a articulação das diversas proposições normativas, que integram esse mesmo sistema. A importância da coerência reside em aperfeiçoar a racionalidade discursiva, porque uma construção articulada das normas, explorada institucionalmente, permite reunir, examinar, estabilizar, controlar e evoluir a produção jurídica ao longo do tempo, facilitando a tarefa do intérprete na fundamentação das decisões, já que ele poderá se apoiar em proposições já revisadas várias vezes.⁶⁷

A posição de Alexy é de que há equivalência entre interpretação e argumentação jurídicas, sob a justificativa de que a atribuição de sentidos deve objetivar a pretensão de correção e ser revisitável publicamente. Ele submete a hermenêutica à teoria do discurso.⁶⁸

Para Alexy, as visões na estrutura do entender, desenvolvem-se em três círculos hermenêuticos: a relação entre pré-compreensão e o texto, que remete para a crítica quanto à contribuição das experiências do intérprete, para o resultado da interpretação (postulado da reflexão); as relações entre as partes e o todo, no sentido de que o entendimento acerca de uma norma específica pressupõe compreensão da integralidade do sistema ao qual ela pertence e, complementarmente, esse conhecimento da totalidade, depende do pensar de suas

⁶⁶ ALEXY. **Conceito e validade do direito**. p. 151-152 e 126-127 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 133-134.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. p. 103; **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. XI, 33-34, 179 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 135-139.

⁶⁸ ALEXY. **Direito, razão, discurso**. p. 61-65 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 139-140.

parcelas constitutivas (postulado da coerência); e a relação entre norma e fato, no sentido de que a compreensão demanda a percepção e a consideração das inúmeras características de ambos (postulado da completude).⁶⁹

O controle público e racional da correção de uma interpretação, para Alexy, deve ser resolvido no âmbito da teoria da argumentação, pois somente através do discurso é possível compartilhar intersubjetivamente os fundamentos, que justificam o resultado de uma determinada interpretação. A revisão quanto à correção da produção normativa depende da vinculação entre a atividade psíquica (e interna) de compreensão e o procedimento argumentativo (e intersubjetivo) de fundamentação.⁷⁰

Outra característica consiste na opção por um conceito semântico de comando jurídico, apoiado na diferenciação entre enunciado normativo (ou ainda texto, dispositivo ou preceito normativo) e norma. Enunciado normativo é a construção gramatical, é a frase formada por modais de dever, proibição e permissão. E a norma jurídica é o produto da interpretação de um dispositivo.⁷¹

E por fim, a quinta característica da teoria normativa de Alexy reside na ideia de que, a norma (gênero) somente pode ser uma regra ou um princípio (espécies). E as diferenças qualitativas entre tais padrões jurídicos representam a base da teoria da fundamentação, e a chave para solução de problemas centrais da dogmática, que consubstancia uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.⁷²

A interligação entre os planos das regras e dos princípios, através da ponderação fundamentada, incidente ao caso concreto, resultará em uma regra criada pela jurisdição, para aquela situação concreta, a qual, deverá ser aplicada por subsunção aos casos similares futuros, de modo a evitar quebra de coerência nas manifestações judiciais. A ponderação é a forma característica de aplicação dos princípios jurídicos, pela qual são sopesadas as importâncias dos princípios

⁶⁹ ALEXY. **Direito, razão, discurso**. p. 61-65 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 139-140.

⁷⁰ ALEXY. **Direito, razão, discurso**. p. 65-66 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 140.

⁷¹ ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 53-58 e 184 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 141.

⁷² ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 85, 90-91, 94-99, 102, 109, 116, 153 e 184; **Constitucionalismo discursivo**. p. 64-65 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 141-147.

incidentes em uma determinada situação concreta para, ao final, estabelecer qual deles deverá prevalecer, criando-se então uma regra para resolução da controvérsia.⁷³

A Teoria Liberal do Direito formulada por Dworkin⁷⁴ teve como objetivo superar a corrente do positivismo jurídico. Sua teoria esteve focada no sistema jurídico consuetudinário norte-americano do *Common Law*, no qual os precedentes judiciais possuem elevada importância, porque os argumentos que deles podem ser extraídos determinam a atividade jurisdicional (*stare decisis* e *case law*), a fim de que sejam considerados, quando se apresentarem novos casos similares aos anteriores.⁷⁵

Pela doutrina dos precedentes, as decisões anteriores possuem força vinculante, mesmo quando o magistrado entende que elas estão equivocadas. Os fundamentos adotados pela jurisprudência são muito relevantes no padrão jurisdicional norte-americano. As peculiaridades do *Common Law* destoam das características mais comumente compartilhadas, pelos sistemas enquadrados no padrão europeu continental do *Civil Law* (a exemplo do alemão e do brasileiro), principalmente quanto ao aspecto preponderante da legislação escrita e à ausência de força vinculante da generalidade das decisões judiciais. Assim, Zanon Junior adverte que, ao analisar essa teoria, é preciso considerar que nesse sistema jurídico, os argumentos que fundamentam os precedentes judiciais figuram como fontes jurídicas determinantes, em paralelo ao Direito legislado produzido pelo parlamento.⁷⁶

Para Dworkin, os problemas da Teoria do Direito estão relacionados com aspectos morais, de moralidade política. As pessoas possuem direitos morais contra

⁷³ ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 85, 90-91, 94-99, 102, 109, 116, 153 e 184; **Constitucionalismo discursivo**. p. 64-65 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 141-147.

⁷⁴ Orlando Luiz Zanon Junior, p. 157-158 de sua **Teoria Complexa do Direito**, traz o rol das obras de Ronald DWORKIN consultadas: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes. 2010; DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes. 2006; DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs** (Justiça para Porcos-Espinhos). Cambridge/MA: The Belknap Press of Harvard University Press. 2011.

⁷⁵ DWORKIN. **O império do direito**. p. 30-31; **O direito da liberdade**. p. 1-2 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p.158.

⁷⁶ ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 157-159.

o Estado, ainda que não expressamente reproduzidos na legislação e na jurisprudência. Dworkin propõe um modelo de construção de direitos por interpretação, apoiado na posição política de proteger certas escolhas individuais. Essa proposta de hermenêutica construtivista é facilmente compreendida no cenário do *Common Law*, justamente em face da possibilidade de reconhecimento das supostas prerrogativas morais, pelo exercício criativo da jurisdição, de acordo com a história institucional do Direito e observada a integridade.⁷⁷

Quanto ao modelo teórico de Dworkin, a primeira observação diz respeito à afirmação de que o Direito é um conceito interpretativo e não semântico, ou seja, as divergências para a decisão de casos difíceis não se encontram na escolha de critérios linguísticos, para atribuição de significados aos termos e expressões constantes dos textos legais ou jurisprudenciais, mas sim na interpretação construtiva das próprias palavras. Dworkin critica a teoria semântica do positivismo jurídico, pois os juristas não necessariamente compartilham exatamente dos mesmos critérios linguísticos, para decidir sobre a veracidade ou falsidade das proposições jurídicas.⁷⁸

As divergências não estão centradas em torno da atribuição de significados aos termos ou expressões que constam de textos legais ou expressões em precedentes judiciais. As dissensões estão no nível teórico (e não empírico) e abrangem os próprios fundamentos da deliberação, debatendo quanto às razões que justificam a decisão em determinada direção. Logo, a discordância não ocorre no nível semântico (dar significados com base em critérios pré-fixados), mas sim, no âmbito da hermenêutica criativa (estabelecimento dos fundamentos teóricos para a decisão). O Direito é um conceito interpretativo a ser construído gradualmente, mediante a hermenêutica das práticas jurídicas de uma determinada comunidade.⁷⁹

O segundo destaque relevante está na visão de Dworkin, quanto a controversa relação entre Direito e moral. Dworkin explica a aproximação entre essas ordens sociais, no sentido de que o Direito é um ramo do galho da moralidade

⁷⁷ DWORKIN. **Levando os direitos a sério**. p. 12, 231, 273-274; *Justice for hedgehogs*. p. 327-328 e 414 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 159-160.

⁷⁸ DWORKIN. **O império do direito**. p. 38, 40-41, 49, 54-56 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 163-165.

⁷⁹ DWORKIN. **O império do direito**. p. 53, 56, 63-65, 109-110, 116; **A justiça de toga**. p. 22; *Justice for hedgehogs*. p. 9, 11, e 117 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 165-168.

política, que por sua vez, brota do tronco maior da moral, em uma imagem estrutural de uma árvore. Nessa perspectiva, os direitos legislativos são aqueles que condicionam a atividade das autoridades legiferantes, de modo que seus poderes sejam empregados de determinada forma. Os direitos legais, por sua vez, são aqueles que já são considerados incorporados positivamente, sendo adjudicáveis por meio dos processos já existentes. Na lógica de Dworkin, o Direito é uma disciplina que pertence ao domínio mais amplo da moral, como um galho de uma árvore maior, de onde extrai sua base valorativa.⁸⁰

A terceira observação é de que Dworkin define o Direito como completude ou como integridade. Ou seja, como um conjunto completo dos fundamentos principiológicos das decisões políticas da comunidade, que embora extraído dos textos legais e jurisprudenciais escritos no passado, volta-se para a construção do futuro da comunidade, mediante uma constante rearticulação dos postulados básicos da justiça, da equidade e da própria integridade.⁸¹

Nessa ideia há três concepções antagônicas: 1) as pessoas têm somente os direitos expressamente convencionados em textos normativos (legais ou jurisprudenciais), elaborados no passado, com base nos quais as decisões devem ser tomadas; 2) o pragmatismo jurídico, no qual as pessoas não têm reais prerrogativas fixadas no passado, pois o que efetivamente importa é que as decisões sejam tomadas com o objetivo de edificar o melhor futuro para a comunidade, de forma flexível, segundo os pontos de vista particulares das autoridades públicas (inclusive juízes), sobre as estratégias mais eficientes e eficazes, a exemplo das proposições classificadas como teorias econômicas do Direito; e 3) o Direito como integridade, que se desenvolve através de uma abordagem de interpretação criativa, que procura equilibrar a coerência com os fundamentos subjacentes às decisões pretéritas, e também, a flexibilidade na construção do futuro da comunidade, articulando os parâmetros de justiça, equidade e integridade.⁸²

⁸⁰ DWORKIN. **O império do direito**. p. 112-331; *Justice for hedgehogs*. p. 402, 405-406 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 168-170.

⁸¹ DWORKIN. **O império do direito**. p. 118-120 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 170-171.

⁸² DWORKIN. **O império do direito**. p. 118-120 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 170-171.

Dworkin rejeita as primeiras duas concepções (convencionalismo e pragmatismo jurídico), vinculando-se à terceira ideia do Direito como integridade. Ele nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado; ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Dworkin parte da proposição de que a integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir dos pressupostos de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade. O Direito como integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente, de justiça e de equidade, na correta proporção.⁸³

O modelo teórico de Dworkin defende a aplicação dos direitos segundo uma interpretação construtivista, que visa a preservar os aspectos morais decorrentes da Constituição. Dentre os valores constitucionais que são invocados na sua argumentação de moralidade política, ele atribui especial importância à igualdade, no sentido de uma prerrogativa de igual consideração e respeito.⁸⁴

Zanon Junior analisa, ainda, a Teoria Hermenêutica de Streck⁸⁵, a qual propõe a substituição do paradigma do positivismo jurídico, por um modelo que traz relevante conteúdo filosófico acerca da interpretação jurídica, com elementos teóricos direcionados ao contexto brasileiro, trazendo críticas sobre a atividade jurisdicional e um modelo específico de norma jurídica. Para Streck, na teoria do conhecimento, primeiro a filosofia estava firmada no pressuposto de que o conhecimento poderia ser adquirido pela pessoa *cognoscente*⁸⁶, mediante a análise das coisas existentes na realidade fática, ou seja, que a produção do saber se estabelecia mediante uma relação entre o sujeito e o objeto. Sob essa perspectiva,

⁸³ DWORKIN. **O império do direito**. p. 141-183, 185-199, 271-272, 204-208 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 171-173.

⁸⁴ DWORKIN. **Levando os direitos a sério**. p. 35-36, 434-435; **O direito da liberdade**. p. 52; **Justiça de toga**. p. 252 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 199.

⁸⁵ Orlando Luiz Zanon Junior, p. 200 de sua **Teoria Complexa do Direito**, traz o rol das obras de Lenio STRECK consultadas: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸⁶ Conforme dicionário *on line* de Português, **sujeito cognoscente** é a pessoa capaz de assimilar conhecimento, que busca saber ou tomar conhecimento sobre.

as coisas possuiriam uma essência específica, a ser examinada pela pessoa cognoscente, para descoberta de suas qualidades naturais intrínsecas. Nessa abordagem, a linguagem seria apenas um meio para o sujeito expressar seu conhecimento acerca do objeto, ou seja, somente um instrumento para designação de entidades ou transmissão de ideias.⁸⁷

Depois, a relação entre sujeito e o objeto é modificada, para conferir prevalência ao sujeito, pois sua vontade pessoal atribuiria determinadas características e contornos especiais ao entendimento do objeto. Nessa nova perspectiva, o sujeito cognoscente influenciaria determinantemente os sentidos conferidos ao objeto cognoscível, transportando, ainda que conscientemente, aspectos pessoais para sua leitura da realidade.⁸⁸

Streck a define como fase do solipsismo⁸⁹, em que as experiências individuais fixam os significados das coisas, através da imposição da vontade do intérprete sobre elas; ou seja, o sujeito solipsista é quem determina o sentido do objeto, conforme sua livre consciência, numa subjetividade que “assujeita” as coisas, atrelada à filosofia da consciência.⁹⁰

Posteriormente, ocorre uma mudança paradigmática, que Streck chama de “viragem” ou “giro linguístico”, na qual a linguagem deixa de ser compreendida como um meio de relação entre sujeito e objeto, tornando-se a própria condição de possibilidade, para a compreensão da realidade. A filosofia de consciência é superada pela filosofia da linguagem. Nessa fase, a linguagem é entendida não mais como mero instrumento que se interpõe entre a pessoa e a coisa, mas sim como o único meio de compreensão da realidade, com a função de constituição do conhecimento de forma intersubjetiva. A relação de compreensão deixa de ocorrer entre o conhecedor e o conhecido (sujeito-objeto), passando a consubstanciar a construção de saberes entre pessoas cognoscentes (sujeito-sujeito). A linguagem

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 127 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 201.

⁸⁸ STRECK. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 136 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 201-202.

⁸⁹ No livro “**Dicionário de hermenêutica**”, p. 273, STRECK define **solipsismo**: do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), pode ser entendido como a concepção filosófica, de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo.

⁹⁰ STRECK. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 136, 145 e 170 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 201-202.

passa a ser a única forma de acesso ao mundo, pois somente é possível compreender e agir através dela e inserido nela. O conhecimento da realidade somente ocorre onde existem signos linguísticos, de modo que apenas há coisas quando se encontram palavras para designá-las.⁹¹

A invasão da linguagem provocou uma revolução na filosofia, com efeitos reflexos determinantes sobre a ciência do Direito. A dogmática jurídica precisa superar o esquema sujeito-objeto, passando da filosofia de consciência para a relação de intersubjetividade, mediante a compreensão da linguagem, como condição de possibilidade para a construção do conhecimento, e não mero instrumento, que se interpõe entre a pessoa cognoscente e o objeto cognoscível.⁹²

A aplicação das normas jurídicas é independente da opção por um ou outro método interpretativo tradicional⁹³, servindo apenas como forma de justificar a deliberação. O intérprete está inserido no mundo através da linguagem e, nessa condição, possui uma carga de conhecimentos previamente adquiridos, um horizonte de prévias compreensões já estabelecidas.⁹⁴

A par disso, um texto assim como os enunciados legais, foram constituídos em determinado momento histórico, com determinados signos linguísticos, que também ostentam um horizonte de significados, que dizem algo para quem os lê. Logo, tanto o intérprete como o texto já carregam uma carga linguística prévia, porque não existe o grau zero de significados, um quadro em branco, isento de interferência anterior.⁹⁵

Streck sustenta não ter cabimento a divisão da cognição em uma sequência cronológica, partindo de compreender, passando por interpretar e, somente depois, aplicar. Isso porque a carga de compreensão é prévia ao início da interpretação e, com a fusão de horizontes (do intérprete e da mensagem), o resultado é

⁹¹ STRECK. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 136, 145 e 170 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 202-203.

⁹² STRECK. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 122, 176-178, 182-183, 211, 213, 224-225, 309 e 334 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 204-207.

⁹³ Métodos tradicionais tais como: gramatical, teleológico (ou finalístico), da vontade do legislador, histórico, sistemático, dentre outros.

⁹⁴ STRECK. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 122, 176-178, 182-183, 211, 213, 224-225, 309 e 334 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 204-207.

⁹⁵ STRECK. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 122, 176-178, 182-183, 211, 213, 224-225, 309 e 334 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 204-207.

automaticamente uma aplicação, pois ocorre uma nova atribuição de sentido⁹⁶. Para ele é impossível a busca do significado de um texto ou de uma comunicação verbal sem qualquer interferência do intérprete, pois sua compreensão prévia certamente conformará o resultado da interpretação, acarretando a atribuição de novo significado ao conteúdo que lhe é apresentado. Logo, interpretar é sempre aplicar.⁹⁷

De qualquer sorte, admitir que toda interpretação resulta na atribuição de novo sentido não implica total liberdade ao intérprete, para conferir qualquer significado à comunicação escrita ou verbal que lhe seja apresentada. Ocorre que o sujeito cognoscente está inserido no mundo através da linguagem e, nesta condição, possui uma carga de compreensão prévia que lhe é fornecida, por sua exposição à tradição, entendida essa como um acervo de conhecimentos e significados existentes no mundo, chamado de senso comum teórico⁹⁸. A autoridade da tradição circunscreve limites à interpretação, dos quais o intérprete não pode destoar, sem que sejam apresentadas fortes justificativas racionais para tanto. O hermeneuta tem de levar o texto ou a mensagem a sério, ou seja, deve permitir que o conteúdo apresentado lhe diga algo, de modo a condicionar e limitar a amplitude da sua cognição. A autoridade da tradição e o teor do texto ou a mensagem impõem limites à atividade interpretativa, delimitando as possibilidades de atribuição de significados, a fim de evitar inconsistências.⁹⁹

⁹⁶ No livro “**Dicionário de hermenêutica**”, p. 81, STRECK define **Fusão de Horizontes**: modo de desarticular camadas de sentido inautênticas, que constituem o horizonte de sentido. A distância temporal é um importante elemento hermenêutico para uma melhor e diferente compreensão das coisas, que resulta do contato do texto com novos horizontes históricos, que são posteriores ao de sua produção, e que produziram as capas que vão sendo sedimentadas. O ponto de inflexão é prático-concreto, ligado à realidade de onde se busca a inspiração e para onde convergem as possibilidades abertas pela conversação, onde está em jogo não o exato, mas o contingente, o mutável e o variável, próprio do acontecer humano na sociedade. O entendimento não é o ato de um sujeito ativo que projeta um significado sobre um objeto inerte, morto. Pelo contrário, presente e passado têm horizontes, que podem ser juntados produtivamente, ou seja, a visão global do passado faz uma declaração, por meio do texto, no presente. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, que implica poder olhar o que é novo e compreendê-lo como novo. E ter condições para evitar que o que é velho (inautêntico, não-verdadeiro) obscureça as possibilidades transformadoras do novo.

⁹⁷ STRECK. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 212, 215, 218-219 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 207.

⁹⁸ No livro “**Dicionário de hermenêutica**”, p.269, STRECK refere que a expressão: **senso comum teórico** é conceito introduzido na teoria jurídica do Brasil por Luís Alberto Warat, que desvelou as máscaras do “óbvio”, mostrando/denunciando, no âmbito da teoria do Direito, que as “obviedades, certezas e verdades” transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas.

⁹⁹ STRECK. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 212, 222, 282, 286 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 208-209.

A interpretação dos conteúdos jurídicos sempre resulta em uma nova fixação de significado, ou seja, na construção de uma nova solução, para os casos que se apresentam na facticidade. A dificuldade está em o intérprete conseguir executar a tarefa de suspender seus pré-juízos pessoais, com a finalidade de absorver o teor dos textos normativos, para assim atribuir um sentido adequado. A atribuição de sentido ocorre mediante o influxo alternado e interdependente das partes (palavras, orações e frases) e do todo (conjunto do texto), já que somente é possível compreender as partes através do todo, bem como a totalidade apenas pode ser interpretada, pela significação das respectivas parcelas, mediante um fluxo circular balizado pelos pré-juízos que o intérprete traz consigo. Portanto, o hermeneuta se insere no mundo da linguagem através do círculo hermenêutico, cuja dinâmica envolve o cotejo entre os pré-juízos trazidos na sua bagagem e os conteúdos parcial e total da mensagem, com vista a permitir a atribuição de sentido.¹⁰⁰

Assim, conclui Zanon Junior, a teoria de Streck propõe uma diferença ontológica entre textos e normas. A norma é o sentido do texto, é o texto aplicado/concretizado; norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico. E a norma jurídica é o resultado da atribuição de sentido a um texto normativo, mediante a articulação entre regras e princípios, para fins de responder a um problema consubstanciado em um caso concreto, surgido na facticidade. Essas considerações sobre a hermenêutica norteiam a proposta pós-positivista de Streck, e ele a classifica, como vinculada à corrente substancialista do “Constitucionalismo Contemporâneo”.¹⁰¹

Trata-se de uma proposição que objetiva a consecução material dos postulados fundamentais do ordenamento jurídico, com a função de transformar a sociedade, dentro dos quadros principiológicos da Constituição. Mas Streck também defende que deve haver uma maior autonomia do Direito, de modo a blindá-lo frente as demais dimensões com ele intercambiáveis, a exemplo da moral, da política e da economia. Ocorre que, embora o conteúdo jurídico seja engendrado por outras áreas (a exemplo dessas antes mencionadas), é necessário protegê-lo contra

¹⁰⁰ STRECK. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 197-208 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 209-211.

¹⁰¹ STRECK. **Verdade e consenso**. p. 37 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 212-216.

intromissões indevidas, que possam resultar em deliberações legislativas e judiciais meramente contingenciais, contrárias ao núcleo conformador do Estado Democrático de Direito.¹⁰²

1.3 PRAGMATISMO JURÍDICO, AUTOCONTENÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A par das teorias da argumentação, integridade, hermenêutica criativa e da filosofia da linguagem, outras noções do pós-positivismo jurídico podem ser elencadas, por meio da teoria pragmática de Posner; e, ainda, as questões relacionadas à autocontenção e ao ativismo judicial.

Zanon Junior também analisa a Teoria Pragmática de Posner¹⁰³. Trata-se de uma teoria de adjudicação jurisdicional chamada “Direito e Economia” ou de “Análise Econômica do Direito”, com suporte em elementos extraídos do realismo jurídico norte-americano. Posner considera que a filosofia jurídica deveria estar focada na análise da realidade. Nessa perspectiva, o direito deveria ser mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais.¹⁰⁴

Para Posner, os juristas deveriam deixar de procurar verdades objetivas inatingíveis, relacionadas com as definições de categorias altamente abstratas como moral, justiça, igualdade, liberdade, para de fato dedicarem-se a produzir o conhecimento necessário a fim de que os juízes, advogados e legisladores possam operar um sistema jurídico moderno. Ele considera inúteis as pesquisas sobre moralidade política, porque os métodos da filosofia moral e política não são poderosos o bastante para solucionar os debates morais, que afetam profundamente as pessoas, nem para oferecer bases sólidas para os julgamentos legais depois de tê-los resolvido. Ao contrário, ele defende uma filosofia que visa à investigação

¹⁰² STRECK. **Verdade e consenso**. p. 211. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p. 268, 330-331, 342 e 365 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 216-220.

¹⁰³ Orlando Luiz Zanon Junior, p. 228 da sua **Teoria Complexa do Direito**, traz o rol das obras de Richard POSNER consultadas: POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010; POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; POSNER, Richard Allen. **Fronteira da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011; POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010; POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁰⁴ POSNER. **Problemas de filosofia do direito**. p. XIII; Para além do direito. p. 20 e 468-492 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 229-231.

experimental de temas com importância prática, de modo a ser capaz de dar forma ao futuro.¹⁰⁵

O pragmatismo jurídico visa a auxiliar os operadores do direito (juízes, advogados e legisladores) na tomada de decisões sobre políticas públicas, a fim de promover a maximização da riqueza para a sociedade, não em sentido puramente financeiro. Essa promoção se daria por meio de mecanismos efetivamente úteis, para o auxílio na ponderação das consequências futuras de seus atos, segundo uma perspectiva de experimentação real (empírica), orientada para o futuro, ainda que sem desprezar as informações deixadas pelo passado. E sem ilusões filosóficas quanto à possibilidade de confirmação quanto à correção dos resultados. O pragmatismo implica atitude mental com visão prática, do tipo usada nos negócios, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos.¹⁰⁶

Posner não se dedica à proposição de uma teoria da norma jurídica, preferindo focar numa espécie de Teoria Pragmática da Decisão Judicial, segundo a qual os juízes são agentes políticos encarregados de adjudicar direitos, mediante uma reconstrução imaginativa, guiada por uma análise de maximização de riquezas, e focada nas consequências para atingir um resultado razoável. Os juízes são agentes políticos, pois integram um dos poderes estatais, cabendo-lhes participar da ampla atribuição de bem governar o país, ainda que não tenham sido eleitos, mas recrutados de acordo com a projeção de seu conhecimento jurídico. Essa face política da função jurisdicional é bem destacada no cenário da *Common Law*, no qual a atribuição de criação jurídica da magistratura é acentuada, pois lhe cabe apreciar sobre a continuidade dos direitos expressos em precedentes, e, também, atuar discricionariamente nas margens cognitivas dos enunciados legislativos e constitucionais.¹⁰⁷

Nessa atividade, os juízes devem levar em conta as consequências de suas decisões, no sentido de tentar produzir a melhor solução possível para o progresso do Direito, e assim, contribuir para a construção de um país melhor. Ao efetuar a análise das consequências sistêmicas da Decisão Jurídica, o magistrado não está

¹⁰⁵ ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 231-232.

¹⁰⁶ POSNER. **Problemas de filosofia do direito**. p. 621-622; **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 38 e 65 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 237.

¹⁰⁷ POSNER. **Problemas de filosofia do direito**. p. 21, 41, 257, 321, 363; **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 6, 42 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 238-240.

voltado somente para o futuro. Ele também deve ponderar a importância de preservar as tradições jurídicas constituídas, expressas em precedentes anteriores, na legislação e na Constituição, as quais entram na balança como elementos altamente relevantes, pois eventual modificação de orientações passadas pode quebrar sólidas expectativas das pessoas, cujo valor para a ordem social e para o bom desenvolvimento das atividades produtivas não pode ser jamais desprezado. Porém, esse olhar para o passado não reflete uma vinculação estrita e intransponível, cabendo ao órgão rejeitar justificadamente a manutenção de elementos normativos, que não mais atendam aos fins sociais e econômicos para os quais foram estabelecidos, de modo a ser possível um avanço adaptativo no Ordenamento Jurídico.¹⁰⁸

O pragmatista valoriza a continuidade com promulgações e decisões passadas, mas porque tal continuidade é de fato um valor social, mas não porque tenha um senso de dever para com o passado. O juiz pragmático usa a história como um recurso, mas não venera o passado nem acredita que este deva exercer um poder singular sobre o presente. Os elementos jurídicos deixados pelo passado (precedentes e textos legislativos) devem ser ponderados juntamente, como parte dos argumentos que compõem a análise sistêmica das consequências.¹⁰⁹

Na teoria de Posner, a decisão jurídica deve ser concebida como uma construção imaginativa, guiada por uma análise de parâmetros econômicos, focada nas consequências, para atingir um resultado razoável, por meio de um raciocínio jurídico semelhante àquele que as pessoas empregam para tomada de decisões em seu cotidiano. O interesse social na continuidade e na constância da lei, que é importante para possibilitar que as pessoas planejem seus assuntos, deve ser compensado pelo interesse social, na adaptabilidade da lei à mudança, que é importante para elaborar normas jurídicas sólidas, e decisões sensíveis às circunstâncias particulares de cada caso individual. Assim como os legisladores, os

¹⁰⁸ POSNER. **Problemas de filosofia do direito**. p. 132, 199; **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 55 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 240-241.

¹⁰⁹ POSNER. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 55; **Problemas de filosofia do direito**. p. 37, 174 e 176; **Fronteiras da teoria do direito**. p. 189 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 241-242.

juízes também legislam, embora o façam com mais cautela, menos velocidade, mais princípios e menos partidarismo.¹¹⁰

Zanon Junior então conclui que, para Posner, as fontes jurídicas são compostas por todos os argumentos empregados pelos magistrados, para resolução dos problemas cotidianos, na consecução da tarefa de governar a comunidade, incluindo orientações deixadas pelo passado e as opiniões acerca das melhores consequências para o futuro. As normas jurídicas são concebidas, pragmaticamente, como uma construção baseada em todos os argumentos que os juízes empregam, para resolver os problemas concretos, incluindo regras jurídicas e outros padrões decisórios menos densos, extraídos de todos os ramos relevantes do saber - a interdisciplinaridade. A decisão jurídica é tomada politicamente pelos juízes, na qualidade de agentes encarregados de adjudicar direitos, mediante uma reconstrução imaginativa, guiada por uma análise de maximização de riqueza e focada nas consequências para atingir um resultado razoável.¹¹¹

Ainda sobre Posner, Carla Faralli observa que ele propõe uma teoria jurídica, que combina uma ética normativa liberal, uma filosofia pragmática e um método de análise econômica. Quanto à ética normativa liberal, a teoria compartilha o princípio da máxima liberdade para cada um, compatível com uma igual liberdade para todos. E quanto ao método de análise econômica do direito, seus fundamentos são a identificação dos efeitos e o uso, no âmbito jurídico, de importantes instrumentos extraídos da microeconomia. A análise econômica parte do pressuposto que, analisando as ações dos juízes, é possível descobrir que o que eles fizeram, mesmo inconscientemente, foi elaborar normas para maximizar a riqueza.¹¹²

Posner propõe que, ao abordar os problemas jurídicos, sejam considerados os efeitos das soluções propostas a curto e a longo prazo, seja para os indivíduos, seja para o sistema, através de pesquisas empíricas sobre os custos/benefícios e do critério de racionalidade meios/fins. Primeiro, o intérprete deve identificar todos os possíveis significados atribuídos a uma dada disposição. Depois, numa segunda

¹¹⁰ POSNER. **Problemas de filosofia do direito**. p. 37, 174, 367 Apud ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 246-249.

¹¹¹ ZANON JUNIOR. **Teoria complexa do direito**. p. 253.

¹¹² POSNER. **Economic analysis of law**. Boston/London, 1973, p. 20-21; **Problems of jurisprudence**. London, 1990, p. 390-391 Apud FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. Tradução de Candice Premaor Gullo e Revisão de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35-36.

fase, ele deve antecipar as consequências de todas as interpretações encontradas. E, por fim, numa terceira e última etapa, deverá escolher a solução que, como um todo, comporta os maiores benefícios. A essência da decisão interpretativa consiste em considerar as consequências de soluções alternativas. Não existem interpretações logicamente corretas, pois a interpretação não é um processo lógico.¹¹³

Essa ideia implica, portanto, considerar necessário que o juiz não esteja muito estritamente obrigado a julgar em conformidade com os precedentes, mas seja livre para julgar de uma maneira nova, cada vez que a partir dos cálculos custos/benefícios, se evidencie que uma decisão inovadora traria maiores vantagens. Apontar novas soluções capazes de melhorar o direito existente, com base em precisas escolhas de valor, deveria ser um dos objetivos do jurista pragmático. Por isso, Posner propõe que o direito seja considerado não tanto como um conjunto de regras dadas ou como uma série de soluções pré-fabricadas, mas como um conjunto de atividades dos juízes e advogados, destinados a resolver casos jurídicos reais, e de soluções efetivas para problemas jurídicos concretos.¹¹⁴

Em abordagem semelhante, Streck refere que o Realismo Jurídico é uma espécie de Direito de Juízes, em que o Direito será aquilo que os tribunais decidirem. O Direito é a vida cotidiana, é fato social, o Direito colocado por uma autoridade: o juiz. A decisão judicial cria o direito, e a norma só diz algo pela boca do juiz, que dirá o sentido do texto, a partir da observação empírica.¹¹⁵

Em artigo sobre a teoria da decisão judicial e sua reconstrução, Alexandre de Castro Catharina transcreve perspectiva de Marinoni¹¹⁶, de que a obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos

¹¹³ POSNER. *The problems of jurisprudence*. p. 459-460 Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 36-37.

¹¹⁴ POSNER. *The problems of jurisprudence*. p. 459-460 Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 36-37.

¹¹⁵ STRECK. *Dicionário de Hermenêutica*. p. 245-250.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 58. Apud CATHARINA, Alexandre de Castro. **Elementos para (re)construção da teoria geral da decisão judicial no processo civil brasileiro**. In: Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 13, n. 1, ago. 2017, p. 25. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/58>>. Acesso em 18.03.2021.

fundamentais. Quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei.¹¹⁷

Por outra, Clève e Lorenzetto ressaltam que, no plano da sua produção, o Direito não pode ser separado da política, pois é fruto da vontade majoritária da sociedade e de disputas políticas, que são estabilizadas através da formulação de normas com pretensão de universalidade. Nesse diálogo institucional, é importante a compreensão do conceito de supremacia da Constituição, como traço distintivo que a posiciona em hierarquia superior em relação às demais normas do sistema. Espera-se que a Constituição seja o resultado da confluência de uma manifestação política bem qualificada da vontade popular, e se coloque para além da vontade majoritária estabelecida regularmente. A supremacia constitucional é o fator inicial que habilita a realização da fiscalização de constitucionalidade, pois as normas precisam guardar compatibilidade com os preceitos esculpidos na Carta Magna. Assim, em vez de romantizar ou pintar uma caricatura inadequada de algum dos Poderes (ou dos Agentes Políticos), envolvidos nos processos de disputa sobre temas que promovem grandes divergências, esses autores entendem que os juízes têm um papel interdependente na democracia. Os juízes, sozinhos, não definem a doutrina jurídica, mas participam em um diálogo com outros órgãos do governo e, também, com o povo.¹¹⁸

Dentre as principais ideias do pós-positivismo jurídico, em que a Constituição e o controle de constitucionalidade possuem papel relevante na hermenêutica jurídica, percebe-se, também, uma maior participação do Poder Judiciário na concretização dos direitos, valores e fins constitucionais. Nesse cenário, juntamente com o fenômeno da judicialização das relações sociais, surgem as figuras da autocontenção e do ativismo judicial.

Segundo Flávia Santiago Lima, numa parte crucial do sistema político de diversos países, a transformação das cortes constitucionais é cercada de divergências. O modelo da “democracia judicial”, vem amparado na supremacia constitucional e na revisão judicial da legislação, que se tornou um fenômeno

¹¹⁷ CATHARINA, Alexandre de Castro. **Elementos para (re) construção da teoria geral da decisão judicial no processo civil brasileiro**. p. 25.

¹¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 126-129.

mundial. Todavia, sobre a atuação do Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, pairam dúvidas sobre sua compatibilidade com o princípio democrático, dos riscos apresentados pela interferência na atuação dos poderes majoritários, legitimados pelos critérios da democracia representativa e por serem dotados de estrutura e meios técnicos, para consecução de suas funções constitucionais.¹¹⁹

Essa autora esclarece que, as diferentes teorizações acerca da democracia parecem trazer, cada uma, um parâmetro para a aferição da função da jurisdição constitucional. Algumas teorias privilegiam a busca pela potencialidade da jurisdição constitucional, para o fortalecimento dos elementos democráticos num desenho institucional. A avaliação de uma contradição entre democracia e constitucionalismo, e por conseguinte, da jurisdição constitucional, vai além do reconhecimento das credenciais contramajoritárias dessa concepção, e depende da definição do tipo de democracia que se tem em referência.¹²⁰

E citando Boaventura de Souza Santos, destaca que: *“a expressão democracia, hoje, abrange diversos modelos e práticas – representativa, participativa, deliberativa – a configurar uma demodiversidade”*.¹²¹

A atuação do Supremo Tribunal Federal é questionada por uma indevida intervenção nas funções legislativa e executiva, em detrimento da distribuição constitucional de competências, pela centralização da interpretação em prejuízo dos demais órgãos jurisdicionais e pelo potencial lesivo que ela representa, para o arranjo democrático. Em contrapartida, a previsão do art. 102 da Constituição Brasileira de 1988 - que atribui ao Tribunal a guarda de seus conteúdos, e a própria doutrina jurídica, convocava a instituição (sobretudo nos anos 1990 e 2000), para o exercício das suas competências, sob o discurso da efetividade constitucional -, justificaria a assunção de novos papéis pela instituição. Como diagnóstico ou solução para essa complexa equação, surge a discussão quanto a duas posturas

¹¹⁹ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014, p. 21-22.

¹²⁰ LIMA. **Jurisdição constitucional e política**. p. 21.

¹²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002 Apud LIMA. **Jurisdição constitucional e política**. p. 21.

antagônicas, que podem ser atribuídas ao judiciário: autocontenção ou ativismo judicial.¹²²

O fortalecimento do Poder Judiciário se dá em função do enfraquecimento do parlamento. Considerando que ambas as instituições pretendem ampliar seu poder e a possibilidade de que entrem em conflito sobre questões ideológicas, há um consenso de que, na atualidade, as Cortes estariam vencendo esses embates. Isso representa um fenômeno ocidental de transferência das decisões políticas para a arena judicial. Trata-se da expansão judicial, pela adoção do binômio supremacia constitucional e jurisdição ativa. A expansão mundial, a criação de cortes supranacionais e o aprofundamento da judicialização da política no plano interno, com interferência em temas antes afastados das instâncias judiciais, exige explicações mais complexas, especialmente, quanto à deferência ao Poder Judiciário, pelos demais agentes políticos. Nos momentos de reestruturação institucional, a judicialização revela-se útil, sempre que as forças políticas não conseguem chegar a um compromisso político em questões estruturantes.¹²³

Conforme Lima, dentre os fatores que influenciam a compreensão dos juízes sobre o papel que desempenham no exercício da fiscalização de constitucionalidade, tem-se questões como a cultura jurídica na qual receberam sua educação, as características da norma constitucional objeto de apreciação, o tempo decorrido desde sua promulgação e, por fim, questões relacionadas à hermenêutica constitucional, na aproximação destas normas à realidade de sua aplicação.¹²⁴

A interpretação constitucional requer um exercício político, mas como todo processo institucionalizado, é regulado por normas e parâmetros que guiam e limitam sua atuação. Referidos parâmetros também são fornecidos pela doutrina, que colabora na formatação do papel da revisão judicial. Nesse sentido, a abordagem do papel das cortes e do universo da interpretação constitucional, feita pela academia jurídica, condiciona o entendimento dos próprios parâmetros normativos, a influenciar a afirmação de um ativismo ou autocontenção. A afirmação de uma Teoria Constitucional não é o único fator explicativo de um determinado

¹²² LIMA. **Jurisdição constitucional e política**. p. 22.

¹²³ LIMA. **Jurisdição constitucional e política**. p. 131-141.

¹²⁴ LIMA. **Jurisdição constitucional e política**. p. 160-161.

entendimento judicial, mas a atuação de uma corte é dependente, também, das concepções jurídicas reinantes naquele período.¹²⁵

Como observam Clève e Lorenzetto, a fiscalização de constitucionalidade é uma estrutura que está inserida na tensão e no diálogo entre os poderes, e pode ser justificada desde uma perspectiva institucional, como um “contrapoder” ou, em termos da proteção dos direitos fundamentais, como “trunfos” contra práticas políticas majoritárias inadequadas.¹²⁶

A caracterização do ativismo, em suas diversas dimensões, representa o resgate do debate acerca da jurisdição constitucional. De acordo com Lima, o termo ativismo traz um juízo valorativo, que indica uma crítica doutrinária a uma atuação discordante dos contornos, para o exercício da revisão judicial. Para essa autora, podem-se identificar alguns critérios-cânone, que caracterizam o ativismo em decisões judiciais.¹²⁷

Seriam decisões que implicam erro jurídico grave; que produzem resultado controverso ou indesejável; que invalidam uma norma; com desrespeito aos padrões culturais da atuação judicial. Decisões com ativismo contramajoritário, não originais; com falha ao acolher os precedentes; que não aderem aos limites jurisdicionais de seu próprio poder; com criatividade judicial, entendida como criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; com ativismo remedial, pelo uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas aos demais ramos de governo, ou manter instituições governamentais sob supervisão judicial, como parte da imposição de uma garantia; e o ativismo partidário. E, ainda, ativismo judicial poderia ser caracterizado pelas decisões que derrubam os atos constitucionais dos outros poderes; que desconsideram os precedentes; com exercício de atividade legislativa e desvio de metodologia aceitável de interpretação; com julgamento voltado aos resultados; com emprego de fundamentação ampla ou maximalista, em vez das fundamentações estreitas ou minimalistas; decisões dos casos de acordo com as preferências político-partidárias dos juízes.¹²⁸

¹²⁵ LIMA. **Jurisdição constitucional e política**. p. 160-161.

¹²⁶ CLÈVE; LORENZETTO. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. p. 132.

¹²⁷ LIMA. **Jurisdição constitucional e política**. p. 162-190.

¹²⁸ LIMA. **Jurisdição constitucional e política**. p. 162-190.

Por outra, a respeito da autocontenção, Lima cita a obra de Posner “O significado da autorrestrrição judicial”, na qual ele identificou algumas condutas dos magistrados, que podem ser consideradas como de autocontenção. A autocontenção judicial pode estar configurada quando o juiz: não permite que suas visões políticas influenciem nas decisões; é cauteloso, prudente, hesitante sobre a introdução dessas opiniões; atenta para os constrangimentos políticos no exercício do poder judicial; baseia suas decisões na preocupação de que, a criação de direitos pela via judicial, abarrote a instituição de ações, impedindo seu funcionamento adequado; pretende reduzir o poder da Corte, frente aos demais ramos de governo.¹²⁹

O ativismo e a autocontenção, prossegue Lima, são expressões que correspondem a um debate com várias dimensões (ideológica – institucional – metodológica), que revelam a complexidade desse debate, pois há dificuldades no estabelecimento de parâmetros e critérios, para avaliação da atuação judicial como ativista ou não. Diante dessa dificuldade, a autora propõe que a avaliação da Suprema Corte seja feita, precipuamente, por critérios jurídicos, com a substituição do conceito, por noções como as de legitimidade, pela avaliação da razoabilidade da decisão, pela análise se a decisão foi tomada a partir de parâmetros aceitáveis de comportamento judicial, mesmo que seu resultado não seja aprovado por indivíduos com pontos de vista diferentes.¹³⁰

Os juristas estabeleceram um consenso sobre o controle de constitucionalidade, avançando na noção de supremacia judicial. O embate direcionou-se ao modo de interpretar, a partir de perspectivas como a metodologia de interpretação ou “teorias da construção constitucional”. As novas construções, mais do que recomendarem sensibilidade ou prudência, prescrevem aos juízes da Suprema Corte, procedimentos de como devem ser decididos os casos. Se a autocontenção parece estar em descrédito, as teorizações em torno da limitação do exercício da revisão judicial permanecem. As novas construções vislumbram um

¹²⁹ POSNER. *The meaning of judicial self-restraint*. Indiana Law Journal. V. 59, n. 1, 1983, p. 1-24
Apud LIMA. *Jurisdição constitucional e política*. p. 205-206.

¹³⁰ LIMA. *Jurisdição constitucional e política*. p. 210-215.

papel para a jurisdição constitucional, mas trazem fórmulas para sua moderação, sob novos pressupostos.¹³¹

Lima conclui que, no meio de construções sobre como os juízes devem decidir, há uma procura pela construção de categorias jurídicas, que permitam uma avaliação mais criteriosa da atuação judicial, sob parâmetros mais objetivos. Uma espécie de busca pelo exercício de uma “função jurisdicional mais adequada”. Há necessidade de que as teorias constitucionais, voltadas à descrição da Constituição e à prescrição de como os juízes devem interpretá-la e aplicá-la, prestem atenção a três finalidades principais: a manutenção do Estado de Direito; a preservação da igualdade de oportunidades na democracia política; e a proteção de um catálogo moral e politicamente aceitável de direitos substantivos.¹³²

A efetividade dos direitos fundamentais e a complexidade da vida moderna, acabam por levar a uma postura proativa do Poder Judiciário. Há uma inovação da ordem jurídica a partir da necessidade de proteção judicial dos direitos fundamentais. O Poder Legislativo por vezes não produz a lei, por determinadas escolhas políticas, gerando um vácuo jurídico. Ocorre que a sociedade precisa de uma resposta do Direito e não a recebe, por causa da omissão dos demais Poderes. Diante disso, abre-se espaço para o protagonismo do Poder Judiciário.

Nesse espaço de protagonismo, a questão não é saber “se” é possível ao Poder Judiciário fazer inovação na ordem jurídica; mas sim, “como” isso vai acontecer. O Poder Legislativo retira sua autoridade e legitimidade da representação do voto popular. E o Poder Judiciário retira sua autoridade e legitimidade social, da fundamentação de suas decisões judiciais, por meio de argumentos racionais convincentes.

A inovação judicial na ordem jurídica ocorre por meio da jurisdição constitucional. Com ela é possível projetar a imagem de manutenção do Estado de Direito, preservar a igualdade de oportunidades na democracia política, e implementar a correção/adaptação da norma aos princípios da justiça e aos direitos fundamentais.

¹³¹ LIMA. **Jurisdição constitucional e política**. p. 210-215.

¹³² LIMA. **Jurisdição constitucional e política**. p. 210-215 e 327-333.

CAPÍTULO 2

DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONCRETIZAÇÃO DA NORMA

Para compreender a Jurisdição Constitucional, no Constitucionalismo Contemporâneo, é necessário atentar que os valores transcendentais e o pluralismo democrático devem ser conciliáveis. Para viabilizar essa harmonização são necessárias técnicas, instrumentos e instituições, que vão processar essa tensão, buscando conciliar a preservação dos valores fundamentais da democracia. O Tribunal Constitucional passa a ser considerado um porta-voz dos direitos fundamentais e da vontade do povo que atravessa a história – o povo perpétuo, verdadeiro titular da soberania – a nação que subsiste no tempo. A perspectiva pós-positivista influencia decisivamente a formação de uma moderna interpretação constitucional, sendo assim examinadas algumas teorias mais contemporâneas. Dentre elas, as propostas de Aarnio, MacCormick, Peczenik, Wroblewski, Tarello e Guastini. A função integrativa do sentido das normas, pelo intérprete, dá margem ao desempenho de uma atividade criativa. Observa-se, ainda, alguns pontos do processo de criação e de concretização da norma sob as perspectivas de Reale e Müller.

2.1 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Estado Democrático de Direito contemporâneo, segundo Cláudia Toledo, é a organização jurídica de poder, que se assenta na declaração e na garantia dos direitos fundamentais, que são vinculantes para toda a produção e interpretação do ordenamento jurídico, e para o exercício do poder estatal. É tarefa do Poder Judiciário fiscalizar a observância das normas fundamentais, das demais normas constitucionais e infraconstitucionais pelo Poder Executivo (controle legal da Administração Pública). E, também, exercer o controle da conformidade das leis produzidas pelo Poder Legislativo ao texto constitucional. O Judiciário é o poder que, precipuamente, assegura o respeito e obediência ao ordenamento jurídico, aos direitos fundamentais, vinculantes a todas as demais normas jurídicas. Tanto mais

eficazes e efetivos são esses direitos e toda a ordem jurídica, quanto mais independente for o Poder Judiciário. Tanto mais independente será, quanto mais democrático for o Estado no qual atua, pois haverá menor ingerência indevida dos outros poderes. Em Estados totalitários, não raras vezes, o Poder Executivo avoca para si muitas das competências que, em um Estado Democrático de Direito, estão divididas entre os diferentes órgãos públicos.¹³³

Conforme Streck, o Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, o que reforça o caráter hermenêutico do direito. Todavia, isso não pode comprometer os alicerces da democracia representativa. O grande dilema contemporâneo será construir condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. Mas se alguém deve dizer por último o sentido do direito, no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos, em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade, trazidos pelas Constituições, torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica.¹³⁴

Para entender o dramático confronto entre o velho modelo (assentado no sentido comum teórico, atravessado pela crise de paradigmas), com o novo modelo de direito – o Estado Democrático de Direito, representado pela Constituição de 1988 e sua substancialidade principiológica -, oportunas as lições de Gadamer, citado por Streck, de que toda experiência é confronto, pois opõe o novo ao velho, não sendo possível aquilatar se esse novo prevalecerá, tornando-se assim, uma experiência; ou se o velho reconquistará a sua consistência.¹³⁵

Friedrich Muller observa que, a ideia fundamental da democracia está na determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Povo entendido como totalidade de pessoas, fixadas no território do respectivo Estado,

¹³³ TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy. 2003, p. 114-115 e 12-121.

¹³⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy**. In: Revista Direito e Práxis. v. 4, n. 7, 2013, p. 343-367. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350/0>>. Acesso em 27.01.22.

¹³⁵ STRECK, Lênio Luiz. **A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do Direito (NCD)**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 110.

que forma uma multiplicidade diferenciada, mista, constituída em grupos. Os indivíduos atuam, ao mesmo tempo, como fonte de normatividade jurídico-política social, destinatários das normas criadas e agentes controladores dos atos praticados pelas autoridades públicas, arguindo sua responsabilidade. Esse é o povo soberano de uma democracia, que se organiza juridicamente em uma prática cotidiana de discussão, em busca de consenso, em procedimentos democráticos.¹³⁶

Muller alerta que, é altamente complexo o atual tecido multipolar de relações entre instâncias estatais, esferas e grupos sociais, entre o indivíduo e outros titulares afetados de direitos. E o Estado Democrático de Direito deve empenhar-se em fazer justiça a todas essas instâncias. Trata-se de um enfoque que não interpreta a liberdade humana de forma liberal-isolante, mas de forma interacionista. Ou seja, os semelhantes não aparecem como limites a liberdade do indivíduo, mas como meio de realização recíproca, numa espécie de livre interação conjunta. Isso direciona o olhar sobretudo para as questões atinentes à organização e ao procedimento na realização dos direitos fundamentais.¹³⁷

Segundo salienta César Saldanha Souza Junior, para compreender a jurisdição constitucional, no constitucionalismo contemporâneo, é necessário atentar que os valores transcendentais e o pluralismo democrático devem ser conciliáveis. Os valores transcendentais abertos ao universal da pessoa humana; e o pluralismo democrático reconhecendo limites legítimos e razoáveis. Para viabilizar essa harmonização são necessárias técnicas, instrumentos e instituições. O constitucionalismo contemporâneo vai processar essa tensão, buscando conciliar a preservação dos valores fundamentais da democracia, com a evolução histórica, que traz ínsita a evolução da compreensão dos próprios valores.¹³⁸

Ocorre que, a Constituição vem recebendo da sociedade, a missão de encarnar a essência da juridicidade, para regular o Estado e o convívio social. Não se trata mais, simplesmente, da supremacia de puros comandos de vontade, pretensamente contidos nas disposições do texto constitucional. A supremacia da

¹³⁶ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad. 2003, p. 53, 57, 72-73, 108 e 111.

¹³⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais.** Traducción de Peter Naumann. In: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 7, 2003, p. 317-318. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/761502.pdf> > Acesso em 26.01.2022.

¹³⁸ SOUZA JUNIOR, César Saldanha. **O tribunal constitucional como poder:** uma nova teoria da divisão de poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora. 2002, p. 107-109.

Constituição implica prevalência última dos valores supremos da razoabilidade jurídica, radicados na dignidade perene da pessoa, suscetíveis a um processo de descoberta e concretização ao longo da história dos povos. Sem uma jurisdição constitucional, não há falar em supremacia do direito, menos ainda em controle de constitucionalidade, e tampouco, em direito constitucional. Sem uma Constituição escrita, rígida e com técnicas de controle de constitucionalidade, não há como proteger, jurídica e eficazmente, a dignidade da pessoa humana.¹³⁹

Em sentido semelhante, a posição de Fernando Jayme, de que nos regimes democráticos, garantir a Constituição representa preservar a estabilidade das regras de convivência política, limitando o poder. A democracia não prescinde da existência de um sistema de controles; e a Constituição é o limite dos excessos de poder cometidos pela maioria em detrimento da minoria. A inexistência de limites implicaria a ditadura da maioria, que estaria sempre estabelecendo as regras do jogo, a fim de se perpetuar no poder, inviabilizando a possibilidade de alternância. A existência da jurisdição constitucional assegurando a efetividade das regras constitucionais representa, principalmente, uma garantia da minoria contra a opressão da maioria. Ou seja, a legitimidade da jurisdição constitucional e do controle jurisdicional de constitucionalidade está no fato de que os juízes, ao declararem nula uma lei porque contrária à Constituição, agem preservando a própria soberania popular expressa no poder constituinte.¹⁴⁰

Conforme Clève e Lorenzetto, o amadurecimento do Estado Democrático de Direito é testado pela sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, e, também, fazer com que as instituições possam ser objeto de atualizações, de mudanças estruturais que venham a adequar a tensão entre o Direito e a política. Ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande às partes, que defendam seus casos com argumentações, como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas, a busca por consensos no espaço jurídico não pode esconder do Poder Judiciário, os fatos políticos que pulsam na vida social, e que animam a vida em sociedade.¹⁴¹

¹³⁹ SOUZA JUNIOR. **O tribunal constitucional como poder**. p. 107-109 e 110-112.

¹⁴⁰ JAYME, Fernando G. **Tribunal Constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000, p. 69-73.

¹⁴¹ CLÉVE; LORENZETTO. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. p. 146.

No Estado Democrático de Direito, destaca Gustavo Binbenbojm, busca-se compatibilizar o ideal de um “governo das leis” (expressão da vontade geral) com a limitação do poder político (plataforma apropriada pelo constitucionalismo). Trata-se de uma configuração até singela e um tanto utópica, de que o governo respeita a um só tempo a soberania popular, expressa pela regra da maioria, e os princípios consagrados na Constituição. Cabe à jurisdição constitucional realizar tal projeto, atuando como árbitro do jogo democrático e tendo como objetivo assegurar, contra eventuais maiorias, a pauta de direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas. Embora a jurisdição constitucional se apresente como uma instância de poder contramajoritário, situada no limite entre o jurídico e o político, sua missão será a de intervir a favor (e não contra) a democracia.¹⁴²

Trata-se, em certa medida, da defesa do pluralismo, como lembra Marcelo Campos Galuppo. A defesa do pluralismo é uma característica do Estado Democrático de Direito, paradigma que a Constituição Brasileira prescreve não só como modelo de Estado, mas também como projeto de sociedade. No Estado Democrático de Direito o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contemporânea, e que, portanto, não é legítimo eliminar qualquer projeto de vida, sem interferir na autoidentidade de uma determinada sociedade.¹⁴³

Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos, que compõem uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade. Se os diversos projetos estão em conflito, a solução dada ao problema pelo Estado Democrático de Direito não é pressupor um consenso radical, homogêneo e ilimitado para, artificialmente e sem a participação popular no processo decisório, criar-se um “projeto” alternativo. Na verdade, a solução dada pelo Estado Democrático de Direito, é a de que, por meio de um debate público ilimitado, é possível preservarem-se condições mínimas para que todos os projetos se realizem.¹⁴⁴

¹⁴² BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rev. Amp. Atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014, p. 09-10.

¹⁴³ GALUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica constitucional e pluralismo**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 53-55.

¹⁴⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica constitucional e pluralismo**. In: SAMPAIO. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. p. 53-55.

Em sentido semelhante, a posição de Marcelo Cattoni de Oliveira, para quem a jurisdição constitucional, em especial no exercício do controle de constitucionalidade, deve garantir o devido processo legislativo e os direitos fundamentais. O constitucionalismo e a democracia não são concorrentes, mas são faces de uma mesma moeda. E os direitos fundamentais são garantias de institucionalização de um processo legislativo democrático, fundado na autonomia jurídica, pública e privada, realizador da pretensão jurídico-moderna, de que os destinatários das normas são seus próprios autores.¹⁴⁵

Acerca da preservação da democracia, François Ost faz uma consistente reflexão sobre os mecanismos de controle, que os governados exercem sobre os governantes. A democracia é o regime que tira a sua autoridade do apoio renovado do povo. O tribunal constitucional, transformado em intérprete autorizado da Constituição e censor do legislador, passa a aparecer como co-constituente, como porta-voz mais eminente dos direitos fundamentais e da vontade trans-histórica do povo. A representação parlamentar perdeu seu monopólio de oráculo da vontade popular. O povo passou a exprimir-se por via de sondagens, de meios de comunicação e de recursos aos Tribunais Constitucionais, investindo no tempo contínuo de uma democracia no quotidiano.¹⁴⁶

Hoje já não é verdade que o parlamento faz a lei. O parlamento tem que partilhar essa prerrogativa com os inúmeros “empresários legislativos” que souberam fazer reconhecer o seu direito de participar na elaboração da norma geral, tais como: associações, sindicatos, movimentos sociais, comitês de especialistas, mediadores, instâncias europeias, tribunais de justiça, administrações diversas: tantos operadores de um direito que doravante se escreve em rede. Tudo se passa como se a vontade geral deixasse de ser o produto de uma decisão única e instantânea e assumisse a forma de um processo coletivo e aberto. Ou seja, o poder alarga-se, partilha-se, torna-se imanente.¹⁴⁷

Todavia há riscos, prossegue Ost. Ao generalizar-se, a democracia de opinião poderia dar o espetáculo de uma divisão sem princípios de recomposição e de uma

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição constitucional**: poder constituinte permanente? In: SAMPAIO. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. p. 71.

¹⁴⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 260-261.

¹⁴⁷ OST. **O tempo do direito**. p. 261-262.

instantaneidade sem constância. A tirania das sondagens, reveladora de um eleitorado emotivo e versátil, a ação de certos meios de comunicação, geradores de reflexos plebiscitários, e a multiplicação de recursos de anulação de lei, motivados mais por interesses egoístas do que pela preocupação dos princípios, são alguns indícios, dentre outros, da realidade desse risco. Por outra, esses mecanismos representam também uma ocasião de aprofundar o projeto democrático. Ocorre que, alargando o acesso à produção legislativa, generaliza-se o princípio deliberativo e torna-se menos fictícia a imagem da vontade “geral”, permitindo a uma minoria ou até mesmo a um indivíduo, solicitar a censura da lei. Com isso, é possível melhorar o seu texto e o tornar mais conforme aos princípios de base.¹⁴⁸

Para além dos sobressaltos, que os acasos das maiorias políticas de circunstância podem representar, e dos instantâneos mais ou menos aleatórios, que as votações parlamentares desta ou daquela lei formam, tais mecanismos de participação e de controle oferecem à democracia uma hipótese de continuidade e uma adaptação gradual dos seus valores. Deixando de estar confinada ao instante pontual das eleições, a democracia torna-se assim permanente; e o seu princípio de legitimidade consolida-se.¹⁴⁹

Com a realização progressiva da democracia de opinião e o aumento do poder do juiz constitucional, o projeto democrático aprofunda-se, e a ideia de representação apura-se, em benefício de mecanismos reguladores. Isso, contudo, não deverá levar a que a opinião tome o lugar da representação, nem a que o juiz constitucional substitua a vontade dos eleitos pela sua. Trata-se de uma afinação e de um redobrar da representação, e não a sua liquidação. Essa questão é radicalmente temporal: à distinção governantes/governados junta-se a distinção povo atual/povo perpétuo. A democracia contínua (temporalidade transcendente) distingue-se tanto da democracia direta, quanto da democracia representativa clássica. Essa temporalidade transcendente assinala que o “povo atual” (o corpo eleitoral do momento) nunca passa do representante momentâneo e transitório do “povo perpétuo” (verdadeiro titular da soberania). O povo perpétuo é um poder sempre mais ou menos latente, que não se esgota em nenhuma das suas realizações concretas, e que está sempre em curso de atualização, para além das

¹⁴⁸ OST. **O tempo do direito**. p. 261-262.

¹⁴⁹ OST. **O tempo do direito**. p. 262.

suas manifestações. Trata-se do “povo jurídico”, que persiste idêntico a si mesmo, através da sucessão das gerações: a nação que subsiste no tempo.¹⁵⁰

De acordo com Ost, é nessa perspectiva de um tempo transcendente, que precisa se situar a intervenção do juiz constitucional. A intervenção judicial não deve se prestar a todos os ventos de uma opinião versátil, mas deveria assumir, vez ou outra, a responsabilidade de uma resolução antimaioritária, caso seja verificado que a maioria ataca os princípios constitucionais. Assim agindo, o juiz demonstraria que uma maioria, mesmo esmagadora, pode não ser válida para o povo soberano: o juiz evita que o povo entre em contradição consigo mesmo, desprezando os princípios que o autorizam, nas suas liberdades e capacidade política. Em outras palavras, impede que o “povo atual” usurpe, no presente, da vontade de um poder que só pertence ao “povo transcendente”. O juiz decide a favor do povo autenticamente constituinte, contra o povo do momento, não perdendo de vista que o verdadeiro soberano está para além do tempo presente.¹⁵¹

Essa fidelidade às promessas fundadoras, porém, não pode ser confundida com o imobilismo de uma censura conservadora e até reacionária. Conforme Ost, o tempo jurídico da implementação dos textos é simultaneamente mais contínuo do que o tempo das revoluções políticas; e mais descontínuo e mais evolutivo, que a aparente perenidade da letra das leis. O tempo jurídico e institucional é metamórfico. É também preciso distinguir cuidadosamente as revoluções políticas das revoluções jurídicas, e admitir que muitas normas jurídicas continuam em vigor apesar das transformações revolucionárias. Mas inversamente, será preciso reconhecer, também, que certas revoluções jurídicas se operam à margem de qualquer cisma político, e por vezes até mesmo sem alteração aparente da norma.¹⁵²

O exercício progressivo de um controle de constitucionalidade constitui um exemplo dessa revolução jurídica silenciosa. Ocorre que o Direito, decididamente, não se resume a uma soma de normas escritas, nem a um conjunto de vontades explícitas, nem a uma organização de processos formais. Sob a forma de uma Constituição material (que é, por excelência, o instrumento jurídico de ligação do

¹⁵⁰ OST. **O tempo do direito**. p. 262-263.

¹⁵¹ OST. **O tempo do direito**. p. 264.

¹⁵² OST. **O tempo do direito**. p. 264-265.

futuro), o Direito é a soma dos valores, das representações e das práticas normativas em vigor na comunidade.¹⁵³

Como já referido por Barroso, o Constitucionalismo Contemporâneo promove uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem se beneficiar do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns princípios já se inscreviam nela, de longa data, como a liberdade e a igualdade sem embargo da evolução de seus significados. Outros princípios, clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado Democrático de Direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.¹⁵⁴

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. O que há de singular na dogmática jurídica atual é o reconhecimento de sua normatividade. Os princípios constitucionais, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Eles servem de guia para o intérprete e devem desempenhar os seguintes papéis: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; e c) condicionar a atividade do intérprete.¹⁵⁵

De acordo com Barroso, a perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação

¹⁵³ OST. **O tempo do direito**. p.264-265.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 328.

¹⁵⁵ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 328-329.

constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo.¹⁵⁶

O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro o conduziu ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.¹⁵⁷

Conforme Boaventura de Souza Santos, o protagonismo dos tribunais emerge de uma mudança política, e está muito relacionado com um certo desmantelamento do Estado social - o direito laboral, previdência social, educação, saúde - o Estado de bem-estar, caracterizado por políticas sociais fortes. O modelo de desenvolvimento se assenta nas regras de mercado e nos contratos privados, e para que esses sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade, é necessário um judiciário eficaz, rápido e independente. Por outro lado, a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do Judiciário. A Suécia, provavelmente detentora do melhor sistema de Estado de bem-estar da Europa, tem baixíssima litigância judicial. O mesmo ocorre na Holanda. Para Boaventura Santos, isso significa que a litigância tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas também com o nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação.¹⁵⁸

¹⁵⁶ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 333-334.

¹⁵⁷ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 344.

¹⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Cortez Editora, 2014, p. 13-14.

No Brasil, a Constituição de 1988 foi responsável pela ampliação do rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como também dos chamados direitos de terceira geração: meio ambiente, qualidade de vida e direitos do consumidor. Essa construção jurídico-institucional, prossegue Boaventura Santos, aumentou as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e garantias consignados na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais, pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais. Atreladas a isso, foram também ampliadas as estratégias e instituições, que se podem lançar mão para invocar os tribunais. A redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial, como alternativa para alcançar direitos.¹⁵⁹

A constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos, sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efetividade e abre espaço para uma maior intervenção judicial, a partir do controle de constitucionalidade. Muitas das decisões judiciais de destaque acabam por consagrar princípios e normas constitucionais, para além ou ao contrário do que está estabelecido na lei ordinária.¹⁶⁰

Nesse contexto de maior demanda, pela solução judicial dos conflitos em um ambiente democrático e de preservação dos direitos fundamentais, surge a necessidade de se aperfeiçoarem as técnicas de interpretação da Constituição no controle de constitucionalidade das normas.

2.2 HERMENÊUTICA, JUSTIFICAÇÃO E RACIOCÍNIO JURÍDICO

Nas palavras de Barroso, o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional. E a teoria dos direitos fundamentais está edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos

¹⁵⁹ SANTOS. **Para uma revolução democrática da justiça**. p. 14-15.

¹⁶⁰ SANTOS. **Para uma revolução democrática da justiça**. p. 15.

textos constitucionais e o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.¹⁶¹

Como já referido, o pós-positivismo identifica um conjunto de ideias que ultrapassa o legalismo estrito do positivismo normativista. A sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. O pluralismo político, jurídico e a nova hermenêutica são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática, que fez a travessia de um milênio para o outro.¹⁶²

Também Streck se dedicou a identificar alguns pontos característicos do pós-positivismo jurídico, que podem ser assim sintetizados: a) o reconhecimento do Direito enquanto uma prática; b) a ênfase no acontecer do Direito, com destaque em sua indeterminação; c) uma reaproximação do Direito com o seu entorno, como a moral e a política, isto é, ainda que em níveis diferentes, o fenômeno jurídico deixa de ser entendido em sua autonomia absoluta; d) a tentativa de fazer uma teoria não-descritiva; e) a tentativa de uma teoria para além das dicotomias descrição/prescrição, fato/valor, ser / dever ser; f) a busca por uma aplicação não discricionária, que reforce o papel da fundamentação/justificação; g) maior fluidez na construção do Direito, isto é, o legislador não encerra o Direito, tampouco o judiciário o cria do nada; h) um reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, entendidos com padrões vinculantes e substanciais, que exigem do intérprete um exercício distinto na aplicação do Direito; e, i) uma igual ou maior consideração da legitimidade em relação a validade, ou seja, para além de critérios neutros de validação, o Direito legislado ou aplicado deve manifestar-se democraticamente legítimo.¹⁶³

Aurélio Vieito ensina que a palavra hermenêutica tem origem no vocábulo “*hermeneia*” e significa tornar algo compreensível, mediar, levar alguma coisa ao alcance de alguém. Os conceitos de hermenêutica e interpretação não se confundem embora estejam intimamente ligados. A hermenêutica fornece os subsídios da interpretação e pode ser definida como o conjunto de princípios que regulam e orientam a interpretação das normas jurídicas, por meio de normas

¹⁶¹ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 351-352.

¹⁶² BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 344.

¹⁶³ STRECK. **Dicionário de Hermenêutica**. p. 218.

técnicas apropriadas para o trabalho do intérprete¹⁶⁴. Em outras palavras, o intérprete deve preliminarmente recorrer aos ensinamentos da hermenêutica, para descobrir o sentido e o alcance de um determinado dispositivo legal, pois do contrário estará preso ao senso comum e não terá uma visão abrangente. A hermenêutica é, portanto, “*conditio sine qua non*” para o entendimento da norma jurídica.¹⁶⁵

Por sua vez, a interpretação é o ato de explicar o sentido de alguma coisa, é revelar o significado de uma expressão verbal, artística ou constituída por um objeto, atividade ou gesto. A interpretação é o direito vivo, extraindo do enunciado, do texto, a norma jurídica implícita e captando o sentido e os significados das realidades jurídicas. A lei, enquanto não interpretada, é apenas constituída de enunciados linguísticos, que só terão vida depois do resultado interpretativo.¹⁶⁶

É como defende o sempre lembrado José Joaquim Gomes Canotilho: “disposição ou preceito” é o simples enunciado de um texto ou documento normativo; e “norma” o significado jurídico-normativo do enunciado linguístico. A “disposição, preceito, enunciado linguístico” é o objeto de interpretação; e a “norma”, é o produto da interpretação.¹⁶⁷

A interpretação dos dispositivos constitucionais, de acordo com Hector Fix Zamudio, requer particular sensibilidade, que permita captar a essência, penetrar na profundidade e compreender a orientação das disposições fundamentais, tendo em conta as condições sociais, econômicas e políticas existentes, no momento que se pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos.¹⁶⁸

Conforme Streck, deve-se reconhecer que a experiência do mundo supõe sempre a dimensão hermenêutica, isto é, a sociedade possui sempre uma existência, que somente pode ser compreendida linguisticamente. A experiência necessita triunfar sobre a tradição, sob pena de fracassar exatamente por causa

¹⁶⁴ VALDÉS, Jorge A. Tapia. ***Hermenéutica constitucional: la interpretación de la Constitución em Sudamérica***. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1973, p. 15 Apud VIEITO. ***Da hermenêutica constitucional***. p. 27.

¹⁶⁵ VIEITO. ***Da hermenêutica constitucional***. p. 27.

¹⁶⁶ VIEITO. ***Da hermenêutica constitucional***. p.31.

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Fundamentos da Constituição***. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 47 Apud VIEITO. ***Da hermenêutica constitucional***. p.31.

¹⁶⁸ ZAMUDIO, Hector Fix. ***Alguns aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamento mexicano***. Apud DANTAS, Ivo. ***Constituição & processo***. Introdução ao direito processual constitucional. v. 01. Curitiba: Juruá, 2003, p. 293.

dela. O novo deixaria de sê-lo, se não tivesse de se afirmar contra alguma coisa. É preciso compreender que o desvelar do novo pressupõe a desconstrução / destruição da tradição jurídica inautêntica, mergulhada na crise de paradigmas.¹⁶⁹

Em excelente apanhado sobre as teorias contemporâneas de hermenêutica e de interpretação, Faralli percebe que, a partir do final do século XX, há uma dissolução progressiva das escolas e correntes consolidadas, não sendo mais tão útil a distinção clássica entre jusnaturalismo, juspositivismo e realismo jurídico. Isso não significa dizer que essas correntes tenham desaparecido. A característica do debate filosófico-jurídico contemporâneo é a notável ampliação do âmbito temático. Ou seja, ao lado das problemáticas tradicionais, que vão da teoria da justiça à ciência jurídica, da teoria da norma à teoria do ordenamento, hoje o filósofo do direito está mais empenhado em tratar de questões específicas, que aproximam o filósofo moral do filósofo político e de outros ramos da ciência.¹⁷⁰

Nesse debate mais amplo, Faralli destaca as teorias de outros autores contemporâneos. Segundo Aulis Aarnio, o núcleo da atividade dogmática consiste na formulação de juízos interpretativos. Assim, a temática da interpretação deve ocupar uma posição central na reflexão do teórico do direito. A garantia da certeza e retidão, ao emitir juízos de correção sobre as decisões interpretativas, torna-se uma precondição da própria legitimidade do poder. A correção da interpretação não depende da possibilidade de determinar a existência de uma única resposta correta, e sim da possibilidade de justificar racionalmente as decisões interpretativas. Por esse ponto de vista, a própria justificação garante que a decisão interpretativa será apropriada. A possibilidade de justificar as decisões com base em critérios prefixados é suficiente para excluir a absoluta subjetividade das interpretações e, dessa maneira, limitar a multiplicação descontrolada dos significados jurídicos.¹⁷¹

A teoria da justificação jurídica, proposta por Aarnio, parte do pressuposto de que a racionalidade lógica, que consiste no respeito às regras da lógica formal, não esgota o campo da racionalidade aplicável ao direito. Para que uma decisão possa ser considerada justificada, ela deve demonstrar, em primeiro lugar, que é

¹⁶⁹ STRECK. **A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise**. p. 110.

¹⁷⁰ FARALLI. **A filosofia contemporânea do direito**. p. 01-03.

¹⁷¹ AARNIO, Aulis. ***On truth and acceptability of interpretative propositions in legal dogmatics***, *Rechtstheorie, Beiheft 2*, 1981, p. 33-51 Apud FARALLI. **A filosofia contemporânea do direito**. p. 44 e 47.

congruente com o direito preexistente; e que está em harmonia com as disposições jurídicas gerais, com as decisões interpretativas precedentes, que pertencem ao mesmo sistema jurídico. O requisito de justificação é a razoabilidade ou aceitabilidade substancial da solução proposta.¹⁷²

Com efeito, as soluções jurídicas particulares devem estar de acordo com a imagem própria de certa forma de vida, isto é, aos valores de justiça substancial próprios de determinada sociedade. As noções de “imagem do mundo” e de “forma de vida” remetem à possibilidade de encontrar, no interior de uma sociedade, uma estrutura comum do pensar e do agir humano, um conjunto de convicções e valores compartilhados.¹⁷³

Em outras palavras, a solução interpretativa pode ser considerada justificada, quando é possível demonstrar que ela é compatível com o sistema axiológico compartilhado, ao menos em suas linhas fundamentais.¹⁷⁴

Em sentido semelhante, Aleksander Peczenik ensina que o direito é um fenômeno constituído não só de regras em sentido estrito, mas também de princípios, fins, valores e ideais contidos em documentos normativos, produzidos por sujeitos diferenciados, em virtude de suas funções e de seu tipo de poder. Assim, o Direito não é uma entidade já dada e disponível, que o operador do direito encontra pré-fabricada, pronta para o uso. O Direito é antes uma construção do operador, que deve encontrar, em relação ao caso concreto, a combinação correta entre fatores diversos, com a presença de procedimentos argumentativos. É através da argumentação que os diversos componentes jurídicos podem ser identificados e combinados entre si, com relação ao caso concreto. Trata-se de uma forma mais ou menos articulada de raciocínio jurídico, que está implícita em cada uma das atividades do jurista.¹⁷⁵

Essas atividades podem ser resumidas em “enunciação de juízos de validade”, na qual identifica a validade de cada norma no interior do ordenamento

¹⁷² AARNIO. *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*. Dordrecht/Boston/Lancaster/Tóquio, 1986. Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 47-48.

¹⁷³ AARNIO. *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*. Dordrecht/Boston/Lancaster/Tóquio, 1986. Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 47-48.

¹⁷⁴ AARNIO. *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*. Dordrecht/Boston/Lancaster/Tóquio, 1986. Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 47-48.

¹⁷⁵ PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht/Boston/London, 1989 e *The passion for reason*, In L.G. Wittgen (org) *The law in philosophical perspective*. Dordrecht, 1997 Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 49.

jurídico; e “enunciação de juízos interpretativos”. Ambas as atividades exigem um raciocínio não exclusivamente lógico-dedutivo, mas devem respeitar alguns critérios de racionalidade. A “racionalidade lógica” (as transformações não devem violar o princípio de não-contradição, da consistência, e as regras de uso da linguagem geralmente reconhecidas como corretas numa sociedade); a “racionalidade de suporte” (a transformação deve respeitar o requisito da congruência, da coerência); e a “racionalidade dialética” (que é a possibilidade de se chegar a um consenso no grupo social em que ocorrem as transformações, a aceitabilidade social).¹⁷⁶

Ainda sobre a justificação jurídica, Neil MacCormick elaborou três critérios: “*consistency*”, “*coherence*” e “*consequentialist argument*”. Ou seja, as decisões tomadas por meio do raciocínio jurídico devem fazer sentido no sistema jurídico a que se referem, ou no mundo. Para fazer sentido no sistema de direito, as decisões devem ser coerentes e congruentes com os conteúdos desse sistema; e para fazer sentido no mundo, elas devem produzir consequências aceitáveis. Quando tais parâmetros são atendidos, o raciocínio jurídico é racional. Enfim, para MacCormick, uma decisão pode ser racionalmente justificada mesmo quando não é derivada das normas gerais do sistema, desde que seja coerente e congruente com o direito pré-existente e tenha consequências aceitáveis.¹⁷⁷

Outro filósofo referido por Faralli é Jerzy Wroblewski, que elaborou uma teoria completa da interpretação. Ele diferencia a “interpretação *latíssimo sensu*” (a que distingue ciências culturais das que têm por objeto a natureza); a “interpretação *latu sensu*” (entendida como a compreensão em geral do texto jurídico); a “interpretação *strictu sensu*” (relativa a textos ambíguos, vagos, ou de alguma forma pouco claros, desprovidos de um significado imediatamente dado, que tem por finalidade precípua tornar tais textos, efetivamente aproveitáveis para o problema jurídico a ser resolvido). E, ainda, a “interpretação operativa” (cujo ponto de partida é a identificação de uma dúvida relativa ao significado da norma a ser aplicada). Essa dúvida tem um caráter estritamente pragmático e está ligada ao uso concreto da

¹⁷⁶ PECZENIK. *On law and reason*. Dordrecht/Boston/London, 1989 e *The passion for reason*, In L.G. Wittgen (org) *The law in philosophical perspective*. Dordrecht, 1997 Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 49-50.

¹⁷⁷ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford, 1978 (trad. It. Org. por V. Villa, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001 Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 51-52.

linguagem normativa, diante da dificuldade de qualificação jurídica dos fatos que caracterizam o caso em questão.¹⁷⁸

Wroblewski identifica três tipos de contextos: o linguístico, relacionado estritamente aos aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos da linguagem jurídica; o sistemático, referente às relações de uma norma com as outras normas pertencentes ao sistema normativo; e o funcional, referente a um conjunto complexo de fatores do tipo sociopolítico, econômico e valorativo. Segundo esse autor, as teorias capazes de ser a base para a solução de cada dúvida interpretativa são definidas como teorias normativas da interpretação. No interior dessas teorias normativas há as *teorias estáticas* (como valor à estabilidade, na definição do significado das normas jurídicas); e as *teorias dinâmicas* (que tendem a favorecer sua instabilidade, com base em critérios socio-funcionais). No âmbito do direito constitucional, a aplicação dos métodos de uma teoria interpretativa, que se aproximam da semiótica jurídica e da hermenêutica jurídica, leva a exaltar substancialmente o papel do intérprete, compreendido como produtor do significado do texto e, conseqüentemente, à qualificação da interpretação, como atividade criativa e não declarativa, contrariando assim as concepções do positivismo jurídico.¹⁷⁹

O debate sobre a interpretação e sobre o raciocínio jurídico foi fortemente estimulado nas últimas décadas, pela difusão dos enfoques jus-realistas, no plano teórico e pela crise da justiça no plano histórico. Nesse ponto, partindo do realismo americano, Giovanni Tarello desenvolve uma teoria realista do direito, baseada numa concepção da norma entendida, por um lado, como enunciado normativo, ou seja, como expressão linguística apta a ser interpretada em sentido normativo; e, por outro lado, como o conteúdo de significado normativo possível de se extrair de um

¹⁷⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The legal reasoning in legal interpretation: Logique et analyse*, 1969 (trad. It: *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione giuridica*, In Paolo Comanducci e Ricardo Guastini (orgs), *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit. p. 268-270; *Legal syllogism and rationality of judicial decision*. Rechtstheoric, 1974, p. 33-46; *Meaning and truth in judicial decision*, Helsinque, 1983; *The judicial application of law*, ed. póstuma org por Z. Bankowski e N. MacCormick, Dordrecht, 1992 Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 52-53.

¹⁷⁹ WRÓBLEWSKI. *The legal reasoning in legal interpretation; Logique et analyse*, 1969 (trad. It: *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione giuridica*, In Paolo Comanducci e Ricardo Guastini (orgs), *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit. p. 268-270; *Legal syllogism and rationality of judicial decision*. Rechtstheoric, 1974, p. 33-46; *Meaning and truth in judicial decision*, Helsinque, 1983; *The judicial application of law*, ed. póstuma org por Z. Bankowski e N. MacCormick, Dordrecht, 1992 Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 54-55.

enunciado. Tal noção de norma é útil a uma teoria da interpretação concebida não como atividade cognitiva, mas como atividade produtora de normas.¹⁸⁰

No mesmo sentido, Riccardo Guastini ensina que interpretar não é conhecer as normas, mas sim produzi-las. Ele define a interpretação como a operação que extrai normas a partir de disposições do legislador ou de outra atividade normativa. A hermenêutica jurídica, inspirada em modelos alemães (em especial: Gadamer e Esser; MacCormick e Dworkin), desenvolveu-se ao longo de duas diretrizes que são complementares entre si. A primeira, concentra-se na interpretação judicial e na análise jurídica da relação entre questões de fato e questões de direito; e a outra, a reflexão sobre o direito como prática social. As normas são definidas como enunciados condicionais, que vinculam certas circunstâncias factuais (casos) a determinadas consequências jurídicas (soluções). Além disso, as normas são entendidas como expressões linguísticas, como enunciados significantes, dotados de um significado definido e constante.¹⁸¹

Assim, Faralli conclui que a atividade judicial pode ser caracterizada em três princípios: 1) o princípio da inevitabilidade, segundo o qual os juízes têm a obrigação de resolver todos os casos que se apresentem na sua esfera de competência; 2) o princípio da justificação, pelo qual os juízes devem justificar as próprias decisões e provar a sua não-arbitrariedade; e 3) o princípio da legalidade, para que as decisões judiciais sejam fundamentadas nas leis do Estado.¹⁸²

A esses princípios são acrescentados os postulados de completude e de coerência do sistema jurídico, que podem garantir aquilo que é pressuposto do próprio conceito de sistema jurídico, quais sejam: os ideais políticos de segurança e igualdade formal. O postulado de completude faz com que o conteúdo de uma decisão judicial seja uma consequência lógica das premissas que a fundamentam. E o sistema jurídico é, de fato, um produto cultural, e como todo produto cultural, é resultado da atividade humana, que sobrevive aos seus criadores. Cada ato

¹⁸⁰ TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della lege*. Milano, 1980 Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 55.

¹⁸¹ GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria analítica del diritto*. Torino, 1982; *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2001; *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano, 2004. Apud FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 56.

¹⁸² FARALLI. *A filosofia contemporânea do direito*. p. 59-60 e 66.

normativo produz um efeito sobre o sistema jurídico, constituindo e/ou modificando o seu conteúdo.¹⁸³

Em abordagem semelhante, Barroso destaca que a grande virada na interpretação constitucional se deu, a partir da constatação de que não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral (inclusive as normas constitucionais) tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. Se assim fosse, caberia ao intérprete apenas uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.¹⁸⁴

Na verdade, a interpretação constitucional assenta-se no oposto dessa proposição. As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo, que uma certa tradição exegética lhes pretenda dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, produzindo enfim a solução constitucional adequada ao caso. Ou seja, a interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais são agregadas ideias, que anunciam novos tempos e amparam novas demandas.¹⁸⁵

O sistema jurídico ideal, para Barroso, poderia ser evidenciado numa distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica, com previsibilidade e objetividade das condutas; e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto. Não obstante a multiplicidade de concepções sobre a matéria, há pelo menos um consenso sobre o qual trabalha a doutrina em geral: princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete.¹⁸⁶

¹⁸³ FARALLI. **A filosofia contemporânea do direito**. p. 59-60 e 66.

¹⁸⁴ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 347-348.

¹⁸⁵ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 348.

¹⁸⁶ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 354-355.

Alguns enunciados normativos de textura aberta – os conceitos jurídicos indeterminados, tais como: ordem pública, interesse social, abuso do poder econômico; e os princípios, como por exemplo, da dignidade da pessoa humana, igualdade, moralidade – tornam o intérprete coparticipante do processo de criação do Direito. O enunciado normativo, por certo, oferece parâmetros, mas a plenitude de seu sentido dependerá da atuação integrativa do intérprete, a quem cabe fazer valorações e escolhas fundamentais à luz dos elementos do caso concreto.¹⁸⁷

Essa função integrativa do sentido das normas, pelo intérprete, dá margem ao desempenho de uma atividade criativa, que se expressa em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva. Todavia, para Barroso, nenhuma delas se confunde com a mutação constitucional. A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição, para alcançar situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; e a interpretação evolutiva é a aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas, quando de sua elaboração ou promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional.¹⁸⁸

A mudança constitucional por via da interpretação consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional, sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança de realidade social ou por uma nova percepção do direito.¹⁸⁹

Como já referido, há fortes diferenças entre hermenêutica e interpretação. A hermenêutica se encarrega das regras e a interpretação extrai o sentido. Então, como ensina Carlos Alberto Lopez Cadena, pela hermenêutica configuram-se as regras, que permitem extrair o sentido das normas constitucionais e dos direitos. Esse método vem baseado no princípio da supremacia constitucional, pelo qual a

¹⁸⁷ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 93-94.

¹⁸⁸ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 93-94.

¹⁸⁹ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 94.

Constituição é a norma das normas. Para o princípio da supremacia da Constituição há dois pilares básicos: a força normativa da Constituição e a rigidez constitucional.¹⁹⁰

Cadena comenta que, pela força normativa da Constituição, a interpretação de suas normas possui uma aplicação direta, que permite resolver o caso concreto. Portanto, além de serem eficazes, elas têm que estar vigentes e serem cumpridas. Ocorre que há certas normas que podem perder sua força normativa, seja pelo passar do tempo ou pelas contradições com o sistema. Por sua vez, em face da rigidez constitucional, existem mecanismos para modificar uma Constituição. A forma de fazer mudanças profundas, transcendentais, é através dos procedimentos formais que a própria Constituição estabelece. Os limites às vezes não estão muito definidos, mas para esse autor, está claro que por meio da interpretação, não se podem gerar reformas profundas.¹⁹¹

A criação judicial da norma a partir do texto constitucional, é atividade que decorre da interpretação, aplicação e concretização, temas que serão tratados no próximo subcapítulo.

2.3 A INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DA NORMA

De acordo com José Adércio Leite Sampaio, no Brasil há uma variedade de instrumentos de controle de constitucionalidade. E os efeitos normais da inconstitucionalidade são de várias espécies, tais como: a nulidade na ação direta de inconstitucionalidade, na declaratória de constitucionalidade (art. 23 da Lei nº 9868/99) e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 11 da Lei nº 9882/99; a inconstitucionalidade sem nulidade ou certificativas da omissão (art. 103, § 2º, CF/88). E a declaração da conformidade da norma a Constituição, situando-se a meio caminho entre a inconstitucionalidade e a legitimidade constitucional, com as chamadas sentenças intermediárias. Essas sentenças

¹⁹⁰ CADENA, Carlos Alberto Lopez. *Mutaciones constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional*. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. *El nuevo constitucionalismo em América Latina*. 1 ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 85.

¹⁹¹ CADENA. *Mutaciones constitucionales*. p. 86.

intermediárias são classificadas em: sentenças transitivas ou transacionais e as sentenças normativas.

As sentenças transitivas ou transacionais são aquelas que contêm um caráter transitório em seu pronunciamento, importando uma relativa transação com o princípio da supremacia constitucional. E as sentenças normativas são os pronunciamentos judiciais, que importam a criação de norma jurídica de caráter geral e vinculante. São elas: a) as sentenças interpretativas ou de interpretação conforme à Constituição; b) as sentenças aditivas; c) as aditivas de princípios; e d) as substitutivas.¹⁹²

Dentre as sentenças normativas, prossegue Sampaio, a técnica da interpretação conforme à Constituição defende a exclusão de interpretações inconstitucionais da norma impugnada e a sua redução ao único significado conforme à Constituição. Primeiro, os meios tradicionais ou outros instrumentos de concretização revelam ou explicitam os vários sentidos da disposição, para em seguida haver a opção pela interpretação conforme. Somente depois da identificação dos vários sentidos, faz-se uso de uma interpretação restritiva ou de redução teológica, que diminui o âmbito de incidência da norma, ou revela uma norma subjetiva ou objetivamente textual.¹⁹³

Em sentido semelhante, Barroso destaca que a interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada, como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, ela é decorrente da confluência dos princípios da supremacia da Constituição e da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, numa ação corretiva, que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades

¹⁹² SAMPAIO. José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p. 207-208.

¹⁹³ SAMPAIO. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. p. 208-209.

semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.¹⁹⁴

Com efeito, alerta André Gustavo de Andrade, é lição corrente na doutrina, de que a interpretação em conformidade com a Constituição não permite a criação de um sentido não decorrente, razoavelmente, do texto legal. A tarefa interpretativa encontra limites incontornáveis no texto interpretado. Não pode o intérprete, a pretexto de buscar harmonização com a Constituição, retirar consequência jurídica que evidentemente não tem origem na lei interpretada.¹⁹⁵

Voltando às palavras de Streck, a interpretação conforme e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto representam importantes mecanismos corretivos da atividade legislativa, seja do Poder Legislativo, da atividade normativa proveniente do Poder Executivo, bem como dos atos normativos oriundos dos próprios Tribunais. Isso porque, parece evidente, a atividade interpretativa representa, sempre, um processo de atribuição de sentido (interpretar é, sempre, aplicar). Além disso, há que se considerar impensável que um Tribunal, em sede de justiça constitucional, considere-se desligado da ordem política que o envolve, o que implica mecanismos adaptativos/corretivos, a serem aplicados nos textos legais contrastados com a Constituição.¹⁹⁶

Trata-se de princípio amparado justamente na força normativa da Constituição. Uma lei não deve ser declarada nula, quando pode ser interpretada em consonância com a Constituição. Com a edição da Lei nº 9868/99, ocorre a institucionalização dos mecanismos da interpretação conforme a Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto, como formas de controle de constitucionalidade. Ao aprovar essa lei, o Parlamento brasileiro admite (explicitamente) que a função do Poder Judiciário não é somente a de agir como “legislador negativo”, no exame de constitucionalidade das normas. Ele pode, também, exercer uma atividade de adaptação e adição/adjudicação de sentido aos textos legislativos. Isso não significa dizer que o Poder Judiciário se transformará em

¹⁹⁴ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 373.

¹⁹⁵ ANDRADE, André Gustavo C. de. **Dimensões da interpretação conforme a Constituição**. In: Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003, p. 107. Disponível em: < https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_100.pdf >. Acesso em 27.01.22.

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 442.

legislador positivo. O instituto da interpretação conforme e os demais mecanismos hermenêuticos não têm o condão de transformar o Poder Judiciário em órgão que está acima da Constituição.¹⁹⁷

Conforme Sampaio, o ponto central da jurisdição constitucional é a fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos. A Constituição é o ponto de partida do controle de constitucionalidade. Porém, deve-se ficar atento às variações desse ponto de partida, pois esconde diversos problemas, como por exemplo: os efeitos do tempo sobre a Constituição.¹⁹⁸

Na mesma toada, alerta Barroso que as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos. Quando há uma fórmula excessivamente rígida para a alteração da Constituição, ela acaba sendo tragada pela dinâmica das revoluções. Por conta disso, as Cartas Políticas estabelecem mecanismos institucionais, para sua própria alteração e adaptação às novas realidades. Coube à teoria constitucional alemã e à jurisprudência do seu Tribunal Constitucional Federal, o desenvolvimento e comprovação da tese da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal.¹⁹⁹

Tal admissão precisou superar a separação metodológica rígida, imposta pelo positivismo jurídico, entre o mundo do Direito (o ser) e a realidade fática (o dever-ser). O impacto da passagem do tempo e das transformações históricas, políticas e sociais levou ao reconhecimento dessa específica categoria teórica que é a mutação constitucional. O novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. E para que seja legítima, a mutação precisa ter assento democrático, ou seja, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, respaldada pela soberania popular.²⁰⁰

¹⁹⁷ STRECK. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. p. 444.

¹⁹⁸ SAMPAIO. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. p. 181.

¹⁹⁹ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 90.

²⁰⁰ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 90-91.

O tema da mutação constitucional, prossegue Barroso, tem o seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade. Como já abordado anteriormente, já ficou para trás, na teoria jurídica, a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do mundo fático, assim como o dissociava da filosofia, da ética e de considerações em torno da ideia de justiça. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica, produziram modificações profundas no modo como o Direito é pensado e praticado, e redefiniram o papel da interpretação jurídica e do intérprete, especialmente em matéria constitucional. No caso da mutação constitucional, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato.²⁰¹

Para Miguel Reale, cada norma jurídica significa aquela solução ou composição tensional que, no âmbito de certa conjuntura histórico-social, é possível atingir-se entre exigências axiológicas (pressões políticas ou ideológicas, interesses de ordem econômica, valorações jurídicas, morais, religiosas...) e um dado complexo de fatos, isto é, todas as condições, circunstâncias e realidades já existentes no ato em que a norma surge. A norma jurídica não é mero reflexo daquilo que no fato já se contém. Na verdade, elas envolvem uma tomada de posição opcional e constitutiva, por parte de quem a emana, à vista do fato e segundo critérios de valor irredutíveis, ao plano da facticidade ou a uma pressuposta finalidade imanente à ação. A norma é, pois, síntese superadora que significa não um direito ideal ou mais perfeito, mas apenas o direito positivo, em função de valorações prevalecentes, em dado meio social e histórico.²⁰²

O fato é um fragmento de tempo, cuja história se quer reproduzir, não para efeitos de interpretação histórica, mas de compreensão normativa, que implica o seu sentido temporal. As variações semânticas registram as mutações de significado, correspondentes à inserção de novos elementos no sistema. Nesse cenário, a temporalidade pode ser considerada uma das dimensões do direito, pois o tempo está inserido na vida toda do Direito. A vida do Direito é a projeção de suas significações no tempo. Em outras palavras, de acordo com Reale, há uma ligação

²⁰¹ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 92-93.

²⁰² REALE, Miguel. **O direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1992, p. 204.

íntima entre a existência do Direito, como estrutura significativa, e a circunstância histórica daquilo que é significado, sendo possível concluir que o tempo se reduz a um problema de significação.²⁰³

Se o fato e o valor do direito só se concebem em função do tempo, o mesmo ocorre com o conceito de norma jurídica, cuja função normal é disciplinar atos futuros, dada a correlação essencial existente entre vigência e eficácia. Fato, valor e norma sintetizam um conjunto de fatores, cujo significado varia no tempo e só no tempo podem operar. Isso demonstra que a temporalidade não é uma dimensão a mais do direito, mas condição de todas elas, de tal modo que nada se pode dizer sobre o direito, que não dependa do tempo ou a ele não se refira. Trata-se aqui do tempo concreto da experiência jurídica, do tempo jurídico, em função da vigência dos preceitos e de sua eficácia no plano dos comportamentos humanos. A vida dos modelos jurídicos obedece a essa temporalidade concreta, através do contínuo renovar-se ou refazer-se das soluções normativas, isto é, das estruturas periódicas de significados vigentes na comunidade, bem como das variações semânticas, que ocorrem no âmbito e duração particular de cada vigência significativa.²⁰⁴

Para Reale, a norma é uma ponte elástica e flexível entre o complexo fático-axiológico que condicionou sua gênese, e os complexos fático-axiológicos que visam a atender no desenrolar do processo histórico. Ela deve ser concebida como ponte elástica, em face das variações semânticas que ela sofre, em virtude da intercorrência de novos fatores, condicionando o trabalho de interpretação e de aplicação dos preceitos. Tais alterações de significado, no entanto, encontram natural limitação na estrutura formal da regra jurídica positivada, não sendo possível esforço de exegese, que manifestamente desnature o seu enunciado.²⁰⁵

Muitas vezes as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua aceção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, decorrentes da interferência de fatores diversos, que vêm amoldar a letra da lei a um novo espírito. Essas alterações na semântica normativa podem resultar: a) do impacto de valorações novas; b) da superveniência de fatos que venham a modificar para mais ou para menos os dados da incidência normativa; e c) da intercorrência

²⁰³ REALE. **O direito como experiência**. p. 207-208, 213, 218.

²⁰⁴ REALE. **O direito como experiência**. p. 219-220 e 225.

²⁰⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 564.

de outras normas, que não revogam a regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação. Assim, às vezes, não é necessário mudar uma só palavra no texto legal para que ele adquira novo sentido. Basta que se altere o prisma histórico-social de sua aferição axiológica.²⁰⁶

Se a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, é essa complexa condicionalidade que nos explica por que uma mesma norma de direito, sem que tenha sofrido qualquer alteração, nem mesmo de uma vírgula, adquire significados diversos com o passar dos anos, por obra da doutrina e da jurisprudência. É que seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, nas circunstâncias em que o intérprete se encontra. Ocorre que o Direito é experiência social concreta e o jurista não deve prescindir das características e das circunstâncias de cada povo, processo vital que obedece a motivos peculiares a cada Nação.²⁰⁷

Voltando às reflexões de Ost, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica, o tempo é uma instituição social, uma construção social, que se temporaliza, não de forma exterior às coisas, mas que participa de sua própria natureza. O Direito contribui para a instituição do social, por meio de um discurso performativo, exprimindo o sentido e o valor da vida em sociedade. O Direito estreita o elo social, oferecendo aos indivíduos pontos de referência à sua identidade e autonomia. Há um elo poderoso entre a temporalização social do tempo e a instituição jurídica da sociedade: o direito temporaliza e o tempo institui.²⁰⁸

A implementação da norma jurídica mobiliza um tempo próprio, carregado de sentido instituinte. No centro da construção jurídica do tempo, há um ritmo que reconduz à figura da temperança, que é a sabedoria do tempo, o compasso justo de seu desenrolar, a justa dosagem da continuidade e da mudança, assegurando o equilíbrio das relações sociais. Trata-se do tempo metamórfico, esse tempo que se transforma sem nunca desaparecer, que progride sem se renegar, que encontra o justo equilíbrio entre estabilidade e mudança. Um tempo que é objeto de mutações contínuas, de adaptações permanentes, de remodelagens constantes, que decorre

²⁰⁶ REALE. **Filosofia do direito**. p. 566-567.

²⁰⁷ REALE. **Filosofia do direito**. p. 582-584.

²⁰⁸ OST. **O tempo do direito**., p. 12-15

da experiência e da história. O tempo da metamorfose é a aproximação da natureza enigmática do tempo social.²⁰⁹

Sobre a norma jurídica e sua concretização, também Müller elaborou sua teoria. Ele defende que o texto da norma não contém a normatividade e a sua estrutura material concreta. Na verdade, o texto dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização, materialmente determinada do Direito, no âmbito do seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem significado; enunciados não possuem sentido, na concepção de um dado orientador acabado. Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho concretizador ativo do destinatário; e com isso, à distribuição funcional dos papéis, instituída para a tarefa da concretização da Constituição e do Direito, graças à ordem jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional.²¹⁰

Na proposta metódica de Müller, a estrutura da norma jurídica deve considerar a correspondência mútua de dois elementos constitutivos distintos: o programa da norma e o âmbito da norma. A ação complementar recíproca entre esses dois elementos, em um processo estruturado, transforma a norma jurídica em norma de decisão; e o caso jurídico pendente de decisão, em caso jurídico decidido. O teor literal expressa o programa da norma, a ordem jurídica, tradicionalmente assim compreendida, o comando jurídico, em grande parte produzido a partir do texto. E o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu para si ou em parte criou para si, como seu âmbito e regulamentação, é o âmbito da norma.²¹¹

O âmbito da norma é um fator constituinte da normatividade. Ele não é a soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real, de elementos estruturais, que são destacados da realidade social, na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma. A norma jurídica e a realidade são reciprocamente complementares. Ela é o fenômeno composto de linguagem (textos de normas amplamente concretizados - programa da norma); e fatos (filtrados pelas diretrizes do programa da norma – âmbito da norma). O ato normativo concreto (o

²⁰⁹ OST. **O tempo do direito.**, p. 17-20; 204; 232-233.

²¹⁰ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 47.

²¹¹ MÜLLER. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** p. 48.

efetivo decidir problemas constitucionais) é uma atividade essencialmente construtiva, e não meramente declaratória).²¹²

O âmbito normativo não se limita ao puro empirismo de um recorte da realidade. Ele não engloba a totalidade absoluta dos fatos a serem concretamente inseridos nesse recorte, porque, como parte integrante da norma estruturante, ele só aparece quando o programa normativo assinala, no processo da interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, as estruturas básicas relevantes desse âmbito normativo, considerando o caso particular.²¹³

Müller ainda observa que, uma norma pode tornar-se obsoleta sem que seu texto literal tenha sido alterado e sem que haja uma revogação formal, ou seja, sem que tenha deixado de ser uma norma. A norma pura assim originada é apenas texto. Ela perdeu não apenas seu âmbito normativo determinado, mas também todo e qualquer âmbito normativo. Situação diversa ocorre com os princípios gerais de direito válidos ou com os princípios constitucionais.²¹⁴

Para suas ideias normativas fundamentais válidas e que têm em vista possíveis âmbitos normativos, devem ser desenvolvidos âmbitos normativos tipicamente racionalizados, especificamente em cada caso particular, para os diferentes tipos de circunstâncias reais. A norma obsoleta é passível de ser interpretada ainda como texto, e pode ser compreendida sob o ponto de vista histórico e das ciências humanas em geral. Todavia, não pode mais ser juridicamente concretizada.²¹⁵

Nesse ponto, interessante trazer a reflexão de João Fábio Silva da Fontoura, para quem: a norma não é suficientemente dada no texto; o intérprete efetivamente constrói um sentido (e não meramente o declara); o texto e a realidade se interpenetram. Assim, parece claro que a própria existência concreta da norma está ligada ao contexto histórico e social de sua compreensão e, por consequência, de sua concretização. A normatividade não é uma propriedade do texto da norma, mas

²¹² MÜLLER. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. p. 49.

²¹³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 249.

²¹⁴ MÜLLER. **Teoria estruturante do direito**. p. 202.

²¹⁵ MÜLLER. **Teoria estruturante do direito**. p. 202.

apenas da norma jurídica e da norma de decisão. A norma jurídica e a norma de decisão surgem somente no processo de concretização da norma.²¹⁶

Konrad Hesse ensina que a interpretação constitucional é concretização. O que não aparece de forma clara, como conteúdo da Constituição, é o que deve ser determinado, mediante incorporação da realidade, de cuja ordenação se trata. Assim, a interpretação constitucional tem caráter criativo, pois o conteúdo da norma interpretada só fica completo com sua interpretação. Porém, somente nesse sentido possui caráter criativo, pois a atividade interpretativa fica vinculada à norma.²¹⁷

Marcelo Neves, por sua vez, observa que não se fala de legislação e de atividade constituinte, como procedimentos de produção de norma jurídica geral, mas sim de emissão de texto legal ou de texto constitucional. A norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização.²¹⁸

E por fim, arremata Canotilho: concretizar a Constituição é o processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão, para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado da concretização. Essa concretização normativa é um trabalho técnico-jurídico; é o lado técnico do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, não é igual à interpretação do texto da norma; mas sim a construção de uma norma jurídica.²¹⁹

Ou seja, de volta ao pensamento de Müller, concretizar não significa (à maneira do positivismo antigo) interpretar, aplicar, subsumir e concluir. E, também não significa individualizar uma norma genérica codificada, na direção do caso individual mais restrito. Muito pelo contrário. Diante do caso de conflito social, que

²¹⁶ FONTOURA, João Fábio Silva da. **Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009, p. 105-106. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/92922> >. Acesso em 28.01.22.

²¹⁷ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, p. 40-41.

²¹⁸ NEVES, Marcelo. **A Constituição simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 85.

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1185.

exige uma solução jurídica, concretizar significa produzir a norma jurídica defensável para esse caso, no quadro de uma Democracia e de um Estado de Direito.²²⁰

De acordo com Adriano Sant'ana Pedra, o caráter aberto e amplo da Constituição exige maior atenção com a interpretação constitucional. Isso porque a hermenêutica ensina ao intérprete que, as diretivas de ação e as proposições valorativas, contidas nos preceitos jurídicos, só podem ser compreendidas quando aplicadas a situações concretas. Diante disso, a concretização normativa é uma exigência da abertura constitucional.²²¹

Para autores como Müller e Hesse, essa nova hermenêutica funciona como instrumento de concretização da democracia participativa, partindo do pressuposto que, a diferenciação social e o pluralismo político, são as principais características da sociedade contemporânea. Nesse contexto de conflito político e social, no qual se incluem formas democráticas de participação nos assuntos públicos, não seria razoável tomar o ordenamento constitucional, como um sistema normativo completo e fechado.²²²

O conceito de mutação constitucional no Brasil, não obstante inspirado em várias vertentes preconizadas pela doutrina alemã, acabou ficando restrito à noção de mutação constitucional interpretativa judicial. Ocorre que, na prática, é atribuída ao Supremo Tribunal Federal a função de realizar, no exercício do controle de constitucionalidade, as mudanças constitucionais informais.

Analisadas as principais questões relacionadas à interpretação constitucional, aplicação e concretização da norma jurídica, a seguir tratar-se-á do fenômeno da mutação constitucional e sua relação com a segurança jurídica.

²²⁰ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Tradução de Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mioto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

²²¹ PEDRA, Adriano Sant'ana. **Teoria da mutação constitucional**: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da teoria da concretização. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2009, p. 72-73. Disponível em: < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8668> >. Acesso em 01.02.22.

²²² PEDRA. **Teoria da mutação constitucional**. p. 72-73.

CAPÍTULO 3

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA

A mutação constitucional é um processo informal de alteração do sentido do texto da norma constitucional, que é decorrente das modificações que ocorrem na realidade social. A realidade para a qual foram emanadas as normas constitucionais já não coincide com elas. A segurança jurídica, por seu turno, é direito fundamental. O ordenamento jurídico equilibra-se entre os polos da estabilidade e da inovação. A segurança busca os ideais de conhecer, confiar e calcular o direito. A adaptação à nova realidade, pela decisão judicial mutativa, deve observar certos limites materiais e temporais, observando como regra, os efeitos prospectivos *ex nunc*, quando a decisão possa vir a causar prejuízo às partes, e insegurança jurídica nas relações sociais. Em qualquer situação, só é possível avaliar esses limites materiais e temporais da mutação constitucional, conforme for o ambiente de decisão em cada caso concreto.

3.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Como esclarece Uadi Lamêgo Bulos, podem ocasionar mutações constitucionais a interpretação e a construção judicial; os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais legislativas e judiciárias e até mesmo a influência dos grupos de pressão.²²³

Não obstante, como já destacado, essa pesquisa está direcionada à mutação constitucional por meio da interpretação judicial, motivo pelo qual aqui não será aprofundado o estudo das demais possibilidades de mutação constitucional.

Como ensina Carmen Lúcia Antunes Rocha, a Constituição trilha um caminho de “Carta das Liberdades” em direção a uma “Carta de Libertação”. Cada vez mais ela se compromete com o ser humano, fazendo-se progressivamente mais efetiva a

²²³ BULOS, Uadi Lamêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa. V. 33, n. 129, Jan/Mar. 1996, p. 32. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380> >. Acesso em 04.02.22.

ideia de que o Estado é para o homem e não o inverso. A Constituição, atualmente, é um direito em construção, como o próprio ser humano.²²⁴

Para realizar-se com liberdade, o homem tem consciência do permanente movimento transformador que o impulsiona em sua existência. Essa evolução, o homem a faz em si mesmo e no outro e, principalmente, com o outro. Representada no Estado, como espaço e interação social, com parâmetros normativos determinados, a dinâmica política precisa ser flexível para permitir o percurso. O Direito, como o grão, tem que “morrer para germinar”, para virar trigo; tem que ceder-se ao sacrifício a cada manhã para tornar-se o pão de cada dia. Há que ser a verdade social de cada um para ser a ideia justa de todos. Por isso, mais importante que a liberdade - que é o equilíbrio estático da convivência política segundo um modelo escolhido -, é a libertação - enquanto equilíbrio do movimento sociopolítico, buscado incessantemente para a expansão de uma melhoria permanente, do modo de viver com os outros (conviver) e de sentir com os outros (consentir) -.²²⁵

A libertação, prossegue Rocha, é o salto em busca da harmonia criadora de um interagir político sempre mais justo, possibilitando à universalidade dos indivíduos viver e conviver segundo as suas aptidões e de maneira digna. É a libertação que acolhe a angústia do homem e o conduz à transformação permanente, estimulando-o a prosseguir nessa eterna procura do caminho mais seguro. O papel maior que hoje se atribui à Constituição alterou-se, ampliou-se. É nela e com ela que se pretende fazer versar e verter, na vida em sociedade, a ideia de justiça pensada pelos indivíduos, em cada etapa de sua caminhada histórica. Da liberdade à libertação, o polo fundamental e o objetivo maior do direito mudaram.²²⁶

Percebeu-se que é a Constituição que deve assegurar essa evolução permanente da pessoa e da sociedade. De obra construída a uma obra em construção, a Constituição modela-se ao sabor de um momento histórico, em

²²⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional**: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 30 n. 120 out/dez. 1993, p. 159. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176171> >. Acesso em 31.01.22.

²²⁵ ROCHA. **Constituição e mudança constitucional**. p. 159-160.

²²⁶ ROCHA. **Constituição e mudança constitucional**. p. 160-161.

vertiginosa e permanente mudança, inclusive como instrumento estabilizador da convivência política dos homens, sem permitir ser refreador de sua história.²²⁷

Nas palavras de Rocha, a Constituição renasce como instrumento jurídico mais sério e denso, ao cumprir sua tarefa de firmar uma esfera de direitos fundamentais do homem. Atualmente, não é o Direito posto que se quer, mas sim o Direito que se põe a cada dia, a partir de um sistema concebido na certeza de sua contemporaneidade, a possibilitar não a uniformidade, mas a igualdade justa, que permite a preservação da identidade de cada um e a negação do preconceito. A qualidade de instrumento normativo estável e estabilizador do Direito continua a timbrar o sistema constitucional, embora se reconheça que tal característica não a dota de imobilidade. A Constituição, agora, é mais o cidadão no mundo, do que o indivíduo no Estado, como foi antes.²²⁸

Conforme Hsü Dau-Lin, a mutação constitucional trata da incongruência que existe entre as normas constitucionais e a realidade constitucional. A realidade para a qual foram emanadas essas normas constitucionais já não coincidem com elas. Existe uma tensão entre a Constituição escrita e a situação real constitucional, ou seja, entre normas e realidade, no campo do direito constitucional.²²⁹

Dau-Lin sistematiza as classes de mutação constitucional como sendo: 1) a mutação da Constituição mediante uma prática estatal, que não viola formalmente a Constituição; 2) a mutação mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; 3) a mutação mediante uma prática estatal contraditória à Constituição; e, 4) a mutação da Constituição mediante sua interpretação.²³⁰

E sobre a relação entre a norma e a realidade, assim classifica Dau-Lin: 1) quando há congruência entre a norma e a realidade, ocorre a validade do direito constitucional - ou seja, quando a realidade segue a norma, há validade normal, e quando a norma segue a realidade, trata-se de reforma da Constituição -; e 2) quando há incongruência entre a norma e a realidade, surge a necessidade da mutação constitucional. A incongruência pode ocorrer quando a realidade está sem

²²⁷ ROCHA. **Constituição e mudança constitucional**. p. 160-161.

²²⁸ ROCHA. **Constituição e mudança constitucional**. p. 161-162.

²²⁹ DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Traducción de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: *Instituto Vasco de Administración Pública*, 1998, p. 30-31.

²³⁰ DAU-LIN. **Mutación de la Constitución**. p. 31-32.

norma - não viola formalmente à Constituição -; quando a norma está sem realidade - impossibilidade de exercer direitos estatuídos -; quando a realidade contradiz a norma - prática anticonstitucional -; ou quando a realidade dá as costas à norma, e a reinterpreta - a mutação por interpretação -.²³¹

A mutação constitucional mediante a interpretação, prossegue Dau-Lin, verifica-se quando os preceitos constitucionais são interpretados, segundo considerações e necessidades, que se alteram com o tempo sem atender ao texto fixado na Constituição, ou sem que se considere o sentido originário, que deu o Constituinte às normas constitucionais em questão. A norma constitucional permanece intacta, mas a prática constitucional é distinta.²³²

Segundo Ana Victoria Sánchez Urrutia, a ideia central de Dau-Lin é que, para entender a natureza da mutação constitucional, primeiro é preciso entender o sentido e a natureza da Constituição em si mesma. A mutação constitucional é o produto da unidade de sentido do Estado e o caráter evolutivo de sua realidade de vida. A mutação é resultado de uma tripla especificidade da Constituição: a incompletude e elasticidade das normas constitucionais; as peculiaridades do Estado como objeto de regulação jurídica; e a falta de uma instância superior que garanta sua existência.²³³

Conforme essa autora, Dau-Lin parte da dupla natureza da Constituição, em sentido formal e em sentido material, para concluir pela existência de uma dupla possibilidade de mutação constitucional: a mutação em sentido formal; e a mutação em sentido material. A mutação constitucional formal da letra da Constituição se dá, quando as normas positivas da Constituição escrita deixam de ser congruentes com a situação constitucional efetiva, quando existe uma diferença entre o direito constitucional escrito e o que está efetivamente vigente. E a mutação constitucional material tem lugar, quando se desenvolvem relações jurídicas na realidade essencial do Estado, que estão em contradição com o sistema personificado na Constituição. Pode ocorrer que um instituto jurídico não corresponda à Constituição; ou pode

²³¹ DAU-LIN. *Mutación de la Constitución*. p. 31-32.

²³² DAU-LIN. *Mutación de la Constitución*. p. 45.

²³³ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto*. In: Revista Española de Derecho Constitucional. Ano 20, n. 58, Jan/Abr, 2000, p. 132-133. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79672> >. Acesso em 02.02.22.

acontecer que cheguem a ser relações efetivas incongruentes com a intenção declarada das normas constitucionais.²³⁴

Não obstante o texto da Constituição permaneça inalterado, a realidade constitucional, decorrente de fatores diversos, sofre modificações consideráveis. De acordo com Biscaretti di Ruffia, há as modificações em virtude de atos elaborados por órgãos estatais: de caráter normativo (leis, regulamentos); e de natureza jurisdicional (decisões judiciais, em especial aquelas em controle de constitucionalidade das leis). E há, também, as modificações decorrentes de fatos: de caráter jurídico (tais como os costumes); e de natureza político-social (como as normas convencionais ou as regras sociais de conduta frente à Constituição); ou ainda, as práticas constitucionais (como a inatividade do legislador ordinário, que ao não elaborar normas de execução, acaba impedindo a realização efetiva das disposições constitucionais).²³⁵

Ou seja, como sintetiza Anna Cândida da Cunha Ferraz, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional, sem violar a sua letra e o seu espírito. Portanto, a mudança constitucional informal não contraria a Constituição. O sentido que é atribuído ao texto deve ser acolhido pela Carta Magna, direta ou indiretamente. Essas são as características fundamentais da noção de mutação constitucional.²³⁶

A partir desse conceito, percebe-se que a possibilidade de mudança informal da Constituição encontra amparo, também, na doutrina do direito responsivo²³⁷ de Phillippe Nonet e Philip Selznick. Esses autores sustentam que a lei deveria ser mais responsiva às necessidades sociais. As instituições da justiça deveriam ser mais capazes de compreender, de maneira integral e inteligente, os fatos sociais que a lei deve prover e aos quais deve ser aplicada. Uma instituição responsiva conserva a capacidade de compreender o que é essencial à sua integridade, e ao mesmo

²³⁴ URRUTIA. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución*. p. 133.

²³⁵ RUFFIA, Biscaretti di.; Paolo & Rozmaryn, Stefan. *La constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe Occidentale et dans les états socialistes*. Turin, Institut Universitaire d'Études Européennes, 1966. Apud FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Osasco: Edifeo, 2015, p. 12.

²³⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Osasco: Edifeo, 2015, p. 10.

²³⁷ “**Responsivo**” é o comportamento de dar resposta, comportamento responsivo, de solucionar, tomar a responsabilidade para si, recepcionar questões e dúvidas no intuito de respondê-las.

tempo leva em consideração as novas forças do ambiente social. Percebe as pressões sociais como fontes de conhecimento e de oportunidades de autocorreção. Uma característica que distingue o direito responsivo é a procura de valores implícitos nas normas e nas políticas.²³⁸

A posição proativa da jurisdição constitucional está em consonância com a ideia de Nonet e Selznick. Ocorre que a defesa dos direitos não aceita a lei como fato consumado. Ela se vale de todos os recursos da análise jurídica, para defender a aplicação de uma regra de preferência a outra, para justificar uma interpretação especial, para invocar proteções, para reconstruir fatos. A longo prazo, isso acaba por injetar na ordem jurídica uma dinâmica de mudança, e a criar expectativas de que o Direito possa responder, de maneira flexível, a novos problemas e a novas demandas. Trata-se de uma concepção de ordem jurídica responsiva, mais aberta à influência da sociedade e capaz de lidar, de maneira eficaz, com os problemas sociais.²³⁹

A mutação constitucional, reforça Anderson Clei Santos, está inserida num espaço, que pressupõe uma progressividade da realidade social, permitindo uma comparação entre passado (significado e sentido que a norma ganhou no momento de sua criação), e o presente (sentido que a mesma norma traduz diante de nova realidade social). Para compreendê-la, torna-se fundamental um olhar cuidadoso à norma, ao contexto social e político em que estava inserida quando foi criada, e à realidade social atual.²⁴⁰

Segundo Göran Rollnert Liern, há uma centralidade da interpretação jurisdicional na própria gênese da mutação constitucional, com uma natureza essencialmente hermenêutica de toda a operação de modificação informal da Constituição. A jurisdição constitucional assume um protagonismo determinante, na consolidação das mutações. Ocorre que, salvo em casos excepcionais de consenso unânime, com aceitação pacífica, que permita elidir o controle de constitucionalidade, uma mutação constitucional derivada de um costume ou

²³⁸ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 121-122 e 125-126.

²³⁹ NONET; SELZNICK. **Direito e sociedade**. p. 120.

²⁴⁰ SANTOS, Anderson Clei. **Mutação constitucional e a crise da democracia representativa**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe. Sergipe, 2015, p. 81. Disponível em: <http://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/UFS-2_3512ba3558193bafd355132b341991cb> Acesso em 21.08.20.

convenção constitucional, como regra, exigirá sua validação por parte do intérprete judicial, voltando-se ao foco da interpretação, como núcleo da problemática da mutação constitucional.²⁴¹

Diante da proposta de Dau-Lin (de um “sistema de sentido” da Constituição, como parâmetro ou cânone de legitimidade constitucional da mutação), Liern conclui que as teses de Müller sobre a estrutura das normas jurídicas têm servido de base a Konrad Hesse, para reivindicar o texto como o limite absoluto de uma mutação constitucional, sem prejuízo de incorporar parcialmente a realidade, ao interior da norma jurídico-constitucional.²⁴²

Conforme Liern, Hesse abordou a temática dos limites das mutações constitucionais, com enfoque no papel da interpretação pelo Tribunal Constitucional. O conteúdo da norma constitucional só poderá ser modificado no interior do marco traçado pelo texto; e a fixação desse marco é uma questão de interpretação. Assim, o limite absoluto da mutação constitucional é o texto e a sua interpretação. A possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma termina, quando uma determinada mutação constitucional aparece em clara contradição com o texto da norma. A principal colocação de Hesse é a de situar a mutação no campo da interpretação constitucional, de tal forma que seu limite é mesmo o texto da Constituição.²⁴³

A função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição, exige que a Constituição escrita se converta em limite da interpretação constitucional. Quando o intérprete se impõe à Constituição, deixa de interpretá-la, para então quebrá-la.²⁴⁴

Com a interpretação judicial, prossegue Liern, os limites que determinam a admissibilidade da mutação são reformulados. As modificações de significado das normas constitucionais não podem questionar o texto da Constituição escrita e, também, a vontade, o sentido da norma, cuja busca é a finalidade da interpretação.

²⁴¹ LIERN, Göran Rollnert. ***La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional.*** In: Revista Española de Derecho Constitucional, n. 101, Mai/Ago, 2014, p. 126-127. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4772864.pdf> >. Acesso em 02.02.22.

²⁴² LIERN. ***La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional.*** p. 131.

²⁴³ LIERN. ***La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional.*** p. 132-133.

²⁴⁴ LIERN. ***La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional.*** p. 133.

O decisivo só pode ser a concepção do constituinte, obtida em um procedimento de concretização, com ajuda dos métodos de interpretação. Diante disso, o desfecho entre as mutações admissíveis e inadmissíveis é uma tarefa que escapa a elaboração teórica, para desenvolver-se no cenário de cada caso concreto, ou seja, um trabalho detalhado, ligado ao caso, para contrastar se o novo significado do preceito não ultrapassa o marco do sentido, finalidade ou vontade da norma.²⁴⁵

Nesse mesmo sentido, Barroso argumenta que, sem a limitação das mutações constitucionais, haveria a violação do poder constituinte e até mesmo da soberania popular. A necessidade de adaptação à nova realidade não pode ultrapassar o espírito da Constituição. Ele aponta duas limitações para as mudanças informais: a) *as possibilidades semânticas da norma*, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado; e b) *a preservação dos princípios fundamentais do Estado*, que dão identidade à Constituição.²⁴⁶

Trata-se da impossibilidade de proceder à mutação constitucional de princípios estruturantes do Estado²⁴⁷. A modificação do sentido desses princípios implicaria reformar a própria identidade da Constituição, o que não está ao alcance da mutação constitucional. Com efeito, se não é permitida a modificação por revisão formal da constituição (emendas), mais ainda não o poderia ser, por mutação constitucional interpretativa. Acrescente-se, ainda, por coerência, as limitações contidas no art. 60, § 4º, da CF/88 - as chamadas cláusulas pétreas²⁴⁸.

Nesse sentido, a abordagem de Pedra: embora as cláusulas pétreas se destinem a limitar a reforma constitucional, elas também se impõem como um núcleo intangível à mutação constitucional. Isso porque essas cláusulas visam a impedir modificações fundamentais, traduzindo um esforço do constituinte, para assegurar a integridade da Constituição. Ademais, a Constituição, ao utilizar a expressão “tendente a abolir”, quis preservar, em qualquer hipótese, o cerne da Constituição,

²⁴⁵ LIERN. *La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. p. 135.

²⁴⁶ BARROSO. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 150.

²⁴⁷ Alguns exemplos de princípios estruturantes do Estado Brasileiro: Estado Democrático de Direito; República Federativa; Separação dos Poderes, os fundamentos da República Federativa do Brasil, os direitos e garantias individuais, preâmbulo e artigos 1º ao 5º da CF/88, dentre outros.

²⁴⁸ Art. 60...§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

vedando ferir o seu núcleo essencial, que foram definidos como pontos intocáveis pelo Constituinte Originário.²⁴⁹

A mutação constitucional requer a aceitação da mudança interpretativa proposta, como plenamente constitucional. Nos casos polêmicos, prossegue Liern, caberá à jurisdição constitucional o juízo definitivo sobre a legitimidade constitucional da mutação. Nas complexas e heterogêneas sociedades contemporâneas, resulta difícil imaginar um consenso tal, a ponto de evitar que uma interpretação que modifica a Constituição, não seja questionada ante as instâncias jurisdicionais. Assim, o protagonismo da jurisdição constitucional volta a emergir ante a invocação de inconstitucionalidade da nova interpretação. Serão os órgãos jurisdicionais, que darão a interpretação última da Constituição, que deverão resolver as controvérsias, assumindo o papel ativo de redefinição, especificação e concretização das valorações sociais majoritárias, não raras vezes difusas e imprecisas, resolvendo inclusive contra o texto literal da Constituição ou contra a vontade do constituinte histórico.²⁵⁰

Como já referido, as mutações legítimas, que não atentam contra a supremacia constitucional, são aquelas que operam dentro dos limites constitucionais, quando há respeito ao texto da norma, como cânone ou parâmetro determinante da legitimidade da mutação. A interpretação constitucional adquire, assim, uma relevância crucial no julgamento das mutações, a ponto de alguns autores identificarem as mutações constitucionais, com as interpretações adaptativas ou evolutivas das normas constitucionais, em função da realidade social do tempo em que haverão de ser aplicadas tais normas.²⁵¹

A interpretação constitucional evolutiva é esclarecida por Ferraz, como sendo aquela que, sem contrariar o texto literal da Constituição, admite novos conteúdos, em razão das mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais, que não

²⁴⁹ PEDRA, Adriano Sant'ana. **Teoria da mutação constitucional**: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da teoria da concretização. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2009, p. 223-225. Disponível em: < <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8668> >. Acesso em 07.02.22.

²⁵⁰ LIERN. **La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional**. p. 141.

²⁵¹ LIERN. **La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional**. p. 149.

estavam presentes na mente dos constituintes, quando elaboraram a Constituição.²⁵²

No mesmo sentido, Ost ensina que, por meio de uma conexão com a realidade social, o homem detém a possibilidade de uma repetição reflexiva do passado e de uma construção que antecipa o futuro. É a capacidade de reinterpretar o passado, imprimindo-lhe um outro sentido; e a faculdade de orientar o futuro: uma reflexão do tempo, uma reflexão do passado no futuro e do futuro no passado, que possibilita uma construção equilibrada do tempo social. Cada sociedade reescreve a sua história à medida que ela própria muda. A hermenêutica dos textos contribui para essa ligação temporal. O juiz é chamado a decidir casos de hoje, com a ajuda de textos de ontem, tendo em mente o precedente que a sua decisão poderá representar para amanhã. O círculo hermenêutico encontra sua tradução temporal, na troca semântica entre o mundo do texto e o mundo do intérprete.²⁵³

A teoria da linguagem mostra a inevitabilidade da interpretação; e a teoria do direito constatou o caráter normativo da produção jurisprudencial. De acordo com Ost, o juiz não se limita a repetir uma norma preexistente, mas contribui para a configurar (por vezes, adaptando-a, por vezes, criando-a). E em certo momento, poderá reconhecer que o direito evoluiu, que a solução de hoje não era a de ontem, para invocar o melhor fundamento da nova decisão. Há inúmeras variedades de interpretação evolutiva (ou progressiva, ou teleológica), que em nome da necessária consciência da alteração das circunstâncias, e da evolução das mentalidades, estica mais o fio de palavras que liga a decisão ao prescrito pela lei. Depois, vem o momento em que é transposto um limiar qualitativo, rompendo-se o fio, para admitir que se produziu uma “mudança de jurisprudência”.²⁵⁴

De volta à Barroso, a interpretação evolutiva consiste na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes. Ela se concretiza, muitas vezes, através de normas constitucionais que se utilizam de conceitos elásticos ou indeterminados, como os

²⁵² FERRAZ. **Processos informais de mudança da Constituição**. p. 45-46.

²⁵³ OST. **O tempo do direito**. p. 30-32.

²⁵⁴ OST. **O tempo do direito**. p. 188-193.

de autonomia, função social da propriedade, redução das desigualdades etc., que podem assumir significados variados ao longo do tempo.²⁵⁵

3.2 SEGURANÇA JURÍDICA: ENTRE O MOVIMENTO E A ESTABILIDADE

A interpretação evolutiva objetiva adequar a Constituição às mudanças históricas, políticas e sociais, que não estavam presentes na mente dos constituintes, e mantê-la viva, sem modificar seus termos literais.

Para Hans-Georg Gadamer, compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz tentará responder à ideia jurídica da lei, fazendo uma mediação jurídica com o presente, buscando reconhecer o significado da norma e não o significado histórico da promulgação dessa norma.²⁵⁶

Por sua vez, segundo Néstor Pedro Sagués, a interpretação mutativa vai além da evolutiva. Para ele, interpretação mutativa concebe a letra da Constituição como uma espécie de concha, cujo conteúdo (a mensagem normativa) pode mudar em função de certas exigências (técnicas e ideológicas), com as quais lida o intérprete²⁵⁷. Conforme Vieito, para Sagués, a interpretação mutativa pode ser *praeter constitutionem* e *contra constitutionem*. A primeira preenche as lacunas; e a segunda, opõe-se a algum preceito constitucional, com base na ideologia da eficácia e na ideologia da interpretação democrática, de tal sorte que o intérprete não ficará preso ao constituinte histórico, mas agirá como o constituinte atual.²⁵⁸

Rocha destaca que o grande desafio do Direito Constitucional hoje é equilibrar a convivência política, mantendo o movimento mais harmonioso e coerente, entre o impulso social e a manutenção da estabilidade nas relações humanas, para que seja propiciada à sociedade, uma distribuição justa de oportunidades e possibilidades para todos.²⁵⁹

Como a Constituição é feita para durar, mas não para se petrificar e comprometer as futuras gerações, acorrentadas às suas normas, conforme Rocha o

²⁵⁵ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 151-153.

²⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Tradução de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca: Sígueme, 1991, p. 400. Apud VIEITO. **Da hermenêutica constitucional**. p. 93.

²⁵⁷ SAGUÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 56. Apud VIEITO. **Da hermenêutica constitucional**. p.94.

²⁵⁸ VIEITO. **Da hermenêutica constitucional**, p. 94.

²⁵⁹ ROCHA. **Constituição e mudança constitucional**. p. 163.

Direito estabelece no próprio direito positivado, como se haverá de exercer o poder reformador do texto magno. Contudo, é certo que as possibilidades de modificar o texto constitucional não se exauram na modificação formal da Constituição. Podem também advir mudanças que não se inserem no plano de exercício da competência constitucional reformadora. São as denominadas mutações constitucionais, mudanças informais introduzidas no sistema normativo fundamental, e cujo aperfeiçoamento não é obra da competência reformadora formal. Na verdade, são as mudanças que se inserem no sistema normativo fundamental, alterando-o por meio de costumes constitucionais, de interpretação constitucional judicial ou mesmo legislativa ou administrativa. As mutações constitucionais são permanentes e informais; e as reformas, são intermitentes e formais.²⁶⁰

No pensamento de Urrutia, a Constituição deve ser concebida como uma unidade, com um fim em si mesma e uma estrutura completa. A Constituição é a exposição legal ou normativa do processo de integração estatal. É a uma só vez a ordenação jurídica do Estado, como dinâmica total em que se desenvolve a vida do Estado. Enquanto norma, a Constituição é uma barreira sólida de contenção das forças sociais, em perpétua ebulição. A Constituição não pode prever nem regular todos os aspectos da vida estatal. A dinâmica estatal gera constantemente situações não previstas expressamente nas normas constitucionais. Por sua própria natureza, a Constituição não tem que regular suposições concretas, mas sim abarcar a totalidade do Estado e a totalidade do processo integrador. Isso exige do intérprete constitucional uma interpretação extensiva e flexível, que difere em grande medida de outras formas de interpretação jurídica.²⁶¹

Também Claudina Orunesu observa que as Constituições constituem o marco dentro do qual se desenvolve a vida institucional de uma comunidade. Para isso, é necessário que esse marco apresente certa estabilidade e continuidade no tempo, de modo a que os cidadãos possam contar com certo conhecimento e previsibilidade em sua vida cotidiana, pois uma de suas características é justamente a sua pretensão de estabilidade no tempo, inclusive para além da geração que a ditou.

²⁶⁰ ROCHA. **Constituição e mudança constitucional**. p. 164-165.

²⁶¹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto**. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 20, n. 58, Jan/Abr, 2000, p. 122-123. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79672> >. Acesso em 02.02.22.

Uma das características da atividade interpretativa reside justamente no fato de que ela apresente um componente conservador como um inovador. O componente conservador seria o maior ou menor grau de fidelidade ao original do que à interpretação presente. Por outra, quando a interpretação apresenta uma nova luz, mostrando algo que não se antevia previamente, revelará também um componente inovador.²⁶²

De acordo com Ferraz, a alteração constitucional, por meio da mutação constitucional, tem fundamento jurídico de legitimidade numa espécie não organizada de Poder Constituinte Difuso Permanente.²⁶³

Também Barroso anota que, além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional, existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o poder que se exerce de forma permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas por ela admitidos. Essa terceira via do Poder Constituinte tem sua titularidade no povo, mas acaba sendo exercido por via interpretativa, pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.²⁶⁴

E para Bulos, os meios difusos, como o próprio nome indica, não seguem formalidades ou procedimentos expressos. Eles possuem natureza informal e são mudanças de fato, por vezes despercebidas, só notadas de vez em quando. Elas processam-se lentamente, através da interpretação dos tribunais e de tantos outros meios, inclusive, naturalmente, de modo espontâneo, sem qualquer previsibilidade. Desenvolvem-se em momentos cronologicamente distintos, perante situações diferentes, provocando alterações na realidade constitucional.²⁶⁵

Então, esse poder constituinte implícito, latente, permanente e difuso é o que dá legitimidade à mutação, por meio da interpretação constitucional judicial evolutiva, realizada pela da Suprema Corte.

²⁶² ORUNESU, Claudina. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 70-72.

²⁶³ FERRAZ. *Processos informais de mudança da Constituição*. p. 10.

²⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Mutação Constitucional*. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Márcio (Coord). *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 214-215.

²⁶⁵ BULOS. *Da reforma à mutação constitucional*. p. 29.

O argumento a favor da estabilidade e da continuidade não leva a rechaçar a mudança, mas oferece razões para preferir a continuidade, a menos que existam muito boas razões em sentido contrário. Seria uma espécie de interpretação conservadora. Em contrapartida, há fatores que podem motivar a necessidade de uma interpretação inovadora. Dentre eles, a necessidade de resolver conflitos e indeterminações; e quando a necessidade de melhorar o direito é maior do que a necessidade de continuidade.²⁶⁶

Antonio Henrique Perez Luño faz uma interessante reflexão: a segurança é, sobretudo e antes que nada, uma radical necessidade antropológica humana. O “saber ao agarrar-se” é um elemento constitutivo da aspiração individual e social à segurança; a raiz comum de suas distintas manifestações na vida e fundamento de sua razão de ser como valor jurídico.²⁶⁷

Clève e Lorenzetto são precisos ao destacar que, a segurança jurídica é direito fundamental e princípio constitucional, é uma das razões de ser do Estado, motivo pelo qual é inaceitável que qualquer órgão público atue em descompasso com suas exigências ou pretenda desincumbir-se da tarefa de protegê-la. Qualquer ensaio de solução da tensão entre permanência e mudança não pode deixar de levar em consideração os reclamos da segurança jurídica. Os poderes públicos, por isso mesmo, estão obrigados a promover as condições necessárias para a sua concretização.²⁶⁸

Para Judith Martins Costa, o ordenamento jurídico é perpassado por uma secular relação de tensão entre a permanência e ruptura, estabilidade e mudança, entre o que tende a ser eterno e o que tende à perpétua mudança. Em outras palavras, o ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os polos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação. Assim, na relação fundamental entre tempo e direito, a expressão “princípio da segurança jurídica” marca, como signo pleno de significados que é, o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência – valoriza, por exemplo,

²⁶⁶ ORUNESU. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. p. 72-73.

²⁶⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 8. Apud ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 31.

²⁶⁸ CLÈVE; LORENZETTO. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. p. 183-184.

o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa, por modificação ilegítima da linha de conduta anterior.²⁶⁹

A segurança jurídica, assevera Humberto Ávila, é tão fundamental que está prevista já no Preâmbulo da Constituição Brasileira. De um lado, institui-se o Estado Democrático destinado a assegurar, isto é, tornar seguros tanto os direitos sociais e individuais, quanto os valores, dentre os quais, o próprio valor “segurança”. De outro lado, o mesmo Preâmbulo qualifica a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça; e, também, a segurança, como valores supremos da sociedade.²⁷⁰

Essa sociedade, por sua vez, além de fraterna, pluralista e sem preconceitos, deve ser fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Considerando-se que a expressão “segurança jurídica” é associada aos ideais de determinação, de estabilidade e de previsibilidade do Direito, verifica-se que já no Preâmbulo, a Constituição demonstra grande preocupação com a segurança jurídica, mediante a utilização de termos como “segurança”, “assegurar”, “harmonia” e “ordem”.²⁷¹

Para esse autor, como a interpretação normativa envolve valorações e se sujeita a ponderações, a incompreensibilidade e a instabilidade normativa também são visíveis na atividade do Poder Judiciário. São perceptíveis não apenas diferentes interpretações provenientes de diferentes órgãos julgadores; mas, também, interpretações diversas de um mesmo órgão julgador. No próprio Supremo Tribunal Federal são encontrados casos reveladores de uma mudança de jurisprudência. A mudança de jurisprudência, além de tornar-se cada vez mais corrente, também assume contornos ainda mais intensos, chegando-se em alguns casos, ao ponto de se falar em jurisprudência “zigue-zague”. Hoje, os três Poderes funcionam sob a pressão do tempo, e o Direito está em trânsito. É a era da velocidade.²⁷²

²⁶⁹ COSTA, Judith Martins. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**: a segurança como crédito de confiança. Revista CEJ. Brasília, n. 27, Out/Dez, 2004, p. 113. Apud CLÉVE; LORENZETTO. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. p. 184.

²⁷⁰ ÁVILA. Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 33-34.

²⁷¹ ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 33-34.

²⁷² ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 51-56.

O Direito situa-se sempre entre tradição e inovação, permanência e adaptabilidade, prossegue Ávila. A Constituição Federal de 1988, ao dificultar a mudança constitucional por meio da instituição de requisitos de forma, e ao proibir a emenda constitucional sobre determinados assuntos, protege, de um lado, a estabilidade do ordenamento jurídico; e de outro, porém, pressupõe a sua variabilidade e a sua modificabilidade. Ocorre que só se restringe a mudança daquilo que pode mudar.²⁷³

Além disso, o princípio democrático atribui ao Poder Legislativo a competência para, continuamente, ir assegurando, nas normas jurídicas, os interesses reclamados pela sociedade. E as regras constitucionais de competência outorgam ao Poder Judiciário o poder de interpretar e de aplicar as normas instituídas pelo Poder Legislativo, podendo com isso, continuamente, buscar a melhor interpretação, inclusive mediante revisão de decisões equivocadas anteriores, ou da prolação de novas decisões, com a consideração de circunstâncias antes não ou mal consideradas.²⁷⁴

E por outro lado, a busca da segurança jurídica, como um ideal de determinação absoluta do conteúdo das normas jurídicas, é tarefa destinada ao insucesso, já que a linguagem é, em certa medida, sempre indeterminada e, por isso, nunca poderá fornecer a desejada predeterminação. Conforme Ávila, perseguir a predeterminação é ir atrás daquilo que não existe, e que nem pode existir. Ocorre que a sociedade atual é caracterizada pela complexidade, da qual não se pode escapar. Pretender alcançar a previsibilidade nessa sociedade é querer o inalcançável, pela própria complexidade dos já referidos processos de especificação social, econômica e jurídica. Nesse contexto, a insegurança jurídica é apresentada como um problema insolúvel; e a segurança jurídica, por consequência, uma ilusão.²⁷⁵

Na verdade, a segurança jurídica busca os ideais de conhecer, confiar e calcular o Direito. Conhecer, permite que o cidadão possa saber aquilo que pode ou não fazer, de acordo com o Direito. Conhecimento, atrelado a um estado de confiança e de calculabilidade, que capacita o cidadão para fazer ou não fazer, de

²⁷³ ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 65-66.

²⁷⁴ ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 65-66.

²⁷⁵ ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 67-68.

modo que possa ser ou não ser aquilo que deseja e que tem condições de ser. A segurança jurídica, em outras palavras, é um instrumento para que o cidadão possa saber antes, e com seriedade, o que pode fazer.²⁷⁶

A segurança jurídica pode assumir vários sentidos: segurança “do Direito”, “pelo Direito”, “como um direito”, “frente ao Direito”, “sob o Direito”, “de direito(s)”, ou “no Direito”. Contudo, para Ávila, a expressão que melhor representa o conceito de segurança jurídica é a segurança “no Direito”, pois é essa que melhor ilustra a compreensão de que a segurança jurídica não é uma qualidade intrínseca do Direito ou de suas normas, vinculada à sua prévia determinação; mas sim, um produto cuja existência, maior ou menor, depende da conjugação de uma série de critérios e de estruturas argumentativas, a serem verificadas no próprio processo de aplicação do Direito.²⁷⁷

A permanência, mudança e realização dão ênfase à transição. O conhecimento delimita as condições para o exercício presente dos direitos. A confiança representa, em retrospectiva, a mudança do passado ao presente, denotando aquilo que do passado deve permanecer no presente. E a calculabilidade ilustra, em prospectiva, a passagem do presente ao futuro, para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o futuro. A transparência do controle semântico-argumentativo revela a necessidade de objetividade discursiva, na transição do dispositivo à norma, e da norma à decisão. Trata-se de uma espécie de Direito Transicional, que visa a harmonizar a mudança com a permanência, com o intuito principal de garantir o respeito aos direitos fundamentais.²⁷⁸

Com efeito, de acordo com Ávila, a segurança jurídica exige a elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos, pela maioria das pessoas. Nessa acepção, a segurança jurídica garante que se possa, em larga medida, antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas. A palavra mais correta para denotar esse sentido, em vez de “previsibilidade”, é “calculabilidade”. Calculabilidade significa a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre

²⁷⁶ ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 89-90.

²⁷⁷ ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 90-91.

²⁷⁸ ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 91-92.

os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais.²⁷⁹

Em sentido semelhante, Clève e Lorenzetto identificam duas importantes dimensões no princípio da segurança jurídica. A dimensão objetiva trata dos limites à retroação, procurando proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88), como concreção do princípio da irretroatividade das leis, consagrados pela Constituição no rol de direitos fundamentais, preservados como cláusula pétrea. E a dimensão subjetiva, abrange a proteção e a confiança dos indivíduos, em relação a atos, procedimentos e condutas derivados da atuação estatal. Ambas as dimensões possuem relação de complementaridade. Consideram a certeza e a previsibilidade, mediante a proteção da confiança. Mesmo as inconsistências normativas não autorizam interpretações mutantes que, ao sabor da conveniência, causam surpresa aos jurisdicionados.²⁸⁰

Na dimensão subjetiva, destaca-se o princípio da confiança legítima, entendido como sistema de defesa do cidadão contra intervenções administrativas, legislativas e judiciais.²⁸¹

Conforme Ávila, o princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais, nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido, ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada, pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração da sua invalidade. Por isso, o princípio da proteção da confiança envolve, para sua configuração, a existência: a) de uma base de confiança; b) de uma confiança nessa base; c) do exercício da referida confiança na base que a gerou; e d) da sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público.²⁸²

Segundo Clève e Lorenzetto, em decorrência da proteção da confiança legítima passou-se a defender a proteção dos cidadãos, diante de mudanças na

²⁷⁹ ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 125-126.

²⁸⁰ CLÈVE; LORENZETTO. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. p. 186-188.

²⁸¹ CLÈVE; LORENZETTO. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. p. 188.

²⁸² ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 360.

jurisprudência dos tribunais, que poderiam prejudicar situações de vantagem dos destinatários da norma interpretada. Com efeito, o cidadão deve poder confiar também na continuidade de determinadas linhas de pensamento jurisprudencial para, em conformidade com elas, pautar suas ações no mundo da vida. Na seara jurisprudencial, a confiança legítima tem o condão de proteger fatos pretéritos, visto que proíbe que se aplique entendimento diverso daquele que vinha sendo reiterado, mas que, em razão de uma atualização de sentidos, enseja mudança na orientação.²⁸³

Em verdade, a relação que se constrói entre o cidadão e a ordem jurídica, fundada em pautas razoáveis de previsibilidade, faz da proteção da confiança legítima, um exercício cotidiano de elevada pedagogia social, salutar ao Estado Democrático de Direito.²⁸⁴

Citado por Sérgio Silveira Banhos, Canotilho assevera que, o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar a sua vida, de forma autônoma e responsável. Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem ser formulados assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos e calculados com base nessas mesmas normas. Esses princípios apontam basicamente para: 1) proibição de leis retroativas; 2) inalterabilidade do caso julgado; 3) tendencial irrevogabilidade de atos administrativos constitutivos de direitos.²⁸⁵

E sobre a importância da proteção à segurança jurídica, citando Barroso, Banhos destaca alguns pontos que caracterizam esse princípio: a existência de instituições dotadas e poder e garantias, sujeitas ao princípio da legalidade; confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade; estabilidade das relações jurídicas, através da durabilidade das normas, anterioridade das leis em relação aos fatos e conservação dos direitos em

²⁸³ CLÈVE; LORENZETTO. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. p. 188-189.

²⁸⁴ CLÈVE; LORENZETTO. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. p. 191.

²⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. Apud BANHOS, Sérgio Silveira. **O papel do princípio da proteção à confiança no Estado Contemporâneo**. p. 117-126. In: SCALETSKY, Felipe Santa Cruz; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (Org.). **Segurança jurídica e Estado de Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2021, p. 121.

face da lei nova; previsibilidade de comportamentos, tanto os que devem ser seguidos, quanto os que devem ser suportados; igualdade na lei e perante a lei, com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.²⁸⁶

Conforme assinala Leandro Paulsen, seguro é aquilo que está livre de perigo, de riscos, protegido, acautelado, garantido. Segurança é o estado, a qualidade, ou a condição de seguro. Por certo que a segurança, nessa acepção, afigura-se indispensável à existência humana, relacionando-se com a própria manutenção da vida.²⁸⁷

A proteção aos princípios da confiança legítima e da segurança jurídica é essencial à realização da justiça material, no Estado Democrático de Direito. A seguir, serão abordadas questões que envolvem a proteção da segurança jurídica nas relações sociais, quando proferidas decisões judiciais com base na mutação constitucional.

3.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES SOCIAIS

Para Paulsen, o homem (enquanto ser social), na sua relação com os demais e com o próprio Estado, procura vislumbrar segurança nos efeitos dos atos, que pratica e a que esteja sujeito, de modo que possa pautar a sua conduta em face de expectativas do que efetivamente possa acontecer. Daí a referência à segurança, como a condição daquilo em que se pode confiar, como certeza, firmeza, convicção.²⁸⁸

A segurança não é um valor, mas sim qualidade de um sistema ou de uma aplicação. E a segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Ela se insere na perspectiva de algo que é mutável. As relações sociais são dinâmicas, assim como é o Direito. O Direito disciplina a produção das

²⁸⁶ BARROSO. Luís Roberto. **Teoria do Direito Constitucional – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Apud BANHOS. **O papel do princípio da proteção à confiança no Estado Contemporâneo**. p. 117-126. In: SCALETSKY; COELHO (Org.). **Segurança jurídica e Estado de Direito**. p. 121.

²⁸⁷ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre, 2005, p. 17. Disponível em: < <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/7317> >. Acesso em 09.02.22.

²⁸⁸ PAULSEN. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. p. 17.

relações sociais, renova-se, adapta-se às novas realidades, exige novas condutas, impõe novos requisitos de fundo e de forma, para a prática de atos jurídicos, atribui novos efeitos às diversas situações. Enfim, o Direito traz normas novas em substituição às antigas.²⁸⁹

A segurança jurídica, prossegue Paulsen, coordena o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar na comunidade social o sentimento de previsibilidade, quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes de que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do Direito se realiza. A certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada lhes dá a garantia do passado. Essa dupla direcionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança nas relações jurídicas.²⁹⁰

O Direito que vem para a afirmação da justiça e da segurança deve ele próprio ensejar renovação e relações seguras. O Direito regula a sua própria produção, podendo-se falar, até mesmo, em autoprodução, devendo ser preservada a segurança, quando da sua renovação, tanto em relação à certeza das novas normas, assim como quanto às situações jurídicas já constituídas, sob a égide da legislação anterior.²⁹¹

Nas palavras de Ricardo Villas Bôas Cueva, a estabilidade das situações jurídicas é essencial à segurança. E a segurança jurídica pode ser vista como um estado de coisas, no qual não há dúvida sobre os direitos e deveres do cidadão. Cuida-se de um elemento essencial da própria estrutura do Estado de Direito e como já referido antes, compreende a clareza e a cognoscibilidade das normas, a confiabilidade e a calculabilidade. Como tal, a segurança jurídica presta-se a proteger o cidadão da surpresa e de exigências ou imposições excessivas, sejam elas provenientes do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.²⁹²

A adaptação da norma jurídica à nova realidade, envolve algumas questões quanto à transição para essa nova interpretação normativa. Primeiro, percebe-se a

²⁸⁹ PAULSEN. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. p. 22.

²⁹⁰ PAULSEN. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. p. 22

²⁹¹ PAULSEN. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. p. 22.

²⁹² CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Segurança jurídica e “incerteza jurisdicional”**. In: SCALETSKY; COELHO (Org). **Segurança jurídica e Estado de Direito**. p. 71.

necessidade de serem observados limites materiais para que a mutação seja considerada constitucional. A par disso, observa-se a necessidade da preservação de princípios fundamentais do Estado, dentre os quais está, como visto, o princípio de proteção à segurança jurídica nas relações sociais.

Os limites materiais à mutação foram delineados pela doutrina e jurisprudência, proibindo-se a interpretação que leva a construir a norma jurídica, em parâmetros que vão além das possibilidades semânticas do texto. Há ainda a necessidade de preservação das chamadas cláusulas pétreas, em alterações que apresentem “tendência de abolir” aquele núcleo essencial da Constituição, definido pelo Constituinte Originário. Há, ainda, a necessidade de se preservar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – o princípio da irretroatividade das normas.

Quanto aos seus limites materiais, a análise se as mutações constitucionais ferem a segurança jurídica das relações sociais, se são admissíveis ou não, é uma tarefa que foge da elaboração teórica em abstrato, para desenvolver-se no cenário de cada caso concreto. Ou seja, será necessário um trabalho, em cada caso, a fim de verificar se o novo significado do preceito ultrapassa ou não o marco do sentido do texto, ou às vedações de retrocesso²⁹³, inclusive quanto à proteção dos direitos fundamentais e das cláusulas pétreas.

Além disso, a mutação de um texto constitucional, por meio da interpretação normativa, deve observar uma espécie de “regra de transição”, construindo um caminho para levar à aplicação da nova interpretação.

No controle de constitucionalidade das normas, há previsão de se atribuir efeitos modulatórios temporais à decisão judicial. Como observa Cueva, a preocupação com a estabilização das relações jurídicas e, por consequência, com a segurança jurídica, é visível na norma que autoriza o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade de lei com efeitos *ex nunc*.²⁹⁴

²⁹³ Barroso explica no livro “**Interpretação e Aplicação da Constituição**”, p. 380-381, que a **vedação do retrocesso** está ligada à manutenção dos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados, através de normas infraconstitucionais, com a sua progressiva ampliação, impedindo que a revogação de uma norma concessiva de tais direitos fundamentais, esvazie o comando constitucional, por deixar uma lacuna em seu lugar.

²⁹⁴ CUEVA. **Segurança jurídica e “incerteza jurisdicional”**. In: SCALETSKY; COELHO (Org). *Segurança jurídica e Estado de Direito*. p. 79.

Como regra, a declaração de inconstitucionalidade, em controle abstrato, pressupõe extirpar do ordenamento a norma invalidada pela decisão judicial. E como exceção, o art. 27 da Lei 9868/99 faculta ao Supremo Tribunal, em vista de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, restringir os efeitos ou decidir que ela só tenha eficácia, a partir de um determinado momento que venha a ser fixado. Ou seja, ainda que a regra seja o efeito *ex tunc* (como decorrência do reconhecimento de vício que invalida a norma e, como tal, possa também, sob outro prisma, ser considerado como resultado da aplicação do princípio da segurança jurídica); a possibilidade de atribuição de efeitos *ex nunc* também deve ser vista como homenagem à segurança, na dimensão subjetiva, destinada à proteção da confiança.²⁹⁵

Benedito Gonçalves, Paula Lima e Fernando Oliveira estudaram essa questão. Para eles, a aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança está expressamente prevista no novo Código de Processo Civil de 2015 - art. 827, § 4º, ao dispor que: “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.²⁹⁶

Essa previsão, prosseguem os autores, traz equilíbrio ao sistema e permite reduzir ao máximo a tensão causada nas relações jurídicas, com a instabilidade advinda de uma nova posição jurídica ou pela flexibilidade de entendimento jurisprudencial, que deixou de prevalecer, evitando-se, assim, rupturas abruptas na interpretação das normas.²⁹⁷

²⁹⁵ CUEVA. **Segurança jurídica e “incerteza jurisdicional”**. In: SCALETSKY; COELHO (Org). *Segurança jurídica e Estado de Direito*. p. 79.

²⁹⁶ GONÇALVES, Benedito; LIMA, Paula; e OLIVEIRA, Fernando. **Segurança jurídica e proteção da confiança** – Considerações a respeito dos princípios e a positivação deles no § 4º do art. 927 do CPC/2015. p 59-67. In: SCALETSKY; COELHO (Org.). **Segurança jurídica e Estado de Direito**. p. 65.

²⁹⁷ GONÇALVES, Benedito; LIMA, Paula; e OLIVEIRA, Fernando. **Segurança jurídica e proteção da confiança** – Considerações a respeito dos princípios e a positivação deles no § 4º do art. 927 do CPC/2015. p 59-67. In: SCALETSKY; COELHO (Org.). **Segurança jurídica e Estado de Direito**. p. 65.

Além da previsão do art. 27 da Lei nº 9868/99²⁹⁸, em sentido semelhante há o disposto no art. 11 da Lei nº 9882/99²⁹⁹ que trata do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Veja-se, ainda, a redação do art. 927, § 3º, do novo Código de Processo Civil de 2015: *“na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”*.

Para Ávila, só um ordenamento estável, que não seja substancial e constantemente modificado, pode garantir um ambiente favorável ao exercício das liberdades. A durabilidade do ordenamento jurídico é a exigência decorrente da dimensão objetiva da segurança jurídica, orientada para o passado. O dever de continuidade é a obrigação advinda da dimensão objetiva da segurança jurídica, orientada para o futuro. Essa orientação para o futuro não elimina o fato de que a exigência de continuidade, como as demais relacionadas à segurança, visa a relacionar o passado, presente e futuro.³⁰⁰

Uma das decorrências do dever de continuidade normativa é a gradualidade na mudança. Sabe-se que as mutações são inevitáveis. Entretanto, como adverte Ávila, importante é o argumento de que, por meio da continuidade e da calculabilidade, o ordenamento jurídico afasta as mudanças bruscas. Bruscas são as alterações que não são antecipáveis e surpreendem o destinatário. Quando há uma norma vigente que, bruscamente, é modificada por outra, que institui uma nova consequência normativa, diversa e mais restritiva do que aquela prevista na norma anterior, há perda de estabilidade para o ordenamento jurídico. Ocorre que os cidadãos terminam surpreendidos pela modificação, pois, confiando na estabilidade temporal do ordenamento jurídico, têm enganada a sua expectativa. Da exigência de

²⁹⁸ **Art. 27 da Lei nº 9868/99:** “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

²⁹⁹ **Art. 11 da Lei nº 9882/99:** “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

³⁰⁰ ÁVILA. **Segurança jurídica.** p. 595.

continuidade normativa decorre o dever de evitar mudanças abruptas, desconexas ou inconsistentes, temperando a mudança e atribuindo ao Direito um ritmo estável.³⁰¹

Isso não significa dizer que o Direito deva se tornar imutável. Na verdade, a mudança deverá causar o menor trauma possível às relações jurídicas passadas. A segurança jurídica exige uma gestão prudencial do tempo no Direito. Assim como nas leis e nos atos administrativos, também a atividade judicial, quando exterioriza uma mudança de orientação, deveria ter eficácia prospectiva.³⁰²

Como o julgador interpreta fatos que são anteriores à sua decisão, a interpretação, como regra, verte sobre fatos ocorridos em tempo pretérito e, nesse sentido, a decisão seria declaratória. Ocorre que o cidadão não tem como prever exatamente qual é a decisão interpretativa a ser judicialmente dada, porque só é dada no momento que a decisão é proferida. Sob esse prisma, toda a decisão judicial, além de retroativa, é imprevisível. Porém, se irretroatividade e previsibilidade são elementos do princípio da segurança jurídica, toda decisão judicial então seria contrária a esse princípio.³⁰³

Evidente que essa assertiva padece de razoabilidade e proporcionalidade.

De fato, como também adverte Ávila, normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.³⁰⁴

A interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. A linguagem se concretiza no uso e a atividade do intérprete, portanto, não consiste em descrever o significado pré-existente dos dispositivos, mas sim, constituir esses significados. O intérprete não só

³⁰¹ ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 596.

³⁰² ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 596-597.

³⁰³ ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 617.

³⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 22-25.

constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.³⁰⁵

Para Ávila, daí se extrai que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir. Isso porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; e porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual. A conclusão óbvia é a de que o Poder Judiciário constrói significados, mas enfrenta limites, cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado.³⁰⁶

Ou seja, compreender por exemplo a palavra “provisória” como “permanente”; “trinta dias” como “mais de trinta dias”; “todos os recursos” como “alguns recursos”; “ampla defesa” como “restrita defesa”: não é concretizar o texto constitucional. A pretexto de concretizá-lo, na verdade menospreza seus sentidos mínimos. Justamente por isso que a atividade de interpretação é de reconstrução, pois explicita as versões de significado dos dispositivos constitucionais, de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.³⁰⁷

Assim, a aplicação do princípio da segurança jurídica, no âmbito jurisprudencial, arremata Ávila, requer uma análise particular sem descurar das regras de uniformização e de generalização. Autolimitada pelo princípio da igualdade e aos seus próprios precedentes, a prática jurisprudencial será compatível com o princípio da segurança jurídica. Ainda que cada caso seja um caso, incumbe ao Poder Judiciário aplicar de modo uniforme os seus próprios precedentes, estendendo para os casos futuros, o mesmo tratamento dado aos casos passados, quando entre esses existirem as mesmas circunstâncias relevantes de fato.³⁰⁸

Segundo Peter Häberle, a mutação constitucional através da interpretação e sem modificação expressa do texto da Constituição ocorre de maneira relativamente discreta e sem formalização. Pela via da interpretação dos tribunais, pela prática estatal, por meio da opinião pública ou da doutrina, ou ainda como produto da

³⁰⁵ ÁVILA. **Teoria dos princípios**. p. 22-25.

³⁰⁶ ÁVILA. **Teoria dos princípios**. p. 25-26.

³⁰⁷ ÁVILA. **Teoria dos princípios**. p. 25-26.

³⁰⁸ ÁVILA. **Segurança jurídica**. p. 617-618.

combinação de todas essas formas, é que uma norma constitucional pode adquirir um significado novo ou diferente.³⁰⁹

Dependendo do método, prossegue Häberle, a interpretação da Constituição é em parte retrospectiva e em parte prospectiva. Os diversos métodos de interpretação nada mais fazem do que organizar o tempo. A interpretação histórica incorpora as origens; o método objetivo, o presente; o método orientado, as consequências e o prognóstico, o futuro. Talvez a imprevisibilidade geral dos processos temporais seja a razão pela qual, até agora, nenhuma metodologia tenha sido capaz de ponderar entre si, os diversos métodos de interpretação.³¹⁰

Também Jorge Miranda, trata dos efeitos da inconstitucionalidade, para admitir que poderá ser “*ex nunc*”. Para ele, a fixação dos efeitos da decisão destina-se a adequá-los às situações de vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez. Destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.³¹¹

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, a lógica que pauta a irretroatividade da decisão judicial, quando se apresenta como um novo precedente, pode ser descrita à semelhança da irretroatividade da lei. Em outras palavras, mesmo quando não constituam atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos, os fatos jurídicos pretéritos são protegidos contra a retroatividade da lei nova, valendo a lei da época de regência. De igual maneira, também uma jurisprudência pretérita, constante e longamente reiterada, há de ser considerada para casos iniciados antes da nova orientação jurisprudencial.³¹²

Rodolfo Perini Gomes trata do tema dizendo que, ao lado da possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de

³⁰⁹ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 65.

³¹⁰ HÄBERLE. *El Estado constitucional*. p. 65.

³¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1996. Apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 543.

³¹² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Irretroatividade e jurisprudência judicial*. p. 15. Apud BOCCATO, Esdras. *Modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade: ponderação, subsunção e dosimetria*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo – USP, 2013, p. 167. Disponível em: < <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06092016-152356/pt-br.php> >. Acesso em 08.02.22.

constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o chamado “*prospective overruling*”³¹³ em determinados casos de mutações constitucionais, que não envolvam, necessariamente, a fiscalização da constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais, mas sim mudanças de interpretação de dispositivos constitucionais.³¹⁴

É justamente em casos relativos a modificações da compreensão normativa do texto constitucional, que é possível vislumbrar a ocorrência de hipótese de revogação de precedente judicial, sendo adequado, portanto, falar em modulação temporal dos efeitos de decisões que promovem o “*overruling*”. Gomes, destaca que, as decisões judiciais que superam entendimentos sedimentados podem conter juízo de inconstitucionalidade. Contudo, ausente declaração nesse sentido, a modulação a ser aplicada, disciplinada pelo CPC/2015 (art. 927, § 3º) não se confunde com aquela dada sob o rito das Leis 9868/99 e 9882/99, pois enquanto a primeira objetiva fixar o termo a quo da produção dos efeitos de uma nova orientação jurisprudencial (*overruling*), a segunda serve para determinar temporalmente o instante em que a norma inconstitucional deve ser expurgada do ordenamento jurídico.³¹⁵

Quando se trata de matéria em que há jurisprudência consolidada, externada em decisão de mérito colegiada, acertado é o raciocínio de que a nova orientação seja dotada de eficácia retroativa somente em casos excepcionais, e não como regra geral. Decidir quais são esses casos demandará análise do “ambiente de decisão” do caso concreto. Com efeito, há determinados campos em que é desejável limitar a flexibilidade em prol da segurança, da previsibilidade. Mas há outros, em que será conveniente dar ao juiz certa margem de flexibilidade para decidir, em detrimento da certeza, por estarem em discussão questões sociais delicadas.³¹⁶

Assim, segundo Gomes, com vista a conciliar a possibilidade de modificação do entendimento consolidado das Cortes, com o prestígio ao princípio da proteção

³¹³ “**Prospective Overruling**” traduzido para a Língua Portuguesa, significa: “Anulação Prospectiva”.

³¹⁴ GOMES, Rodolfo Perini. **Superação prospectiva (*prospective overruling*) como regra: (in)segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial.** p. In: Revista de Doutrina e Jurisprudência. v. 55. Brasília. Jul/Dez 2019. p. 28-45. Disponível em: < <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/download/535/97/2079> >. Acesso em 08.02.22.

³¹⁵ GOMES. **Superação prospectiva (*prospective overruling*) como regra.** p. 39.

³¹⁶ GOMES. **Superação prospectiva (*prospective overruling*) como regra.** p. 38.

da confiança, é preciso atribuir à nova orientação, como regra, a eficácia *ex nunc* (prospectiva). Isso para resguardar as ações e inações dos jurisdicionados, que agiram sob a expectativa de que determinada interpretação do Direito lhes seria aplicável, já que era imperante até então.³¹⁷

Como lembra André Ramos Tavares, a retroatividade das decisões judiciais interpretativas é fruto da ficção de que o Tribunal Constitucional apenas declara o Direito. Ora, quando o Direito se depara com decisões criativas, com normas inovadoras, é preciso aplicar a diretriz geral da preservação das situações passadas ou já consumadas.³¹⁸

Em sentido semelhante, Pedra destaca que, a norma é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito constitucional. Então, no processo de concretização, haverá a própria elaboração da norma constitucional. Portanto, como na mutação constitucional ocorre a criação de uma norma constitucional nova, ela jamais poderá produzir efeitos para eventos pretéritos, para prejudicar as partes, sob pena de ferir a segurança jurídica. As pessoas precisam saber como devem se comportar perante a comunidade em que vivem, e isso é incompatível com a retroatividade das normas. A segurança jurídica deve estar presente na sociedade, pois representa a certeza de agir conforme os padrões comportamentais em vigor.³¹⁹

Pedra traz como exemplo de mutação normativa com efeitos prospectivos, a questão da fidelidade partidária. O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em mandados de segurança³²⁰, decidindo pela fidelidade partidária, mas manteve nos cargos os parlamentares infiéis. Isso aconteceu porque foram atribuídos efeitos prospectivos à nova interpretação sobre o tema, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. A modulação dos efeitos tomou, como marco temporal, o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral em 27.03.2007, quando esse Tribunal decidiu, em resposta à Consulta nº 1398, que os partidos e as coligações partidárias

³¹⁷ GOMES. **Superação prospectiva (*prospective overruling*) como regra**. p. 40-41.

³¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 250. Apud PEDRA. **Teoria da mutação constitucional**. p. 297.

³¹⁹ PEDRA. **Teoria da mutação constitucional**. p. 296.

³²⁰ Mandado de Segurança **MS 26.602**. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Eros Grau, j. 04.10.2007, DJ 17/10/2008. Mandado de Segurança **MS 26.603**. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Celso de Mello, j. 04.10.2007, DJ 19/12/2008 e Mandado de Segurança **MS 26.604**. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Cármen Lúcia, j. 04.10.2007, DJ 03.10.2008.

conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional. Com efeito, não se poderia impor a perda dos mandatos daqueles parlamentares que trocaram de partido, se até então (27.03.2007) prevalecia o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral de que tal conduta não ensejava a perda do cargo. O parlamentar que mudou de partido político pautou sua conduta confiando na interpretação de que a mais alta Corte de Justiça lhe conferia.³²¹

Portanto, partindo das reflexões de Streck, pode-se concluir que, assim como há o dever fundamental de justificar e motivar as decisões, existe também o direito fundamental à obtenção de respostas adequadas à Constituição. Há uma relação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementaridade entre ambos, representa uma blindagem contra possíveis interpretações, que porventura estejam desconectadas do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. As condições histórico-concretas, atreladas à tradição, coerência e integridade, vão auxiliar na superação dos desafios da metódica jurídica, de como se interpreta ou se aplica o direito explicitado em um texto normativo.³²²

Trata-se de um direito fundamental a uma resposta (decisão) adequada à Constituição, que não ultrapasse o raciocínio causal-explicativo, porque busca a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta. A Constituição só acontece como concretização, porque a interpretação do direito é um ato de integração, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo). O sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões, por essa integração coerente da prática jurídica. O Poder Judiciário também deve aceitar uma restrição independente e superior, que advém da integridade do direito. Ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca-se à disposição dos juristas/intérpretes, um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito, conferindo legitimidade e segurança jurídica às decisões que profere.³²³

³²¹ PEDRA. **Teoria da mutação constitucional**. p. 298-299.

³²² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Livraria Saraiva, 2011, p. 619.

³²³ STRECK. **Verdade e consenso**. p. 618-619.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa dissertação buscou estudar se a mutação constitucional, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, acarreta insegurança jurídica às relações sociais, ao atribuir novo sentido ao texto da norma.

O objeto da investigação foi delimitado ao contexto brasileiro; adotando-se como marco teórico, algumas teorias de interpretação normativa desenvolvidas a partir do Constitucionalismo Contemporâneo; e como marco temporal, a Constituição Federal de 1988, quando ocorreu a redemocratização do país. Além disso, o estudo ficou restrito à mutação constitucional por meio da interpretação judicial.

Decisões judiciais têm sido proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, para atribuir novo sentido ao texto normativo, valendo-se da interpretação constitucional. Esse fenômeno está no âmbito de atuação da Suprema Corte brasileira, por meio de mecanismos de Jurisdição Constitucional.

Por essa ótica, formulou-se o seguinte problema a ser investigado: “a alteração judicial do sentido do texto da norma, por meio da mutação constitucional, pode trazer insegurança jurídica às relações sociais?”. Para responder a essa questão, foram consideradas duas suposições. A primeira hipótese, foi a de que a mutação do sentido do texto da norma constitucional, quando reflete efetivamente uma modificação da realidade social, não afeta a segurança jurídica; e, na segunda, considerou-se que a promoção de transformações interpretativas, sem observar um equilíbrio na dinâmica evolutiva da sociedade, traz instabilidade nas relações sociais.

No desenvolvimento da pesquisa, o primeiro capítulo buscou abordar as principais ideias filosóficas do Constitucionalismo Contemporâneo, cotejando-as com o Estado Democrático de Direito e o fenômeno da Judicialização do Direito.

O Constitucionalismo Contemporâneo é expressão que redimensiona a prática político-jurídica. Ele se desenvolve no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e no plano da Teoria do Direito, com a reformulação das teorias das fontes, da norma, da interpretação e da decisão.

O Estado de Direito, ao longo de sua evolução histórica, pode ser caracterizado como liberal, social, democrático, conforme o seu conteúdo ideológico. O Estado Democrático de Direito desenvolve um novo conceito, e como o próprio nome sugere, tenta agregar o ideal democrático ao Estado de Direito. Nesse modelo, a legalidade assume a forma de busca efetiva da concretização dos direitos, apoiada em um conteúdo transformador da realidade, no qual o Estado e suas instituições passam a agir como fomentadores da participação pública, no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade.

No Brasil percebe-se uma maior identificação com o paradigma do Estado Democrático de Direito, a partir da redemocratização do país, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esse paradigma referenda a pretensão de que a lei é um instrumento de transformação da sociedade, com o papel prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade, e de uma constante reestruturação das próprias relações sociais. No âmbito da construção da norma jurídica, o caráter democrático implica uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado de Direito. E quanto à regra jurídica, ela deixa de ser um preceito genérico e abstrato, para se transformar numa regulação tendente à particularização.

No positivismo jurídico, as fontes jurídicas são exclusivamente os textos normativos elaborados pela autoridade competente; as normas são apenas as regras jurídicas devidamente positivadas; o ordenamento jurídico corresponde a uma pirâmide de imperativos legais, escalonados hierarquicamente, de acordo com critérios formais de validade, cujo ápice é a norma fundamental; e a decisão jurídica é tomada através do procedimento da subsunção, no qual o juiz enquadra os fatos que lhe são apresentados, dentro dos moldes de uma disposição normativa, socorrendo-se de sua própria discricionariedade em casos difíceis.

Por sua vez, no pós-positivismo, é identificado um conjunto de ideias, que ultrapassa o legalismo estrito do positivismo. A sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. O pluralismo político, jurídico e a nova hermenêutica são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática.

Foram então estudados alguns pensamentos do pós-positivismo, trazendo noções gerais da teoria argumentação jurídica de Alexy; da hermenêutica

construtivista do Direito pela integridade de Dworkin; da filosofia da linguagem de Streck; e do pragmatismo jurídico de Posner.

Dentre as principais ideias do pós-positivismo jurídico, em que a Constituição e o controle de constitucionalidade possuem papel relevante na hermenêutica jurídica, percebe-se uma maior participação do Poder Judiciário na concretização dos direitos, valores e fins constitucionais. Trata-se da expansão judicial, pela adoção do binômio supremacia constitucional e jurisdição ativa. Nesse cenário, juntamente com o fenômeno da judicialização do direito, surgem as figuras da autocontenção e do ativismo judicial. No meio de construções sobre como os juízes devem decidir, há uma procura pela construção de categorias jurídicas, que permitam uma avaliação mais criteriosa da atuação judicial, sob parâmetros mais objetivos. Uma espécie de busca pelo exercício de uma função jurisdicional, mais equilibrada entre uma e outra postura jurisdicional.

No segundo capítulo, são examinadas questões relacionadas à democracia, jurisdição constitucional e a concretização da norma jurídica. Para compreender a jurisdição constitucional, no constitucionalismo contemporâneo, é necessário atentar que os valores transcendentais e o pluralismo democrático devem ser conciliáveis. Os valores transcendentais abertos ao universal da pessoa humana; e o pluralismo democrático reconhecendo limites legítimos e razoáveis. Para viabilizar essa harmonização são necessárias técnicas, instrumentos e instituições. O constitucionalismo contemporâneo vai processar essa tensão, buscando conciliar a preservação dos valores fundamentais da democracia, com a evolução histórica, que traz ínsita a evolução da compreensão dos próprios valores.

A democracia é o regime que tira a sua autoridade do apoio renovado do povo. E o tribunal constitucional, transformado em intérprete autorizado da Constituição, passa a figurar como um constituinte difuso, um porta-voz dos direitos fundamentais e da vontade do povo que atravessa a história. A democracia contínua, traduzida por uma temporalidade transcendente, distingue-se tanto da democracia direta, quanto da democracia representativa clássica. Essa temporalidade transcendente assinala que o “povo atual” (o corpo eleitoral do momento) nunca supera a vontade do “povo perpétuo” (verdadeiro titular da soberania). O povo perpétuo é um poder sempre mais ou menos latente, que não se

esgota em nenhuma das suas realizações concretas, e que está sempre em curso de atualização, para além das suas manifestações. Trata-se do “povo jurídico”, que persiste idêntico a si mesmo, através da sucessão das gerações: a nação que subsiste no tempo.

A perspectiva pós-positivista do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna interpretação constitucional, sendo então examinadas algumas teorias mais contemporâneas. As propostas de Aarnio, MacCormick e Peczenik, com as teorias da justificação jurídica e do raciocínio jurídico, defendem que a solução interpretativa pode ser considerada justificada, quando é possível demonstrar que ela é compatível com o sistema axiológico compartilhado, ao menos em suas linhas fundamentais. A atividade do jurista deve observar o raciocínio jurídico racional, considerando critérios de consistência, coerência e consequências aceitáveis, para “fazer sentido” no sistema jurídico e no mundo. Wroblewski defende que as teorias normativas é que são capazes de dar suporte à solução de cada dúvida interpretativa. Por sua vez, Tarello e Guastini desenvolvem a concepção da norma, como expressão linguística, a ser interpretada em sentido normativo, como uma atividade produtora de normas.

Essa função integrativa do sentido das normas, pelo intérprete, dá margem ao desempenho de uma atividade criativa, que se expressa em categorias, como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva. Nesse segundo capítulo ainda são estudados alguns pontos do processo de criação da norma jurídica, sob as perspectivas de Miguel Reale e Friedrich Muller. A concretização normativa, conforme assevera Canotilho, decorre de um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta, que leva à descoberta da norma de decisão, para então encontrar a solução dos casos jurídico-constitucionais.

No terceiro e último capítulo é investigado o fenômeno da mutação constitucional e sua relação com o princípio da segurança jurídica nas relações sociais. A mutação constitucional é um processo informal de alteração do sentido do texto da norma constitucional, que é decorrente das modificações que ocorrem na realidade social. A mudança, por via da interpretação judicial, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando o Supremo Tribunal

Federal vier a atribuir sentido diverso do que havia fixado anteriormente, seja pela mudança de realidade social ou por uma nova percepção do direito. A realidade para a qual foram emanadas as normas constitucionais já não coincide com elas. Ou seja, a mutação constitucional é o produto da unidade de sentido do Estado e o caráter evolutivo de sua realidade de vida.

A segurança jurídica, por seu turno, é uma das razões de ser do Estado, é direito fundamental e, também, princípio constitucional. Qualquer decisão que visa à solução da tensão entre permanência e mudança não pode deixar de levar em consideração os reclamos da segurança jurídica. O ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os polos da estabilidade e da inovação. Na verdade, a segurança jurídica busca os ideais de conhecer, confiar e calcular o Direito. Na transição do dispositivo à norma, e da norma à decisão, é preciso objetividade discursiva, a fim harmonizar a mudança com a permanência. O cidadão deve poder confiar na continuidade de determinadas linhas de pensamento jurisprudencial para, em conformidade com elas, pautar suas ações no mundo da vida.

Considerando os elementos doutrinários e jurisprudenciais colhidos, o problema e as hipóteses aventadas, é possível dizer que a alteração judicial do sentido do texto da norma, por meio da mutação constitucional, pode sim trazer insegurança jurídica às relações sociais. Ocorre que, mesmo quando a mutação do sentido do texto constitucional estiver autorizada pela efetiva modificação da realidade social, adicionalmente é preciso observar certos limites materiais e temporais.

A mutação constitucional por meio da interpretação judicial possui limites, que foram delineados pela doutrina e jurisprudência. A atividade normativa dos juízes deve considerar critérios argumentativos, de forma a justificar seu raciocínio jurídico e o novo sentido atribuído ao texto constitucional. Também é desejável adotar critérios de consistência, coerência e consequências aceitáveis, a fim de demonstrar à comunidade jurídica, que sua decisão faz sentido no sistema jurídico e no mundo. A interpretação criativa deve, ainda, buscar o equilíbrio entre as posturas da autocontenção e do ativismo judicial, pautada pela garantia dos direitos fundamentais e da democracia. Não é mais possível basear-se apenas no positivismo ou na discricionariedade do juiz.

A par disso, a adaptação à nova realidade não pode ultrapassar o espírito da Constituição; as possibilidades semânticas, os sentidos possíveis do texto constitucional; e a preservação dos direitos fundamentais do Estado, que dão identidade à Constituição. Ainda, devem ser observadas as limitações contidas no art. 60, § 4º, da CF/88 - as chamadas cláusulas pétreas. Se não é permitida a modificação por revisão formal da constituição (por emendas), também não o poderia ser, por mutação constitucional interpretativa. E, também, é preciso preservar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – o princípio da irretroatividade das normas. A análise se as mutações constitucionais são admissíveis ou não, é uma tarefa que foge da elaboração teórica em abstrato, para desenvolver-se no cenário de cada caso concreto.

E para a proteção do direito fundamental à segurança jurídica, a mutação também deve observar uma espécie de “regra de transição”. Ao lado da possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o “*prospective overruling*” (anulação prospectiva), em determinados casos de mutações constitucionais, que não envolvam, necessariamente, a fiscalização da constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais, mas sim mudanças de interpretação de dispositivos constitucionais.

As decisões judiciais que superam entendimentos sedimentados podem conter juízo de inconstitucionalidade, quando é determinado no tempo o instante em que norma inconstitucional deve ser expurgada do ordenamento jurídico. Nesses casos, aplica-se o disposto na Lei 9868/99 (art. 27) e na Lei 9882/99 (art. 11). Contudo, quando ausente declaração nesse sentido, a modulação temporal dos efeitos da decisão modificativa é aquela disciplinada no art. 927, § 3º, do CPC/2015, fixando o termo *a quo* da produção dos efeitos de uma nova orientação jurisprudencial.

Um exemplo de mutação normativa com efeitos prospectivos foi a questão da fidelidade partidária, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, não se poderia impor a perda dos mandatos daqueles parlamentares que trocaram de partido, se até então (27.03.2007) prevalecia o entendimento do Supremo Tribunal

Federal e do Tribunal Superior Eleitoral de que tal conduta não ensejava a perda do cargo.

A fim de conciliar a possibilidade de modificação do entendimento consolidado nas Cortes, com o prestígio ao princípio da proteção da confiança, é preciso atribuir à nova orientação, como regra, a eficácia *ex nunc* (prospectiva). De fato, na mutação constitucional ocorre a criação de uma norma constitucional nova, motivo pelo qual ela, em tese, não poderia produzir efeitos para eventos pretéritos quando prejudicial às partes, pois ensejaria insegurança jurídica nas ações e inações dos jurisdicionados, que agiram sob a expectativa que lhes conferia determinada interpretação do Direito que imperava até então.

Como já referido, em qualquer situação, só é possível avaliar os limites materiais e temporais da mutação constitucional, conforme for o ambiente de decisão em cada caso concreto. Em especial quanto a modulação prospectiva dos efeitos - *ex-nunc* - haverá determinados campos em que é desejável limitar a flexibilidade em prol da segurança, da previsibilidade. Mas, por certo, haverá outros em que será preciso oferecer ao juiz certa margem de flexibilidade, para decidir em detrimento da certeza, por estarem em discussão questões sociais delicadas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AARNIO, Aulis. ***On truth and acceptability of interpretative propositions in legal dogmatics***, Rechtsatheorie, Beiheft 2, 1981 Apud FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. Tradução de Candice Premaor Gullo e Revisão de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. ***The rational as reasonable. A treatise on legal justification***. Dordrecht/Boston/Lancaster/Tóquio, 1986. Apud FARALLI. **A filosofia contemporânea do direito**.

_____. ***The rational as reasonable. A treatise on legal justification***. Dordrecht/Boston/Lancaster/Tóquio, 1986. Apud FARALLI. **A filosofia contemporânea do direito**.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ANDRADE, André Gustavo C. de. **Dimensões da interpretação conforme a Constituição**. In: Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003. Disponível em: < https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_100.pdf >. Acesso em 27.01.22.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf> >. Acesso em 08.03.21.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Fortaleza, v. 5, nº 8, jan./dez, 2009. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> >. Acesso em 08.03.21.

_____. **Mutação constitucional.** In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Márcio (Coord). **20 anos da Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, p. 01-42, Abr/Jun, 2005. Disponível em: < <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618> >. Acesso em 23.07.2021.

_____. **Teoria do direito constitucional – Tomo III.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Apud BANHOS. **O papel do princípio da proteção à confiança no Estado Contemporâneo.** p. 117-126. In: SCALETSKY, Felipe Santa Cruz; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (Org.). **Segurança jurídica e Estado de Direito.** Curitiba: Juruá Editora, 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira:** legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rev. Amp. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Da reforma à mutação constitucional.** In: Revista de Informação Legislativa. V. 33, n. 129, Jan/Mar, 1996. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380> >. Acesso em 04.02.22.

CADENA, Carlos Alberto Lopez. **Mutaciones constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional.** In: *Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo em América Latina.* 1 ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993. Apud BANHOS, Sérgio Silveira. **O papel do princípio da proteção à confiança no Estado Contemporâneo,** p. 117-126. In: SCALETSKY; COELHO (Org.). **Segurança jurídica e Estado de Direito.**

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina. 2002.

_____. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991. Apud VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CASTILHO, Maria Augusta de. **Roteiro para elaboração de monografia em ciências jurídicas**. São Paulo: Sugestões Literárias, 2000.

CARBONELL, Miguel. **Nuevos tempos para el constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CATHARINA, Alexandre de Castro. **Elementos para (re)construção da teoria geral da decisão judicial no processo civil brasileiro**. In: Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 13, n. 1, ago. 2017, p. 25. Disponível em: < <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/58> >. Acesso em 18.03.2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

COSTA, Judith Martins. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**: a segurança como crédito de confiança. Revista CEJ. Brasília, n. 27, Out/Dez, 2004. Apud CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Segurança jurídica e “incerteza jurisdicional”**. In: SCALETSKY; COELHO (Org.). **Segurança jurídica e Estado de Direito**.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Traducción de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: *Instituto Vasco de Administración Pública*. 1998.

DÍAZ, Elías. **El derecho y el poder: realismo crítico y filosofía del derecho**. Madrid: Editorial Dykinson, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Justice for hedgehogs** (Justiça para Porcos-Espinhos). Cambridge/MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. Apud ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Itajaí-SC, 2013. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf> >. Acesso em 17.06.21.

_____. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. Tradução de Candice Premaor Gullo e Revisão de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FÁVERO, Altair Alberto; GABOARDI, Ediovani Antônio (Coord.). **Apresentação de trabalhos científicos**: normas e orientações práticas. Passo Fundo: UPF Editora, 2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Osasco: Edifeo, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e jurisprudência judicial**. Apud BOCCATO, Esdras. **Modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade**: ponderação, subsunção e dosimetria. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo – USP. 2013. Disponível em: < <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06092016-152356/pt-br.php> >. Acesso em 08.02.22.

FIGUEROA, Alfonso García. **La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **A pesquisa jurídica sem mistérios**: do projeto de pesquisa à banca. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

FONTOURA, João Fábio Silva da. **Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/92922> >. Acesso em 28.01.22.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Tradução de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca: Sígueme, 1991. Apud VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica constitucional e pluralismo**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

GOMES, Rodolfo Perini. **Superação prospectiva (prospective overruling) como regra**: (in)segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. p. In: Revista de Doutrina e Jurisprudência. v. 55. Brasília. Jul/Dez 2019. p. 28-45. Disponível em: <

<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/download/535/97/2079> >. Acesso em 08.02.22.

GONÇALVES, Benedito; LIMA, Paula; e OLIVEIRA, Fernando. **Segurança jurídica e proteção da confiança – Considerações a respeito dos princípios e a positivação deles no § 4º do art. 927 do CPC/2015**. p. 59-67. SCALETSKY, Felipe Santa Cruz; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (Org.). **Segurança jurídica e Estado de Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2021.

GUASTINI, Riccardo. **A proposito del neoconstitucionalismo**. Doctrina constitucional, v. 67, p. 233, 2013, Apud VICIANO PASTOR, Roberto; MARTINÉZ DALMAU, Ruben. **A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo**. In Revista Brasileira de Políticas Públicas UNICEUB, Brasília, v. 9, n. 2, p. 333-349, 2019. Disponível em: < <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/6079/pdf> >. Acesso em 25.08.21.

_____. **Lezioni di teoria analítica del diritto**. Torino, 1982; **Il diritto come linguaggio**, Torino. 2001; **L'interpretazione dei documenti normativi**. Milano, 2004. Apud FARALLI. **A filosofia contemporânea do direito**.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: *Universidad Nacional Autónoma de México*, 2003.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1992.

JAYME, Fernando G. **Tribunal Constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LIERN, Göran Rollnert. **La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional**. In: Revista Española de Derecho Constitucional, n. 101, Mai/Ago, 2014. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4772864.pdf> >. Acesso em 02.02.22.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford, 1978 (trad. It. Org. por V. Villa, **Ragionamento giuridico e teoria dil diritto**, Torino, 2001 Apud FARALLI. **A filosofia contemporânea do direito**.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Apud CATHARINA, Alexandre de Castro. **Elementos para (re)construção da teoria geral da decisão judicial no processo civil brasileiro**. In: Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 13, n. 1, ago, 2017, p. 25. Disponível em: < <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/58> >. Acesso em 18.03.2021.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1996. Apud STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Tradução de Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais**. Traducción de Peter Naumann. In: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 7, 2003. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/761502.pdf> > Acesso em 26.01.2022.

NEVES, Marcelo. **A Constituição simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição constitucional**: poder constituinte permanente? In: SAMPAIO. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ORUNESU, Claudina. **Positivismo jurídico y sistemas constitucionales**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Momento decisivo**: apresentação e defesa de trabalho acadêmico. 2. ed. ver. Atual.e amp. Itajaí: E-Books/PPCJ, 2017.

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre, 2005. Disponível em: < <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/7317> >. Acesso em 09.02.22.

PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Dordrecht/Boston/London, 1989 e **The passion for reason**, In L.G. Wittgens (org) **The law in philosophical perspective**. Dordrecht, 1997 Apud FARALLI. **A filosofia contemporânea do direito**.

PEDRA, Adriano Sant'ana. **Teoria da mutação constitucional**: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da teoria da concretização. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2009. Disponível em: < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8668> >. Acesso em 01.02.22.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel. 1991. Apud ÁVILA. Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Economic analysis of law**. Boston/London, 1973; **Problems of jurisprudence**. London, 1990 Apud FARALLI. **A filosofia contemporânea do direito**.

_____. **Fronteira da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **The meaning of judicial self-restraint**. Indiana Law Journal. V. 59, n. 1, 1983, p. 1-24 Apud LIMA. **Jurisdição constitucional e política**.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 21, n. 2, p. 340-342, 1998, Apud VICIANO PASTOR, Roberto; MARTINÉZ DALMAU, Ruben. **A Constituição democrática**: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. In Revista Brasileira de Políticas Públicas UNICEUB, Brasília, v. 9, n. 2, p. 333-349, 2019. Disponível em: < <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/6079/pdf> >. Acesso em 25.08.21.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____. **O direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional**: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 30 n. 120 out/dez, 1993. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176171> >. Acesso em 31.01.22.

RUFFIA, Biscaretti di.; Paolo & Rozmaryn, Stefan. **La constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe Occidentale et dans les états socialistes**. Turin, Institut Universitaire d'Études Européennes, 1966. Apud FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Osasco: Edifeo, 2015.

SAGUÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. Buenos Aires: Astrea. 1993. Apud VIEITO. **Da hermenêutica constitucional**.

SAMPAIO. José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTAMARIA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador: el Estado e el Derecho em la Constitución de 2008**. Quito: Universidade Andina Simón Bolívar, 2011.

SANTOS, Anderson Clei. **Mutação constitucional e a crise da democracia representativa**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe. Sergipe, 2015. Disponível em: < http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFS-2_3512ba3558193bafd355132b341991cb > Acesso em 21.08.20.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002 Apud LIMA. **Jurisdição constitucional e política**.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Cortez Editora, 2014.

SCALETSKY, Felipe Santa Cruz; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (Org.). **Segurança jurídica e Estado de Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2021.

SOUZA JUNIOR, César Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão de poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise**: a necessidade de uma nova crítica do Direito (NCD). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy**. In: Revista Direito e Práxis. v. 4, n. 7, 2013, p. 343-367. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350/0> >. Acesso em 27.01.22.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano, 1980 Apud FARALLI. **A filosofia contemporânea do direito**.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2005. Apud PEDRA. **Teoria da mutação constitucional**.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003.

VALDÉS, Jorge A. Tapia. **Hermenêutica constitucional: la interpretación de la Constitución em Sudamérica**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1973. Apud VIEITO. **Da hermenêutica constitucional**.

VENTURA, Deisy. **Monografia jurídica – uma visão prática -**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTINÉZ DALMAU, Ruben. **A Constituição democrática**: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. In Revista Brasileira de Políticas Públicas UNICEUB, Brasília, v. 9, n. 2, p. 333-349, 2019. Disponível em: < <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/6079/pdf> >. Acesso em 25.08.21.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. ***The legal reasoning in legal interpretation; Logique et analyse***, 1969 (trad. It: *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione giuridica*, In Paolo Comanducci e Ricardo Guastini (orgs), ***L'analisi del ragionamento giuridico; Legal syllogism and rationality of judicial decision***. Rechtstheoric, 1974; ***Meaning and truth in judicial decision***, Helsinque, 1983; ***The judicial application of law***, ed. póstuma org por Z. Bankowski e N. MacCormick, Dordrecht, 1992 Apud FARALLI. **A filosofia contemporânea do direito**.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. ***Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto***. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 20, n. 58, Jan/Abr, 2000. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79672> >. Acesso em 02.02.22.

ZAMUDIO, Hector Fix. ***Alguns aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamento mexicano***. Apud DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. Introdução ao direito processual constitucional. v. 01. Curitiba: Juruá, 2003.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Itajaí-SC, 2013. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf> >. Acesso em 17.06.21.