



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 59

235

julho a setembro de 2022

SENADO FEDERAL



Interpretação e aplicação das normas constitucionais

Entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR

Resumo: O artigo examina a interpretação e a aplicação das normas constitucionais. Argumenta que as técnicas clássicas de interpretação e aplicação da Constituição são atuais e que o intérprete deve ser leal à norma aprovada pelos mecanismos da democracia representativa.

Palavras-chave: interpretação constitucional; deferência e ativismo; mutação constitucional.

Interpretation and application of constitutional rules: between deference and activism, the strict attachment to representative democracy

Abstract: The paper examines the interpretation and application of constitutional rules. It argues that the classical techniques for interpreting and applying the Constitution are up-to-date and that the interpreter must be loyal to the law as approved by the mechanisms of representative democracy.

Keywords: constitutional interpretation; deference and activism; constitutional mutation.

1 Introdução

No Direito brasileiro, a obra clássica – e rigorosamente atual – sobre hermenêutica e aplicação do Direito é de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos. Segundo explica, a interpretação é aplicação da hermenêutica;

Autor convidado

a hermenêutica descobre e fixa os princípios que regem a interpretação: “A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2011, p. 1).

No que se refere à relação entre interpretação e aplicação, o que se tem é questão de lógica: a interpretação antecede a aplicação, pois é preciso interpretar para compreender e, então, aplicar: “o primeiro dever do intérprete é precisamente o entendimento” (LUCIANI, 2016, p. 428, tradução nossa).

Surge aqui uma questão que é tão sensível quanto importante: ao interpretar e aplicar um texto normativo, o intérprete – e aplicador da norma – simplesmente executa o comando normativo elaborado pelo legislador ou realiza atividade criativa própria ou, até mesmo, criadora do Direito?

Para alguns, a norma que rege uma dada situação decorre da interpretação de um dado texto normativo: “O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo” (GRAU, 2009, p. 27).

Por outro lado, o intérprete não tem liberdade para interpretar e aplicar o texto normativo como bem entender. Com efeito, “a norma ‘existe’ antes que o juiz, milagrosamente, a ‘crie’” (LUCIANI, 2020, p. 2, tradução nossa). Aquele que interpreta e aplica o Direito não deve ser nem deferente a vontades subjetivas e específicas de quem quer que seja, nem ativista a ponto de ignorar ou subverter a vontade objetiva e clara da norma. Do contrário, por mais bem intencionadas que sejam interpretação e aplicação, ter-se-ia uma aristocracia, não uma democracia.

2 Interpretação constitucional

É possível interpretar sem aplicar.¹ Cogitar de uma interpretação em tese é exercício tão usual quanto a interpretação no efetivo intuito de aplicar. Assim, nesta primeira parte da exposição, importa a interpretação constitucional em si mesma, embora os exemplos manejados sejam diretamente vinculados a situações de aplicação efetiva. De início, cuida-se nela do elemento político peculiar à interpretação constitucional. Então, examina-se a interpretação constitucional clássica e os seus métodos mais usuais. Por fim, discute-se uma eventual e pretensa nova hermenêutica.

¹ Luciani (2016, p. 426) menciona como exemplos a manifestação em um *blog*, a expedição de uma circular e a elaboração de um parecer.

2.1 Peculiaridade da interpretação constitucional

O primeiro capítulo da *Teoria da Constituição* de Loewenstein (1986, p. 23, tradução nossa) é “Sobre a anatomia do processo do poder político”. É compreensível: sendo a Constituição o “estatuto jurídico do político”, fruto que é do constitucionalismo, “no fundo, uma teoria normativa da política” (CANOTILHO, 2003, p. 51), não se pode compreender o fenômeno constitucional dissociado da realidade política.

Daí ser imprescindível tomar em consideração um aspecto peculiar da interpretação constitucional: o elemento político. Ferraz (1986, p. 28) explica que “a natureza política da norma constitucional é intrínseca à Constituição, que rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competências aos poderes, assegura os direitos humanos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos”. Por isso, “a exegese da Lei Fundamental não pode prescindir do elemento político, porquanto este prevalece nela”, um elemento entranhado, mas um “elemento dinâmico cujo sentido atual será sempre perseguido pelo exegeta” (FERRAZ, 1986, p. 26-28). Por exemplo, presunção de constitucionalidade e interpretação conforme à Constituição, por suas próprias finalidades, lógicas e características, também revelam o elemento político presente na interpretação constitucional: a primeira é essencial à segurança jurídica e à autoridade da lei; a segunda, à supremacia da Constituição, bem assim à coerência e à unidade do ordenamento.

O constitucionalismo não é neutro: “é uma técnica da liberdade contra o poder arbitrário” (MATTEUCCI, 1998, p. 24, tradução nossa). O constituinte é político e explicita valores na Constituição, o que se nota, por exemplo, nos Títulos I e II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (“Dos Princípios Fundamentais” e “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) (BRASIL, [2022]), mas não só.² Por sua vez, o legislador também é político, inclusive porque deve observar e promover os valores constitucionais, valores que, ao natural, na medida em que constam da Constituição, refletem-se no processo de interpretação.

2.2 Interpretação constitucional clássica

Segundo ensina Maximiliano (2011, p. 248), aplicam-se à Constituição as técnicas usuais de interpretação, como a gramatical, a histórica, a

²O art. 1º da Constituição espanhola de 1978 aponta quatro “valores superiores de seu ordenamento jurídico”: “a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político” (ESPAÑA, [2011], tradução nossa). De modo análogo, o art. 17 da CRFB, em síntese abrangente dos valores constitucionais, resguarda “a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo [e] os direitos fundamentais da pessoa humana” (BRASIL, [2022]).

teleológica etc. Algumas dessas são empregadas de modo peculiar ao Direito Constitucional, sem prejuízo de “preceitos que só servem para o Direito Público” (MAXIMILIANO, 2011, p. 249) (preceitos que podem e devem ser repassados na sequência). Segundo Maximiliano (2011), importa examinar algumas das técnicas de interpretação mais elementares: gramatical, histórica, sistemática e teleológica. Na prática, costumam ocorrer de modo combinado; ainda assim, é útil caracterizar detidamente cada uma delas.

Duas categorias devem ser consideradas preliminarmente: a vontade da lei (*mens legis*) e a vontade do legislador (*mens legislatoris*). Por uma questão natural de segurança jurídica, em estrito respeito ao Direito objetivo, a primeira deve prevalecer, sobretudo quando clara, sem prejuízo de recurso à segunda quando houver dúvidas acerca do sentido de um determinado texto normativo. Ademais, pode “a lei ser mais sábia do que o legislador, porquanto abrange hipóteses que este não previu” (MAXIMILIANO, 2011, p. 18).³

A *interpretação gramatical* talvez possa ser tida como simples, modesta, mas, em verdade, é o ponto de partida natural à compreensão da norma e delimita as possibilidades de interpretação que são comportadas pela literalidade normativa. Revela, de modo preponderante, a *mens legis*. Claro, disso decorrem exemplos que podem ser bem assimilados, outros nem tanto.

Exemplo interessante de interpretação gramatical, que em si mesmo teria resultado em muito importante avanço (e isso pelo manejo específico e objetivo da interpretação gramatical), vem do Direito italiano. Em 1906, a Corte de Apelação de Ancona, sob a presidência de Lodovico Mortara, reconheceu o direito de voto às mulheres. Mortara, ao conceder uma entrevista, explicou a decisão, dizendo-se “pessoalmente contrário”, mas “juridicamente favorável”, porque a legislação pertinente falava de “regnicoli”, palavra italiana indistinta do ponto de vista de gênero, “e o texto tinha que ser respeitado” (LUCIANI, 2020, p. 4, tradução nossa).⁴ Porém, na sequência, a decisão foi cassada e o voto feminino só veio a ter lugar na Itália quatro décadas depois.

³ Aliomar Baleeiro, com a sua ampla experiência parlamentar anterior à magistratura, enquanto ministro do Supremo Tribunal Federal entendia que não lhe cabia “psicanalisar os eminentes representantes da Nação” (Recurso Extraordinário (RE) nº 62.731/GB (BRASIL, 1967, p. 3.198)). Por outro lado, não excluía – quando “o sentido literal [da norma fosse] claudicante” – que se recorresse aos trabalhos legislativos, mormente: (i) à “exposição de motivos”; (ii) à “justificação” do projeto, sobretudo quando de líder parlamentar; e (iii) aos “pareceres dos relatores nas comissões parlamentares” (voto do ministro Aliomar Baleeiro no RE nº 58.356/GB (BRASIL, 1966, p. 1.203-1.204)). A propósito, ver Amaral Júnior (2006, p. 32-33, 50).

⁴ O art. 24 do Estatuto Albertino dispunha: “Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi” (REGNO DI SARDEGNA, [20--]).

Outro exemplo de interpretação gramatical, e que gerou grande polêmica, consta do RE nº 197.807/RS, ministro relator Octavio Gallotti. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que: “Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria” (BRASIL, 2000b, p. 936).

Do voto do relator, acompanhado à unanimidade do colegiado julgador, consta o seguinte:

A exegese gramatical certamente não merece as galas de um método definitivo ou conclusivo de interpretação, mas serve para marcar os limites em que se possa perquirir o resultado dos demais critérios de integração da norma jurídica.

No caso em exame, o direito à licença é vinculado ao fato jurídico gestação, que não permite, segundo penso, a extensão do benefício à hipótese do ato de adoção. Fosse a referência constitucional, por exemplo, simplesmente a “mãe” ou a “maternidade”, poder-se-ia, ainda, cogitar da assimilação da adotante à gestante. Não, porém, segundo penso, quando especificada a primeira na norma aplicável (BRASIL, 2000b, p. 950).

As circunstâncias que se colocam para quaisquer mães e pais, inclusive adotivos, são – em boa medida – semelhantes, o que sugeriria a equiparação. Por isso, a decisão foi bastante criticada. Uma opinião jornalística de então teve como título “Faltou mãe no Supremo” (NASSIF, 2000). Coincidência ou não, poucos meses depois, Ellen Gracie Northfleet tornou-se a primeira mulher a compor o STF.⁵

Importa registrar que a Lei nº 10.421, de 15/4/2002, acrescentou dispositivo (art. 71-A) à Lei nº 8.213, de 24/7/1991, para estender a licença maternidade aos casos de adoção (aliás, como cogitado no precedente) (BRASIL, 2002a).

Quanto à *interpretação histórica*, referindo-se ao que chama “elemento histórico”, ensina Maximiliano (2011, p. 113): “Inquire quais as ideias dominantes, os princípios diretores, o estado do Direito, os usos e costumes em voga, enfim o espírito jurídico reinante na época em que foi feita a norma”. Ajuda a determinar a *mens legislatoris* para melhor compreensão da *mens legis*.

Bom exemplo de interpretação histórica é a decisão do STF sobre fidelidade partidária no Mandado de Segurança (MS) nº 20.927/DF, ministro relator Moreira Alves (BRASIL, 1989). A Corte reconheceu que não mais havia fidelidade partidária no Direito brasileiro com base em

⁵ Ellen Gracie Northfleet foi empossada ministra do STF em 14/12/2000, sucedendo ao ministro Octavio Gallotti que completara 70 anos em 27/10/2000.

reconstrução histórica da disciplina normativa que a espécie conheceu: o art. 152, parágrafo único, da Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional (EC) nº 1, de 17/10/1969 (que passou a § 5º com a EC nº 11, de 13/10/1978), previa a fidelidade partidária: “Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmara Municipais quem [...] deixar o partido sob cuja legenda foi eleito” (BRASIL, [1988]).⁶ Mais tarde, a fidelidade partidária caiu por força da EC nº 25, de 15/5/1985. A seguir, a Assembleia Nacional Constituinte descartou a adoção da fidelidade partidária. Assim, dela não tratou a CRFB. Então, tomando em consideração a evolução histórica de coisas, o Tribunal considerou inexistente a fidelidade partidária. No entanto, 18 anos mais tarde, sem que a Constituição houvesse mudado no ponto, o Supremo – na prática invertendo uma decisão do Poder Constituinte Originário – decidiu pela existência da fidelidade partidária (MS nº 26.602/DF, ministro relator Eros Grau, MS nº 26.603/DF, ministro relator Celso de Mello, e MS nº 26.604/DF, ministra relatora Cármen Lúcia (BRASIL, 2007a, 2007b, 2007c)).⁷ Assim, de uma evolução histórica de coisas, reconhecida em precedente do próprio Supremo, passou-se a uma mutação constitucional levada a efeito, 18 anos mais tarde, pela mesma Corte.^{8 9}

⁶ A fidelidade partidária servira de proteção ao partido governista que definhava em apoio: “O resultado das eleições realizadas em 1966 estimulou a transformação das entidades provisórias em definitivas, até que as eleições subsequentes demonstrassem vivamente a perda de substância de uma dessas entidades e o enrijecimento da outra; a que fora grande e forte entrava a anemizar-se, enquanto se robustecia a que nascera débil” (excerto do voto do ministro Paulo Brossard no já citado MS nº 20.927/DF (BRASIL, 1989, p. 159)).

⁷ Mudança antevista pelo ministro Francisco Rezek no MS nº 20.927/DF.

⁸ Quando do julgamento, em 2007, do terceiro dos três Mandados de Segurança citados, fez sustentação oral Paulo Brossard de Souza Pinto.

⁹ O viés descritivo não esconde crítica final subjacente, mas uma crítica insuspeita: tenho simpatia pela adoção de

Outro exemplo de interpretação histórica, manejada de modo explícito, é a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.010/DF, ministro relator Celso de Mello (BRASIL, 1999a), cujo objeto era a contribuição previdenciária de inativos a que se referia a Lei nº 9.783, de 28/1/1999. O parâmetro de controle foi a EC nº 20, de 15/12/1998, ou seja, a reforma da previdência no governo de Fernando Henrique Cardoso. Relativamente a uma contribuição de inativos, a CRFB era silente antes e continuou silente depois da EC nº 20. Porém, a reconstrução histórica dos debates parlamentares que originaram a EC nº 20, realizada pelo relator, expõe que a espécie foi conscientemente recusada. Consta da ementa do Acórdão:

O registro histórico dos debates parlamentares, em torno da proposta que resultou na Emenda Constitucional nº 20/98 (PEC nº 33/95), revela-se extremamente importante na constatação de que a única base constitucional – que poderia viabilizar a cobrança, relativamente aos inativos e aos pensionistas da União, da contribuição de seguridade social – foi conscientemente excluída do texto, por iniciativa dos próprios Líderes dos Partidos Políticos que dão sustentação parlamentar ao Governo, na Câmara dos Deputados (BRASIL, 1999a, p. 88-89).

Com efeito, no silêncio da CRFB, a contribuição de inativos era possível antes da EC nº 20, existia na legislação de entes subnacionais e, inclusive, foi disciplinada – no que toca a inativos da União – pela Medida Provisória (MP) nº 1.415, de 29/4/1996¹⁰ (objeto da ADI nº 1.441/DF, ministro relator Octavio Gallotti,

algum tipo ou grau de fidelidade partidária; parodiando Lodovico Mortara, sou pessoalmente favorável ao resultado (a fidelidade partidária), mas juridicamente contrário ao modo de alcançá-lo (uma mutação constitucional por via judicial).

¹⁰ A contribuição constou da linha de reedições até a MP nº 1.463-24, de 27/3/1998, inclusive. Deixou de constar a partir da reedição subsequente imediata.

cuja medida cautelar foi indeferida em 28/6/1996¹¹). No entanto, com a subsequente e expressa recusa da contribuição de inativos pelo constituinte derivado, o Supremo decidiu que não mais seria possível a contribuição dos inativos sob a EC nº 20, inclusive no que se refere aos entes subnacionais a partir da promulgação daquela Emenda¹².

Por sua vez, a *interpretação teleológica* é assim explicada por Maximiliano (2011, p. 124):

Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os seus autores, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíam a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical.

Exemplo de interpretação teleológica é relativo à imunidade parlamentar material ou inviolabilidade das palavras, opiniões e votos dos parlamentares. A Constituição de 1967, art. 34, *caput*, dispunha: “Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício de mandato, por suas opiniões, palavras e votos” (BRASIL, [1985]). Por sua vez, a CRFB, art. 53, *caput*, dispunha em sua redação originária: “Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos” (BRASIL, [2022]). Logo, deixou de constar “no exercício de mandato”. Subsequentemente, por força da EC nº 35, de 20/12/2001, passou a dispor: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” (BRASIL, [2022]).

A supressão da fórmula “no exercício de mandato” e o acréscimo da fórmula “quaisquer de” revelam nítido intuito de ampliar o escopo da inviolabilidade parlamentar. Não obstante, o STF manteve-se constante na compreensão *funcional* da inviolabilidade, porque ela pressupõe palavras, opiniões e votos no exercício e no interesse do mandato, ou seja, só diz respeito às opiniões, palavras e votos “enunciados pelo parlamentar, nessa específica condição, ou seja, no próprio exercício do mandato, ou em razão dele” (BRASIL, 2002b, p. 386).¹³ Trata-se de evidente interpretação

¹¹ A ADI nº 1.441/DF foi julgada prejudicada porque a inicial deixou de ser aditada após a MP nº 1.463-17, de 9/9/1997 (ver despacho do relator publicado no Diário da Justiça de 6/3/1998 (BRASIL, 1998)).

¹² Medida Cautelar na ADI nº 2.176/RJ, ministro relator Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2000a). A contribuição dos inativos voltou a ser prevista pela EC nº 41, de 19/12/2003, ou seja, a reforma da previdência durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, que veio a ser declarada constitucional pelo STF na ADI nº 3.105/DF, ministro redator para o acórdão Cezar Peluso (BRASIL, 2004).

¹³ Inquérito nº 1.710/SP, ministro relator Sydney Sanches. O relator menciona três exemplos de situações em que não há que cogitar de inviolabilidade: (i) parlamentar que ofende síndico em reunião de condomínio; (ii) parlamentar que ofende o motorista de

teleológica da inviolabilidade, instituto cuja finalidade é servir de resguardo às Casas representativas e ao próprio povo representado¹⁴, uma garantia institucional (ALEXANDRINO, 2007, p. 36).¹⁵ Ora, é da natureza das coisas que assim seja.¹⁶

Outro exemplo de interpretação teleológica é a compreensão que o STF veio a admitir para o § 6º do art. 62 da CRFB:

Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando (BRASIL, [2022]).

A despeito de o dispositivo constitucional ser bastante claro ao mencionar “todas as demais deliberações legislativas” (amplitude que foi efetivamente observada até então), em 17/3/2009 a Presidência da Câmara dos Deputados decidiu Questão de Ordem para deixar assente que o trancamento de pauta não atinge proposta de emenda constitucional, projeto de lei complementar e outras proposições sobre matérias excluídas do campo temático da medida provisória. A decisão teve a conhecida finalidade de evitar maiores constrangimentos aos trabalhos parlamentares, até então com frequência sujeitos a “janelas” de votação entre trancamentos de pauta sobrepostos e sucessivos causados por medidas provisórias contemporâneas em tramitação (o que inibia ou comprometia o “poder de agenda” do Poder Legislativo¹⁷). O STF validou essa nova compreensão do dispositivo constitucional ao decidir o MS nº 27.931/DF, ministro relator Celso de Mello (BRASIL, 2017).

Assim, a interpretação gramatical – até então observada para o dispositivo constitucional de regência da matéria – veio a ser superada pela interpretação teleológica, pois o trancamento de pauta, no caso, vinha atuando contra o Congresso Nacional, não contra a medida provisória, com prejuízo às demais deliberações legislativas, inclusive aquelas fora do alcance temático da medida provisória; contra a medida provisória, basta o decurso de prazo, sem deliberação.¹⁸ A *mens legis* cedeu à *mens legislatoris*,

outro carro em acidente de trânsito; e (iii) parlamentar que ofende desafeto em briga de rua inteiramente estranha à sua atividade parlamentar (BRASIL, 2002b, p. 386-387).

¹⁴ Sobre o Inquérito nº 1.710/SP, e alguns outros precedentes, ver Amaral Júnior (2020, p. 210-221).

¹⁵ A propósito, ver Amaral Júnior (2020, p. 53-62).

¹⁶ Como ensina Montesquieu (1995, p. 3): “As leis, no seu sentido mais amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas”.

¹⁷ O “poder de agenda” é preocupação do ministro Celso de Mello, por exemplo, desde a Medida Cautelar na ADI nº 2.213/DF, ministro relator Celso de Mello (BRASIL, 2002c).

¹⁸ A propósito, ver Amaral Júnior (2012, p. 183-184).

pois a vontade do legislador, inclusive a do constituinte, é dinâmica no tempo: “Exige-se um texto vivo; tolerar-se-ia a ficção de um legislador que falasse atualmente, e não de pessoa morta, que houvesse fixado o seu ideal e última *vontade* no Direito escrito, como faz o particular no testamento” (MAXIMILIANO, 2011, p. 24). Do contrário, não se explicaria “a longevidade do Direito romano” (MAXIMILIANO, 2011, p. 24).

Por fim, a *interpretação sistemática* consiste, segundo Maximiliano (2011, p. 104), “em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”. A seguir, completa: “Por umas normas se conhece o espírito das outras” (MAXIMILIANO, 2011, p. 104). Eros Roberto Grau, na mesma linha, faz síntese didática: “não se interpreta a Constituição em tiras”. A propósito:

Ademais, não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. Tenho insistido em que a interpretação do direito é interpretação *do direito*, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta *textos de direito*, isoladamente, mas sim *o direito* – a Constituição – no seu todo (BRASIL, 2006, p. 231, grifos do autor).¹⁹

Exemplo de interpretação sistemática consta da ADI nº 939/DF, ministro relator Sydney Sanches (BRASIL, 1993b), mormente no que se refere à compreensão da anterioridade tributária como direito fundamental dos contribuintes. O inciso IV do § 4º do art. 60 da CRFB firma “os direitos e garantias individuais” como limites materiais à reforma constitucional, o que remete ao art. 5º da CRFB, mas não só. O próprio art. 5º apresenta uma cláusula de abertura, o respectivo § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes

do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, [2022]). Portanto, é “garantia individual do contribuinte”, protegida pelo inciso IV do § 4º do art. 60 da CRFB, a anterioridade tributária (art. 150, inciso III, alínea *b*, da CRFB). Foi exatamente isso que ficou assente naquela ADI.²⁰

Em raciocínio análogo, e com expressa referência ao precedente de 1993, o STF incluiu na esfera protetiva do inciso IV do § 4º do art. 60 da CRFB a anterioridade eleitoral, “garantia individual do cidadão-eleitor”²¹.

Em suma, na interpretação sistemática, vontade da lei e vontade do legislador convivem: em princípio, trata-se de técnica que se resolve bem com a primeira; porém, é necessário pressupor a inteligência do legislador que realiza obra harmônica e integrada ao ordenamento jurídico.

Maximiliano (2011, p. 248-249), cuidando especificamente da interpretação constitucional, ensina que “as leis fundamentais devem ser mais rigorosamente obrigatórias do que as ordinárias” e menciona “preceitos que só servem para o Direito Público”, preceitos esses que se mantêm rigorosamente atuais e, por isso, merecem síntese (inclusive porque reafirmam o quanto já exposto):

(i) “ao invés de se ater a uma técnica interpretativa exigente e estreita, procura-se atingir um sentido que torna efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não o que os contrarie ou reduza à inocuidade” (MAXIMILIANO, 2011, p. 249)²²;

²⁰ Sobre a abrangência do inciso IV do § 4º do art. 60 da CRFB, inclusive dando como “corretíssima” a posição do STF na ADI nº 939/DF, ver Ferreira Filho (2014, p. 264-266).

²¹ Ver ementa da ADI nº 3.685/DF (BRASIL, 2006). A anterioridade eleitoral consta do art. 16 da CRFB (BRASIL, [2022]): “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

²² Há, aqui, dois pontos que serão adiante acentuados: (i) combinação de técnicas interpretativas; e (ii) máxima consecução dos fins constitucionais.

¹⁹ Voto do ministro Eros Grau na ADI nº 3.685/DF.

(ii) “forte é a presunção da constitucionalidade de um ato ou de uma interpretação quando datam de grande número de anos” (MAXIMILIANO, 2011, p. 249)²³;

(iii) “entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade” (MAXIMILIANO, 2011, p. 250)²⁴;

(iv) observada a literalidade da lei, essa deve ser interpretada de modo a reputá-la constitucional (MAXIMILIANO, 2011, p. 249)²⁵;

(v) “se o parlamento agiu por motivos reprovados [...] porém a lei não é, no texto, contrária ao estatuto básico, o tribunal abstém-se de condenar” (MAXIMILIANO, 2011, p. 251)²⁶;

(vi) “não se resolve contra a letra expressa da Constituição, baseado no elemento histórico ou no chamado Direito natural” (MAXIMILIANO, 2011, p. 251)²⁷;

(vii) o elemento histórico auxilia a exegese do texto constitucional, mas tem valor relativo, ou seja, por exemplo, mesmo a vontade do constituinte não prevalece sobre a literalidade do texto (MAXIMILIANO, 2011, p. 252)²⁸;

(viii) “quando a nova Constituição mantém [...] a mesma linguagem da antiga [...] aplica-se à atual a interpretação aceita para a anterior” (MAXIMILIANO, 2011, p. 252);

(ix) “a Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram” (MAXIMILIANO, 2011, p. 252);

(x) “quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever, franqueia também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um, ou cumprimento do outro” (MAXIMILIANO, 2011, p. 253)²⁹;

(xi) “não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto” (MAXIMILIANO, 2011, p. 255)³⁰;

(xii) interpretação autêntica apenas por meio de emenda constitucional (MAXIMILIANO, 2011, p. 255-256).

As técnicas de interpretação constitucional são igualmente úteis e importantes. Não guardam entre si relação de superioridade ou preferência. A literalidade textual é sempre o ponto natural de partida para compreensão do dispositivo, sem prejuízo de outras técnicas de interpretação para além da gramatical (que longea fica de ser desimportante): “O texto, [...], enquanto seu objeto [da interpretação], define todo o perímetro possível da atividade hermenêutica, de modo que o método de interpretação literal, longe de ser ‘primitivo’, [...] é ‘primário’, no sentido de que [...] vem logicamente antes dos outros

²³No mesmo sentido é a lição de Bittencourt (1997, p. 120), citando Westel Woodbury Willoughby: “Não menos precisa é a lição de Willoughby, quando afirma que a presunção de constitucionalidade que acompanha um ato do Congresso é aumentada quando a interpretação legislativa tem sido frequentemente manifestada no mesmo sentido durante considerável número de anos – *when legislative interpretation has been frequently exercised during a considerable number of years* – ou quando date de período praticamente contemporâneo à adoção da Constituição, ou quando, pela confiança depositada em sua eficácia, muitos direitos públicos e privados se constituíram sob o seu império”.

²⁴Ver “interpretação conforme à Constituição”, adiante.

²⁵Ver “interpretação conforme à Constituição”, adiante.

²⁶No mesmo sentido, Bittencourt (1997, p. 121-124) cita Carlos Maximiliano e concorda com ele. Aliás, o ponto foi discutido pelo STF na Ação Penal nº 470/MG, ministro relator Joaquim Barbosa, relativa ao caso conhecido como “Mensalão”: “Ocorre que os Deputados Federais que são réus nesta ação penal são acusados de corrupção por terem recebido dinheiro para votar, e não em decorrência do conteúdo de seus votos” (BRASIL, 2012, p. 3.686-3.687, grifos do autor). Este entendimento coincide com jurisprudência da Suprema Corte americana (AMARAL JÚNIOR, 2020, p. 233-234).

²⁷O STF já decidiu que a “jurisdição [constitucional] lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição” (Ementa da ADI nº 815/DF, ministro relator Moreira Alves (BRASIL, 1996, p. 312)).

²⁸Ver casos *supra*.

²⁹Trata-se de entendimento de longa data sedimentado a partir da jurisprudência da Suprema Corte americana em casos de repartição de competências federativas, a começar pelos casos *McCulloch v. Maryland*, de 1819, e *Gibbons v. Ogden*, de 1824 (REHNQUIST, 2002, p. 36-39).

³⁰Ver “interpretação conforme à Constituição”, adiante.

e condiciona-lhes a operatividade” (LUCIANI, 2016, p. 434-435, tradução nossa).³¹ Em verdade, “todos os métodos interpretativos, se isolados uns dos outros, são ‘primitivos” (LUCIANI, 2016, p. 435, tradução nossa). Luciani (2016, p. 438, tradução nossa) ensina que as técnicas de interpretação histórica, sistemática e teleológica

não são artifícios retóricos úteis só para argumentar e convencer, nem são meros instrumentos de verificação da coerência da fundamentação judicial, mas são instrumentos cognitivos autênticos a serviço da interpretação-atividade que – entre as várias abstratamente abertas por um texto ainda não completamente contextualizado e atualizado – consente identificar a interpretação-produto mais correta.

O fenômeno constitucional é, por sua própria natureza, complexo. Convém, a cada uma das disposições constitucionais, o emprego de mais de uma técnica de interpretação para que seja bem compreendida, sem prejuízo da prevalência eventual de uma ou de outra técnica.

2.3 Uma nova interpretação constitucional?

Cogita-se em doutrina uma “nova interpretação constitucional” porque a argumentação jurídica, especialmente a constitucional, deve ser balizada por parâmetro

formado por dois conjuntos de princípios: o primeiro, composto de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional; o segundo, por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 159).

³¹ Como recorda o próprio Luciani (2016, p. 435), citando jurisprudência italiana, isso também vale para o Direito Civil, pois a análise do papel literal do significado das palavras é meio prioritário e fundamental para a correta reconstrução da comum intenção dos contratantes.

Importam aqui os *princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional*: (i) o princípio da supremacia da Constituição; (ii) o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; (iii) o princípio da interpretação conforme à Constituição; (iv) o princípio da unidade da Constituição; (v) o princípio da efetividade; e (vi) o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 162).

Horbach (2007, p. 85-87) pondera que todos esses princípios já eram objeto, por exemplo, da obra de Carlos Maximiliano, para quem: (i) “a Constituição é a lei suprema do país”; (ii) a inconstitucionalidade apenas é proclamada “quando é absolutamente necessário fazê-lo”; (iii) “tão-restritivamente se interprete a linguagem da lei que se torne constitucional a medida”; (iv) “não se interpretam as leis por palavras ou frases isoladas”; (v) “é mister ser compreendido [o texto constitucional] de modo que converta em realidade os grandes princípios de governo”; e (vi) “vai perdendo apologistas na prática a frase de ULPIANO – *durum jus, sed ita lex scripta est* – ‘duro direito, porém assim foi redigida a lei’ – e prevalecendo em seu lugar o *summum jus, summa injuria* – ‘do excesso do direito resulta a suprema injustiça” (ou seja, um juízo de equidade sobre a lei).

Nessa crítica transparece de modo literal a preocupação de que intérpretes não acabem por separar “o termo do conceito, o conceito do preceito, o preceito da norma, a norma do texto e o texto do contexto, para, ao final dessa operação, fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito” (HORBACH, 2007, p. 88).

Ferreira Filho (2009, p. 160), em trabalho igualmente crítico ao neoconstitucionalismo, adverte que “a prevalência do princípio sobre a regra consiste na transformação do arbítrio em princípio jurídico, em detrimento da (reacionária...)

segurança jurídica, em detrimento da (superada) democracia representativa...³² Também critica a “nova hermenêutica”. Após registrar que para os neoconstitucionalistas “as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 144), avalia que essa compreensão: (i) “peca, antes de mais nada, pela generalização quanto às normas constitucionais. Ou seja, ela vê todas como princípios”; (ii) desconhece “[o] fato óbvio de que as normas se exprimem em palavras que têm sentido na língua usada. Se não, como os homens se comunicariam?” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 162). Entende que “essa ‘livre interpretação’ serve para que os intérpretes façam prevalecer seus valores, compromissos, posições ideológicas sobre os do legislador” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 163).

É compreensível, assim, que a literatura busque decantar o subjetivismo do intérprete. Por exemplo, Sunstein (2009, p. 14) menciona três aproximações que considera “concorrentes legítimas” como métodos de interpretação da Constituição: tradicionalismo, populismo e cosmopolitismo. O tradicionalismo argumenta que “as práticas de longa duração são produto dos julgamentos de muitas mentes, estendendo-se ao longo do tempo” (SUNSTEIN, 2009, p. 14, tradução nossa). Por isso, “a interpretação constitucional deve ser conservadora em sentido literal – respeitando a doutrina judicial estabelecida, mas também acatando as tradições sociais” (SUNSTEIN, 2009, p. 36, tradução nossa). Porém, “é difícil identificar um mecanismo que assegure que práticas tradicionais sejam boas, ou mesmo boas o suficiente” (SUNSTEIN,

2009, p. 120, tradução nossa). Daí explorar outro argumento de muitas mentes, “um que aponta não para julgamentos passados, mas para contemporâneos” (SUNSTEIN, 2009, p. 121, tradução nossa), qual seja, o populismo, relativo à postura judicial em face da reação pública (*public backlash*) (SUNSTEIN, 2009, p. 125), cujas consequências devem ser avaliadas com humildade pelos juízes.³³ Por fim, o cosmopolitismo, ou seja, a prática de consultar “precedentes estrangeiros”, o último argumento de muitas mentes, “produz mais informação sobre o que é certo e o que é verdade” (SUNSTEIN, 2009, p. 187-190, tradução nossa).³⁴

Por fim, Luciani (2016, p. 438) reputa – com acerto evidente – falaciosa a ideia do “único” significado do texto, mas não a ideia de uma interpretação “mais” correta. Daí a importância de bem compreender as múltiplas possibilidades e os naturais limites da interpretação constitucional, em especial para que a aplicação das normas constitucionais aconteça de modo a promover a segurança jurídica.

3 Aplicação das normas constitucionais

A interpretação e a aplicação do Direito são levadas a efeito no cotidiano de modo consciente ou não. Por exemplo, toda e qualquer pessoa interpreta e aplica disciplina jurídica bastante conhecida quando pratica uma corriqueira compra e venda. Autoridades administrativas, de modo muito típico, também interpretam e

³²No mesmo sentido, Ávila (2009, p. 3-7) recusa rotular a CRFB como “principiológica”.

³³“Intensa oposição pública é uma pista de que a interpretação da Constituição é incorreta” (SUNSTEIN, 2009, p. 165, tradução nossa).

³⁴Por outro lado, no que toca aos EUA, Sunstein (2009, p. 209, tradução nossa) conclui que a “consulta de práticas estrangeiras pode muito bem acrescentar uma nova complexidade sem claramente produzir melhores decisões”, possivelmente refletindo resistências culturais que ele próprio menciona.

aplicam o Direito quando formalizam atos administrativos. Da mesma maneira, os juízes interpretam e aplicam o Direito quando decidem.³⁵

Para alguns, como já mencionado³⁶, a norma regente de dada situação é decorrente da interpretação que se dá a um texto normativo: “O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo” (GRAU, 2009, p. 27). Trata-se de lição didática e consistente, o que não exclui seja ponderada.

Luciani cuida do ponto com atenção e sua argumentação também merece referência. Para ele, a interpretação única dos textos normativos é ilusão do positivismo oitocentista, cuja superação levou a uma nova compreensão “do papel do jurista, em particular do juiz, sublinhando a natureza criativa da sua atividade” (LUCIANI, 2016, p. 393, tradução nossa). Lembra que, para o próprio Hans Kelsen, legislação e jurisdição distinguem-se apenas porque aquela colocaria a norma jurídica geral e essa a individual (LUCIANI, 2016, p. 393). A seguir, faz advertência que permeia todo o seu raciocínio: “Entregar a norma ao juiz, de fato, significava, nem mais nem menos, substituir um processo nomopoiético democrático por um aristocrático” (LUCIANI, 2016, p. 393, tradução nossa).

Então, Luciani (2016, p. 398) dedica-se ao que seria “criação judiciária do Direito”, o que requer definir “norma”, inclusive se se trata de norma geral ou de norma do caso concreto. Critica as posições doutrinárias que distinguem *disposição* (obra do legislador) e *norma* (obra do juiz e de todos os que interpretam e aplicam uma disposição). Ensina que, em verdade, “o texto

³⁵ O juiz não é o único intérprete do Direito. Porém, sobretudo por razões didáticas, “é lícito, em primeira aproximação, restringir o campo a esta relação” (LUCIANI, 2016, p. 401, tradução nossa).

³⁶ Ver a Introdução.

é o ponto de partida e de chegada da própria interpretação constitucional” (LUCIANI, 2016, p. 400, tradução nossa). Recusa que a norma surja “magicamente” quando do ato judicial de aplicação³⁷, “porque o intérprete cria [...] apenas um novo enunciado carente por sua vez de interpretação” (LUCIANI, 2016, p. 401, tradução nossa). Argumenta que “a distinção entre disposição e norma torna o princípio constitucional de sujeição à lei de todo insignificante” (LUCIANI, 2016, p. 402-403, tradução nossa) (na medida em que a sujeição não seria à lei, mas à norma “criada” pelo juiz ao interpretar e aplicar a lei), o que compromete o próprio Estado de Direito (LUCIANI, 2016, p. 402).³⁸ A interpretação, “em harmonia com os princípios do Estado de Direito, foi concebida como ‘reconhecimento dos enunciados normativos nos seus significados’” (LUCIANI, 2016, p. 406, tradução nossa). A parte dispositiva da sentença deve ser coerente com a respectiva fundamentação; e é “apenas na fundamentação que encontramos a interpretação do enunciado legislativo”, que deve ser correta, coerente com o enunciado legislativo, para que seja válida a parte dispositiva (LUCIANI, 2016, p. 407, tradução nossa).³⁹ Citando Thomas Hobbes no que se refere à relação entre leis e “peritos jurídicos”, afirma que as leis “eram leis antes que eles as estudassem, ou então não era lei o que estudavam” (LUCIANI, 2016, p. 413, tradução nossa). Critica as abordagens em que “a disposição é reduzida a uma mera ‘proposta’

³⁷ Nesse ponto, Luciani (2016, p. 401) ainda critica as teses que distinguem *norma* e *disposição* porque não consideram que, como precedentes, as decisões judiciais também se tornam disposições que precisam de interpretação.

³⁸ A seguir, volta a lembrar a necessidade de interpretação dos precedentes.

³⁹ Mais adiante afirma que a comunicação deve ser “*fair*, honesta, e que esta *fairness* deve ser de uma parte e de outra: do legislador, que deve produzir enunciados prescritivos não deliberadamente ambíguos, mas também do intérprete (em particular do juiz), que deve autorrepresentar-se como sujeito de um processo comunicativo dotado – precisamente – de sentido” (LUCIANI, 2016, p. 429, tradução nossa).

do legislador ao juiz, a uma mera tentativa de ‘influenciá-lo’, e que apenas o juiz seja identificado como a autoridade pública que realmente pode entregar-nos norma”, ou seja, a normatividade é toda absorvida na esfera da jurisdição e na esfera “da legislação colocam-se unicamente manifestações de desejo da política, destinadas a serem satisfeitas apenas com a condição de que a jurisdição as torne suas”, como se as normas fossem feitas apenas pelos juízes “e apenas eles” (LUCIANI, 2016, p. 414-415, tradução nossa). Anota que o termo *disposição* é estranho ao Direito Público e que, na linguagem da Constituição italiana de 1947 – *vide* “Disposições transitórias e finais” –, “o termo ‘disposição’ é empregado como sinônimo perfeito de ‘norma’ enquanto regra de conduta” (LUCIANI, 2016, p. 416-417, tradução nossa).⁴⁰ Com efeito, “o enunciado legislativo já nasce contextualizado” e, por isso, defende que seria melhor chamar “‘norma’ o que se pretendeu denominar ‘disposição’ e chamar simplesmente ‘interpretação’ [...] o que se pretendeu denominar ‘norma’” (LUCIANI, 2016, p. 421, tradução nossa). Volta a citar Hans Kelsen: “o Direito não diz ao juiz o que ele efetivamente fará, mas o que ele deve fazer” (LUCIANI, 2016, p. 431). Segundo Luciani (2016, p. 432, tradução nossa),

[o] positivismo dos nossos dias [...] é perfeitamente consciente da polissemia dos termos da linguagem natural; da impossibilidade de que o texto, fora de um contexto material concreto, manifeste todo o seu potencial de significados; da complexidade do fenômeno jurídico, no qual entre o preceito legislativo e a sua aplicação intercorre um jogo contínuo de referências.

Luciani (2016, p. 438, tradução nossa) argumenta que “a interpretação exige a contextualização e a atualização do preceito normativo, mas uma e outra [...] são coisa bem diversa do ‘criar’”. A seguir, completa: “Trata-se de operações intelectuais que pressupõem a importância da vontade legislativa, que não pode ser legitimamente substituída pela vontade judicial” (LUCIANI, 2016, p. 438, tradução nossa). Esta última colocação coincide com a perfeita síntese de Hamilton (1993, p. 482, grifos do autor) no *Federalista* nº LXXVIII:

Não se pode dar nenhum peso à afirmação de que os tribunais podem, a pretexto de uma incompatibilidade, substituir as intenções constitucionais do legislativo por seus próprios desejos. Isto poderia acontecer tanto no caso de duas leis contraditórias como no caso de toda adjudicação sobre uma única lei. Os tribunais devem especificar o sentido da lei; e, caso se dispusessem a exercer a *vontade* em vez do *juízo*, isso

⁴⁰ O que também ocorre de modo idêntico na CRFB (que contém um “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”).

levaria igualmente à substituição do desejo do corpo legislativo pelo seu próprio. Se esta observação provasse alguma coisa, seria que não deve haver nenhum juiz além do próprio legislativo.

Portanto, se fosse dado ao juiz (não eleito) exercer a sua vontade em detrimento da lei e, assim, criar Direito, melhor seria que o próprio legislativo (eleito) exercesse a judicatura.

Com tudo isso considerado, esta segunda parte da exposição analisa três elementos que passam pela interpretação constitucional, sobretudo no pressuposto da aplicação da Constituição de um modo o mais possível coerente e previsível: presunção de constitucionalidade, interpretação conforme à Constituição e mutação constitucional.

3.1 Presunção de constitucionalidade das leis

Bittencourt (1997, p. 92-94), citando dois clássicos da literatura americana, Henry Campbell Black e Thomas McIntyre Cooley, registra: (i) “toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela”; e (ii) “se uma lei pode ser interpretada em dois sentidos, um que a torna incompatível com a Lei Suprema, outro que permite a sua eficácia, a última interpretação é a que deve prevalecer”.

Mais recentemente, Tommasini (2018, p. 19, grifo do autor) dedicou a sua dissertação de mestrado ao que chama “presunções *sobre* a constitucionalidade”, na medida em que, além da presunção de constitucionalidade, pode haver presunção de inconstitucionalidade, “especialmente no contexto de leis que interferem em direitos fundamentais”. Como demonstra Tommasini (2018, p. 31), a compreensão refletida por Bittencourt é apenas a primeira fase da experiência americana, quando a inconstitucionalidade deveria ser “clara, ‘evidente’ ou ‘flagrante’, de modo que qualquer dúvida, por menor que fosse, militava em favor da constitucionalidade”.

Veio, então, a “Era Lochner”⁴¹ (1897-1937), em que a Suprema Corte “invalidou diversas leis estaduais e federais concernentes à regulação do mercado, com base na cláusula do devido processo [substantivo]”, no que “quebrou com a autocontenção até então vigente” (TOMMASINI, 2018, p. 34-36). A partir dessa segunda fase, a literatura identifica uma “presunção de inconstitucionalidade’ de leis que infringissem o devido processo substantivo” (TOMMASINI, 2018, p. 36). São desse período as decisões da Suprema Corte que derrubaram medidas do *New Deal* e

⁴¹ Referência ao caso Lochner, decidido em 1905, sobre a inconstitucionalidade de lei estadual que definia o máximo de horas trabalhadas.

geraram conflito entre o Tribunal e a Presidência de Roosevelt, terminando com recuo da Corte (TOMMASINI, 2018, p. 36-37).

A terceira fase (1937-1953) caracteriza-se pela volta da presunção de constitucionalidade forte, ao menos em assuntos econômicos, mas não relativamente à legislação sobre os direitos constantes das dez primeiras emendas e da Décima Quarta Emenda à Constituição americana (TOMMASINI, 2018, p. 37-41).

Por fim, a quarta fase vem com a Corte Warren, a partir de 1953: “Leis que buscassem regulamentar certos direitos ‘preferenciais’ seriam presumidas inconstitucionais, enquanto as demais leis se submeteriam a um controle mais fraco sob a proteção de uma presunção de constitucionalidade” (TOMMASINI, 2018, p. 43)⁴². É dessa fase o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, que superou o muito lamentável caso *Plessy v. Ferguson*, de 1896.

Por outro lado, para Bittencourt (1997, p. 95), uma lei não se presume constitucional; mais que isso, é constitucional até que seja infirmada por órgão competente: “A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei – não se presume lei – é para todos os efeitos”. Fundamenta essa sua compreensão no “princípio da *obligatoriedade*, que constitui, dentro de qualquer doutrina de direito público, a garantia e a segurança da ordem jurídica” (BITTENCOURT, 1997, p. 96, grifo do autor).

Tem uma grande virtude essa compreensão de Bittencourt: enfatiza a autoridade da lei, o que parece particularmente importante quando pretensas inconstitucionalidades são tão corriqueiramente levantadas. Aliás, o constituinte teve o cuidado de prever um curador para a constitucionalidade das leis – o Advogado-Geral da União⁴³ – e o STF exige, para conhecer de ação declaratória de constitucionalidade, “que [preexistam] controvérsia que ponha em risco essa presunção [de constitucionalidade], e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco” (BRASIL, 1993c, p. 27)⁴⁴, exigência que veio a constar da disciplina legal da espécie, atenta a controvérsia relevante precisamente na *aplicação* de uma dada disposição.⁴⁵

⁴² Como mostra Tommasini, tem-se, na primeira hipótese, inversão do ônus da prova contra o Estado.

⁴³ CRFB, art. 103, § 3º (BRASIL, [2022]).

⁴⁴ Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 1/DF, ministro relator Moreira Alves.

⁴⁵ Lei nº 9.868, de 10/11/1999, art. 14, inciso III: “A petição inicial indicará: [...] a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória” (BRASIL, [2009]). Note-se: redação legal irreparável em face do quanto aqui exposto.

3.2 Interpretação conforme à Constituição

Muito antes da fórmula “interpretação conforme a Constituição”, a lógica a ela subjacente já era manejada, como se pode constatar da exposição de Bittencourt (1997), a partir da experiência americana, sobre presunção de constitucionalidade das leis.

Mendes (1996, p. 268) corrobora essa raiz remota ao iniciar a análise da interpretação conforme referindo-se a duas lições americanas: (i) “deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei”; e (ii) “no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição”.

A interpretação conforme à Constituição é conhecida e praticada de longa data pela jurisprudência do STF (MENDES, 1996, p. 268-270).⁴⁶ A propósito, merece destaque a Representação nº 1.417/DF, ministro relator Moreira Alves (BRASIL, 1987), decisão muito comentada na literatura brasileira.⁴⁷ A Representação tinha por objeto dispositivo da Lei Orgânica da Magistratura, decorrente de emenda parlamentar que pretendia permitir aos Tribunais conceder vantagens a magistrados, portanto, implicava aumento de despesa.⁴⁸ A Procuradoria-Geral da República (PGR) opinou pela improcedência da Representação, desde que se desse ao dispositivo interpretação no sentido de que se “subordina o exercício, pelos Tribunais, da competência para conceder *in concreto* as ajudas de custo à prévia edição de lei federal ou estadual, conforme o caso, que lhes discipline a concessão e autorize a despesa, sempre, mediante iniciativa do Poder Executivo” (BRASIL, 1987, p. 96).

Nesse contexto, o relator discute a possibilidade – e os limites – da interpretação conforme à Constituição. Citando doutrina alemã, italiana e portuguesa, destaca que seriam dois os limites à interpretação conforme: (i) “o sentido literal da lei”; e (ii) “o objetivo que o legislador perseguiu inequivocamente com sua regulamentação” (BRASIL, 1987, p. 108). Do

⁴⁶ Luciani (2016, p. 466, tradução nossa) aponta formulação constante da Sentença nº 356, de 22/10/1996, da Corte Constitucional italiana, como o “paradigma” da interpretação conforme à Constituição na jurisprudência italiana: “em linha de princípio, as leis não são declaradas constitucionalmente ilegítimas porque é possível dar-lhes interpretações inconstitucionais [...], mas porque é impossível dar-lhes interpretações constitucionais”.

⁴⁷ Por exemplo, ver Mendes (1996, p. 271-276). Com efeito, Mendes (1996) critica de modo consistente a equiparação entre: (i) interpretação conforme à Constituição; e (ii) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (aspecto relevante ao controle de constitucionalidade, em razão do que escapa à presente exposição).

⁴⁸ Tratava-se do § 3º do art. 65 da Lei Complementar (LC) nº 35, de 14/3/1979, incluído pela LC nº 54, de 22/12/1986: “Caberá ao respectivo Tribunal, para aplicação do disposto nos incisos I e II deste artigo, conceder ao Magistrado auxílio-transporte em até 25% (vinte e cinco por cento), auxílio-moradia em até 30% (trinta por cento), calculados os respectivos percentuais sobre os vencimentos e cessando qualquer benefício indireto que, ao mesmo título, venha sendo recebido. (VETADO)” (BRASIL, [1993a]).

contrário, se a interpretação fixada pudesse contrariar o sentido da norma, estaria a Corte a atuar como legislador positivo, criando norma nova, o que não é admissível. O ponto consta da Ementa do julgado:

se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo (BRASIL, 1987, p. 72).

Na espécie, a conclusão do relator foi que a interpretação conforme sustentada pela PGR “não pode ser acolhida, pois, em verdade, não se coaduna com a finalidade inequivocamente visada pelo legislador, expressa literalmente na própria lei, e que dela ressalta pelos elementos de interpretação lógica” (BRASIL, 1987, p. 114).

Exposição bastante consistente sobre interpretação conforme à Constituição é o verbete “Interpretazione conforme a Costituzione”, de Luciani (2016), na *Enciclopédia do Direito Giuffrè*. Para Luciani (2016, p. 445, tradução nossa), interpretação conforme é “a obrigação de inferir das normas de uma fonte interpretações que estejam em harmonia com as interpretações inferidas das normas de outra fonte, que está com a primeira em uma relação específica de condicionamento”. Segundo Luciani (2016, p. 446, tradução nossa), a interpretação conforme “opera já na fase de identificação dos resultados interpretativos possíveis, mas obviamente dentro do campo semanticamente definido pelo teor textual da norma, que não pode ser legitimamente superado nem mesmo fazendo valer a exigência de harmonização subjacente à interpretação conforme”. Com efeito, “todo processo interpretativo que se mova no confronto entre fontes diversas, não opera em um sentido único” (LUCIANI, 2016, p. 446, tradução nossa). Assim, “a leitura da constituição acaba sendo orientada pelas transformações sociais e pela variação do próprio conteúdo prescritivo das fontes subordinadas” (LUCIANI, 2016, p. 446, tradução nossa). Por isso, a interpretação conforme é “bidirecional, ascendente e descendente, a um só tempo” (LUCIANI, 2016, p. 446, tradução nossa).

A interpretação conforme decorre de uma “exigência de unidade e coerência” a que se acopla um princípio “de conservação dos atos jurídicos”, o que remete à tensão entre conservação e inovação que é vivida por todos os ordenamentos jurídicos na busca de estabilidade e certeza (LUCIANI, 2016, p. 447-448, tradução nossa). Também “se põe com particular urgência nos ordenamentos complexos, nos quais a variedade do pluralismo social encontra pleno espelhamento na pluralidade das fontes de produção do Direito” (LUCIANI, 2016, p. 450-451, tradução nossa). Harmoniza “duas distintas esferas da legalidade: a legalidade legal

e a legalidade constitucional” (LUCIANI, 2016, p. 451, tradução nossa).

Luciani (2016, p. 451, tradução nossa) reconhece que interpretação conforme “pode ser muito discricionária”, inclusive a ponto de resultar a preservação de normas ilegítimas, mas “é de criticar os seus excessos, não o seu estatuto lógico”. A interpretação conforme “consente simplesmente optar, entre as várias alternativas abertas pelo texto, por aquela capaz de não comportar a consequência de ilegitimidade” (LUCIANI, 2016, p. 451, tradução nossa). Por outro lado, Luciani (2016, p. 460, tradução nossa) radica a interpretação conforme à Constituição “em duas exigências fundamentais da estatualidade contemporânea: a garantia da unidade do ordenamento através do primado da Constituição e a regulação pacífica da passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito”. A interpretação conforme “permite à Constituição penetrar em profundidade no ordenamento, assegurando que os valores constitucionais [...] modelem sobre si próprios os níveis inferiores do ordenamento, dando-lhes uma coerência unitária visível” (LUCIANI, 2016, p. 461, tradução nossa). Segundo Luciani (2016, p. 461, tradução nossa), a interpretação conforme

sempre se move no plano da aplicação, não no da implementação da Constituição, ao menos se se aceita a ideia – que a nós parece ser merecedora de ser defendida com firmeza, por razões dogmáticas e de forma de governo – que tais planos são distintos, ficando o segundo inatingível ao juiz e reservado ao legislador (e, em geral, à esfera da discricionariedade política).⁴⁹

⁴⁹ Em trabalho anterior, Luciani (2013, p. 6, tradução nossa) explica a diferença conceitual entre implementação e aplicação da Constituição: “a primeira consistiria no realizar, segundo as cadências e prioridades da política, a vontade programática dos constituintes (conforme objetivado no texto das normas constitucionais); a segunda, no fazer valer a sua supremacia sobre as fontes subordinadas. O protagonista da primeira atividade seria o legislador, enquanto

Em síntese, a interpretação conforme à Constituição combina, em si mesma, todas as técnicas interpretativas: (i) a gramatical, porque tem como ponto de partida – e como limite natural – a literalidade normativa envolvida, ou seja, a literalidade dos textos normativos da Constituição e da lei, respectivamente, parâmetro e objeto de controle; (ii) a histórica, porque toma em consideração o contexto em que foram concebidas as normas envolvidas e os seus desdobramentos; (iii) a teleológica, porque os fins da disciplina normativa também delimitam o espaço e as possibilidades da interpretação conforme; e (iv) a sistemática, porque, sendo compreensão da lei em face da Constituição, implica, ao natural, um exercício de interpretação sistemática.⁵⁰

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao examinar a interpretação conforme à Constituição, costuma citar conto de Machado de Assis, “A sereníssima República”, para advertir como a argumentação pode ser “criativa” e levar a qualquer resultado que seja desejado pelo intérprete.⁵¹

O conto narra conferência de um certo Cônego Vargas, que comunica ter descoberto uma espécie de aranha “que dispõe do uso da fala”. Conta que organizou as aranhas socialmente e ainda lhes deu um governo, inspirado na República de Veneza. Adotou um dos “modos eleitorais da antiga Veneza”, qual seja, “o do saco e bolas”: “metiam-se as bolas com os nomes dos candidatos no saco, e extraía-se anualmente

o da segunda seria o próprio juiz constitucional”. Assim, distingue o papel do legislador e o do juiz constitucional: o legislador realiza, “segundo as cadências e prioridades da política, a vontade programática dos constituintes”, enquanto o juiz constitucional faz valer a supremacia do programa constitucional sobre a legislação infraconstitucional.

⁵⁰ “As leis e as normas secundárias devem ser interpretadas, obrigatoriamente, em consonância com a Constituição. Dessa perspectiva, a interpretação conforme à Constituição configura uma subdivisão da chamada interpretação sistemática” (MENDES, 1996, p. 223).

⁵¹ É curioso observar que um neoconstitucionalista penitente também cita o mesmo conto, ver Streck (2012).

um certo número”. Portanto, um sorteio. No entanto, seguiram-se fraudes e reformas eleitorais (Machado escrevera para criticar a reforma eleitoral de janeiro de 1881). Enfim, em certo pleito, “eram candidatas, entre outros, um certo Caneca e um certo Nebraska”. A bola sorteada trazia escrito “Nebrask”. Então, “Caneca requereu provar que a bola extraída não trazia o nome de Nebraska, mas o dele” (ASSIS, 1994). Veio, então, um filólogo que sustentou:

Em primeiro lugar, disse ele, deveis notar que não é fortuita a ausência da última letra do nome Nebraska. Por que motivo foi ele inscrito incompletamente? Não se pode dizer que por fadiga ou amor da brevidade, pois só falta a última letra, um simples a. Carência de espaço? Também não; vede: há ainda espaço para duas ou três sílabas. Logo, a falta é intencional, e a intenção não pode ser outra, senão chamar a atenção do leitor para a letra k, última escrita, desamparada, solteira, sem sentido. Ora, por um efeito mental, que nenhuma lei destruiu, a letra reproduz-se no cérebro de dois modos, a forma gráfica e a forma sônica: k e ca. O defeito, pois, no nome escrito, chamando os olhos para a letra final, incrusta desde logo no cérebro, esta primeira sílaba: Ca. Isto posto, o movimento natural do espírito é ler o nome todo; volta-se ao princípio, à inicial ne, do nome Nebrask. - Cané. - Resta a sílaba do meio, bras, cuja redução a esta outra sílaba ca, última do nome Caneca, é a coisa mais demonstrável do mundo. E, todavia, não a demonstrarei, visto faltar-vos o preparo necessário ao entendimento da significação espiritual ou filosófica da sílaba, suas origens e efeitos, fases, modificações, conseqüências lógicas e sintáticas, dedutivas ou indutivas, simbólicas e outras. Mas, suposta a demonstração, aí fica a última prova, evidente, clara, da minha afirmação primeira pela anexação da sílaba ca às duas Cane, dando este nome Caneca (ASSIS, 1994).

Com fina ironia, Machado de Assis mostra o que não pode ocorrer: uma explicação – simples

ou complexa – para justificar, ainda que sem o admitir ou, até mesmo, negando, o que, em verdade, alguns defendem: o mais absoluto subjetivismo do intérprete, enquanto exercício de vontade, com reelaboração normativa em detrimento do julgamento que seria devido em face do Direito aprovado pelas vias democráticas competentes.⁵²

3.3 Mutação constitucional

Na literatura brasileira, a obra de referência – e rigorosamente atual – sobre mutação constitucional é a tese de doutorado de Ferraz (1986)⁵³. Segundo Ferraz (1986, p. 9-10), a mutação constitucional “consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis”, mas sem violar a letra e o espírito da Constituição. Ferraz (1986, p. 56-57, grifo da autora) vincula interpretação, aplicação e mutação constitucional:

Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da *mutação constitucional*. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional.

⁵² Retorna-se à advertência do *Federalista* nº LXXVIII (HAMILTON, 1993, p. 482).

⁵³ Também merecem referência: (i) uma abrangente obra coletiva, com artigos brasileiros e europeus, ver Mendes e Morais (2016); e (ii) a consistente tese de doutorado de Melo (2019).

Portanto, a mutação constitucional pressupõe reinterpretação de norma constitucional com efetiva repercussão em sua aplicação. Por isso, em boa medida passa pelos Poderes constituídos, mas não só, como se depreende do conceito declinado e do excerto transcrito.

Vários casos de mutação constitucional poderiam ser lembrados, a começar pelas várias interpretações e reinterpretações do inciso LVII do art. 5º da CRFB (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, [2022])), ou seja, a presunção de inocência, relativamente à execução provisória da pena privativa de liberdade.⁵⁴ Foi considerada: (i) constitucional no Habeas Corpus (HC) nº 68.726/DF, ministro relator Néri da Silveira, julgado em 28/6/1991; (ii) inconstitucional no HC nº 84.078/MG, ministro relator Eros Grau, julgado em 5/2/2009; (iii) constitucional no HC nº 126.292/SP, ministro relator Teori Zavascki, julgado em 17/2/2016⁵⁵; e, por fim, (iv) inconstitucional na ADC nº 43/DF, ministro relator Marco Aurélio, julgada em 7/11/2019.

Exemplo de mutação constitucional em razão de reinterpretação constitucional, marcante porque gerou divergência entre o Congresso Nacional e o STF, envolve o antigo Verbete nº 394 da Súmula do Supremo, que dispunha: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício” (BRASIL, [2001]). Aprovado em 1964, foi cancelado em 2001. Sobreveio, então, a Lei nº 10.628, de 24/12/2002, que acrescentou o § 1º ao art. 84 do Código de Processo Penal (CPP), que, em síntese, recuperava o Verbete cancelado: “A competência especial por prerro-

gativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública” (BRASIL, [2005a]).

Na ADI nº 2.797/DF, ministro relator Sepúlveda Pertence, julgada em 15/9/2005, o Tribunal entendeu que o § 1º “constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo [...], cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente” (BRASIL, 2005b, p. 251). Partindo do pressuposto de que ambos, Verbete nº 394 e seu cancelamento, “derivam de interpretação *direta e exclusiva* da Constituição”, afirma: “Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior” (BRASIL, 2005b, p. 251, grifo do autor).

Abstraído o juízo quanto ao acerto ou desacerto de restringir a prerrogativa de foro, a disciplina constitucional da matéria não cuida da prorrogação ou não da competência fixada, tanto que foi possível, no Verbete nº 394, disciplinar a questão de determinado modo durante quatro décadas, bem como foi possível ao Supremo inverter o entendimento, cancelando o Verbete em 2001.⁵⁶ Ora, se é verdade que a questão é indefinida no nível constitucional – e a própria viragem constitucional assim o demonstra – por que não poderia a lei cuidar do assunto? Segundo o magistério de Ferraz (1986, p. 64): “Todo ato normativo legislativo, que tenha por objetivo a aplicação direta de disposição constitucional, consubstancia

⁵⁴ CPP, art. 669 (BRASIL, [2021]).

⁵⁵ A propósito, ver Amaral Júnior e Banhos (2019).

⁵⁶ Referindo-se à argumentação dos precedentes que levaram ao Verbete nº 394, um dos julgados que resultaram no seu cancelamento anota: “Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal” (Questão de Ordem no Inquérito nº 687/SP, ministro relator Sydney Sanches (BRASIL, 1999b, p. 218)).

uma interpretação constitucional”. E isso não pode ser negado ao Poder Legislativo, ainda que resulte mutação constitucional reversa, ou seja, a tentativa de recuperar uma compreensão anterior abandonada em razão de uma mudança de entendimento (judicial, no caso) que se busca legitimamente reverter dentro das opções interpretativas comportadas pela disciplina normativa aplicável.

Aliás, Ferraz (1986, p. 87) pergunta: “Pode a lei que complementa ou integra a Constituição fixar o sentido ou alcance de texto constitucional impreciso ou duvidoso?” Refere-se a argumentos contrários, a começar pela inexistência de interpretação autêntica da Constituição (FERRAZ, 1986, p. 87), mas argumenta pela possibilidade:

É que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe interpretar a Constituição, para, conseqüentemente, aplicá-la.

A ambos se impõem os mesmos limites: não podem alterar a letra do texto constitucional; não podem ultrapassar os lindes fixados pelos princípios e esquemas constitucionais; não podem deformar a Constituição (FERRAZ, 1986, p. 88).

Logo adiante, conclui que

não se trata, no caso, de interpretação autêntica da Constituição. Trata-se, tão-somente, de se procurar viabilizar a aplicação constitucional de modo harmônico com o seu conteúdo e espírito. A lei, se é esse o meio de integração constitucional previsto pela norma constitucional, é instrumento hábil para fazê-lo porque o legislador recebe, da Constituição, poder e dever para aplicá-la; por fim, a lei integrativa, realmente, pode implicar modalidade de *mutação constitucional*, mas não de *deformação constitucional* (FERRAZ, 1986, p. 89-90, grifos da autora).

Tocqueville (1998, p. 192) adverte: “A instabilidade legislativa [...] é um mal inerente ao

governo democrático, pois é da própria natureza das democracias conduzir homens novos ao poder”. Curiosamente, no exemplo manejado, o Poder Legislativo tentou conservar, por meio da aprovação de uma lei, um antigo entendimento jurisprudencial, no que foi impedido pelo Poder Judiciário (que não aceitou retornar ao próprio entendimento anterior).

Legislativo e Judiciário interpretam a Constituição para aplicá-la. Tratando-se de texto constitucional que deixa espaço a diversas opções interpretativas válidas, não é dado ao Judiciário preferir interpretação – harmônica com a Constituição – afirmada em lei pelo Legislativo, no mínimo porque o Legislativo é representativo do povo nos termos do parágrafo único do art. 1º da CRFB (BRASIL, [2022]), o que não se dá com o Judiciário, que não é composto de representantes eleitos.

Cabe aqui comparação com o raciocínio de Waldron (2006, p. 1.360, tradução nossa): com (i) “instituições democráticas em razoável bom funcionamento, incluindo uma legislatura eleita em bases de sufrágio adulto universal”; (ii) “instituições judiciais, também em razoável bom funcionamento, criadas em base não representativa para ouvir processos individuais, resolver disputas e manter o Estado de Direito”; (iii) “compromisso da maior parte dos membros da sociedade e dos seus agentes públicos com a ideia de direitos individuais e de minorias”; e (iv) “discordância persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos [...] entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos”, a sociedade em questão “deve resolver os desacordos sobre os direitos que seus membros têm utilizando suas instituições legislativas”.

Do mesmo modo, interpretação da Constituição realizada pelo Legislativo, por meio de lei harmônica com a Constituição, não pode ser infirmada pelo Judiciário, sob pena

de escapar ao legítimo exercício de julgamento, resvalando em indevido exercício de vontade.⁵⁷

4 Conclusão

É muito conhecida e repetida a frase de Charles Evans Hughes: “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”. Ferraz (1986, p. 88) parafraseia o *Chief Justice* (1930-1941) precisamente para realçar o papel da interpretação constitucional: “Poder-se-ia, parafraseando Charles Evans Hughes, afirmar: *The living constitution* é o que a interpretação constitucional diz que ela é”.

Por outro lado, Ferraz (1986, p. 62) aponta perigos da interpretação como processo de mutação constitucional: “Quanto mais elástico for o processo interpretativo, tanto maiores, porém, os perigos de frustração ou desvirtuamento do texto constitucional e de distorções dos princípios fundamentais que embasam o documento constitucional”.

Referindo-se à Suprema Corte americana, Kramer (2011) faz forte crítica, reclamando a Constituição para o povo. Desenvolve argumentação diametralmente oposta à da frase de Hughes:

para controlar a Suprema Corte, precisamos primeiro reclamar a Constituição para nós mesmos. Isso significa repudiar publicamente os juizes da Corte que dizem que eles, e não nós, possuem a máxima autoridade para dizer o que significa a Constituição. [...] A Suprema Corte não é a autoridade máxima da pátria sobre o direito constitucional. Somos nós (KRAMER, 2011, p. 302, tradução nossa).

A Constituição e as leis permitem interpretações em seus próprios termos, o que torna importantes todas as técnicas de interpretação, a começar pela gramatical. Lealdade interpretativa é o primeiro passo para que a Constituição e as leis signifiquem o que constituintes e legisladores votaram, não algo diverso que um intérprete eventualmente possa pretender. Daí a importância de uma dogmática sólida: “Uma sólida dogmática é uma guarnição de certeza, de modo que não convence a proposta de reduzi-la ao estado ‘líquido’ ou ‘fluido’” (LUCIANI, 2016, p. 391, tradução nossa).

Há, aqui, crítica explícita de Luciani a Gustavo Zagrebelsky, citando passagem de obra bastante conhecida, *Il diritto mite* (ZAGREBELSKY, 1992, p. 15). Com efeito, o substantivo *mitezza* pode ser traduzido do

⁵⁷ E, uma vez mais, retorna-se à advertência do Federalista n^o LXXVIII (HAMILTON, 1993, p. 482).

italiano para o português e para o espanhol como *ductilidade* (aliás, essa é a opção de tradução na Espanha (ZAGREBELSKY, 1999)), mas também pode ser traduzido – talvez com vantagem – como “mansidão” ou “docilidade”, sobretudo a significar a capacidade de o Direito harmonizar uma vida plural, inclusive uma Europa integrada (ZAGREBELSKY, 1992, p. 11-13). É interessante notar que o próprio Zagrebelsky (1992, p. 211, tradução nossa) deixa claros os papéis que tocam ao legislador e à justiça constitucional, com firme crítica a um “uso alternativo do Direito”:

Do ponto de vista da relação de tensão entre Constituição e democracia, compreende-se a delicadeza da relação entre jurisdição e legislação. Justificam-se, assim, todas as reservas ante as várias tentativas feitas para deslocar a linha de limite a favor da jurisdição e negar o valor que a lei tem como tal.

O assim chamado uso alternativo do direito representou, no início dos anos 1970, uma tentativa desse tipo. Implicava deduzir diretamente de princípios constitucionais as regras judicialmente aplicáveis, em função alternativa, precisamente, àquelas estabelecidas pelo legislador. Às regras legislativas vinha subtraído o valor que deveria garantir a sua inserção no círculo interpretativo junto aos princípios qualificadores do caso. No essencial, o uso alternativo do direito consistia em uma amputação, ou seja, na categorização de sentido e de valor do caso à luz da Constituição e na dedução da regra a partir dos seus princípios, como se esses constituíssem um sistema fechado, sem espaços para o legislador.

No risco de uso alternativo do direito incorre também a Corte constitucional quando pretende decidir as questões de constitucionalidade não se limitando a destruir a lei inconstitucional e a devolver ao legislador a aprovação de uma nova regra. Quando ela mesma estatui a regra que extrai diretamente da Constituição e a indica sem alternativa, a Corte acaba por dar ao quadro constitucional uma interpretação fechada, enfraquecendo os direitos do legislador e o caráter político da sua função e reduzindo as suas leis a tímidas propostas facultativas.

Note-se: esta última conclusão é convergente com a crítica de Luciani (2016, p. 414, tradução nossa) às abordagens em que “a disposição é reduzida a uma mera ‘proposta’ do legislador ao juiz”. No mesmo sentido, confira-se advertência de Maximiliano (2011, p. 86, grifos do autor), citando, ao final, magistério alemão:

Deve o intérprete, acima de tudo, *desconfiar de si*, pesar bem as razões *pró e contra*, e verificar, esmeradamente, se é a verdadeira justiça, ou são ideias preconcebidas que o inclinam neste ou naquele sentido. “Conhece-te a ti mesmo” – preceituava o filósofo ateniense. Pode-se repetir o conselho, porém completado assim: – “e desconfia de ti, quando for mister compreender e aplicar o Direito”.

Esteja vigilante o magistrado, a fim de não sobrepor, sem o perceber, de boa-fé, o seu parecer pessoal à consciência jurídica da coletividade; inspire-se no amor e zelo pela justiça, e “soerga o espírito até uma atmosfera serena onde não o ofusquem as nuvens das paixões”.

A erosão do parâmetro legislativo, realizada por interpretações “criativas”, insinua-se de modo tal que, se o não iniciado tivesse noção do quanto se ensaia em termos de exorbitância, talvez a adesão e o respeito espontâneos à lei fossem muitíssimo menores. O resultado seria algo absolutamente deplorável: a decomposição da tessitura normativa da sociedade política.

A legitimidade é conceito em parte comparativo⁵⁸ e a CRFB é clara sobre quem são os representantes eleitos do povo.⁵⁹ Portanto, é dever elementar de lealdade – e de humildade – do intérprete da Constituição e da lei mover-se dentro dos limites do texto aprovado pelos representantes do povo, inclusive para preservar a legitimidade da sua própria atuação.⁶⁰

Sobre o autor

José Levi Mello do Amaral Júnior é professor associado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito do UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; procurador da Fazenda Nacional, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: jose.levi@usp.br

Como citar este artigo

(ABNT)

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 235, p. 11-41, jul./set. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11

(APA)

Amaral, J. L. M. do, Jr. (2022). Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(235), 11-41. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11

⁵⁸ “Legitimidade é parcialmente comparativa” (WALDRON, 2006, p. 1.389, tradução nossa).

⁵⁹ CRFB, art. 1º, parágrafo único.

⁶⁰ “a obra do intérprete nunca poderia ser legitimamente justificada se o texto fosse abandonado” (LUCIANI, 2016, p. 433, tradução nossa).

Referências

- ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Principia, 2007.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; BANHOS, Pedro Paes de Andrade. Modificações na composição do Supremo Tribunal Federal como fator de viragens jurisprudenciais: o caso da execução provisória de decisão condenatória de 2º grau e o princípio da presunção de inocência. *Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 39, n. 1, p. 53-69, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/33674>. Acesso em: 9 mar. 2022.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Inviolabilidade parlamentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.
- _____. *Medida provisória: edição e conversão em lei: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série EDB. Escola de Direito do Brasil).
- _____. *Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2006. (Série Memória Jurisprudencial). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/AliomarBaleeiro.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2022.
- ASSIS, Machado de. A sereníssima República. In: LEITE, Aluizio; CECILIO, Ana Lima; JAHN, Heloisa; LACERDA, Rodrigo (org.). *Obra completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. (Coleção Machado de Assis, v. 2). Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000239.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2022.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 9 mar. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690>. Acesso em: 9 mar. 2022.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atual. por José Aguiar Dias. 2. ed. fac-sim. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1997. (Série Arquivos do Ministério da Justiça).
- BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.
- _____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.
- _____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.
- _____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.
- _____. *Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [1993a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.
- _____. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante

o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. *Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002*. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, 2002a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110421.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. *Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002*. Altera a redação do art. 84 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2005a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110628.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 815/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida [...]. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves, 28 de março de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 939/DF*. Direito constitucional e tributário. Ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional e de lei complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F. [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Sydney Sanches, 15 de dezembro de 1993b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797/DF*. I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp. 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o Plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau – as chamadas “associações de associações” – do rol dos legitimados à ação direta [...]. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105/DF*. 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência [...]. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp. Requerido: Congresso Nacional. Relatora originária: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Min. Cezar Peluso, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.685/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º da EC 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da CF [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Min. Ellen Gracie, 22 de março de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Penal 470/MG*. Ação penal originária. Preliminares rejeitadas, salvo a de cerceamento de defesa pela não intimação de advogado constituído. Anulação do processo em relação ao réu Carlos Alberto Quaglia, a partir

da defesa prévia [...]. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. [Despacho na] *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.441/DF*. Achando-se exaurido o prazo de validade da Medida Provisória nº 1.463-17, de 9 de setembro de 1997, última objeto de pedido de aditamento, e não tendo sido a inicial da presente ação aditada em relação as reedições subsequentes (cfr. informação de fls. 259), julgo prejudicado o pedido (art. 21, IX, do Regimento Interno). Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Octavio Gallotti, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=44&dataPublicacaoDj=06/03/1998&incidente=1639775&codCapitulo=6&numMateria=23&codMateria=2>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Inquérito 1.710/SP*. Direito constitucional, penal e processual penal. Queixa-crime contra deputado federal, perante o Supremo Tribunal Federal. Imputação de crime de difamação [...]. Querelante: Luiz Antônio Sampaio Gouveia. Querelado: José Roberto Batochio. Relator: Min. Sidney Sanches, 27 de fevereiro de 2002b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80644>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 20.927/DF*. Mandado de segurança. Fidelidade partidária. Suplente de deputado federal. Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu [...]. Impetrante: Luiz Fabrício Alves de Oliveira. Autoridade coatora: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Moreira Alves, 11 de outubro de 1989. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 26.602/DF*. Constitucional. Eleitoral. Mandado de segurança. Fidelidade partidária. Desfiliação. Perda de mandato. Arts. 14, § 3º, V e 55, I a VI da Constituição. Conhecimento do mandado de segurança, ressalvado entendimento do relator [...]. Impetrante: Partido Popular Socialista – PPS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Eros Grau, 4 de outubro de 2007a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 26.603/DF*. Mandado de segurança – Questões preliminares rejeitadas – O mandado de segurança como processo documental e a noção de direito líquido e certo – Necessidade de prova pré-constituída – A compreensão do conceito de autoridade coatora, para fins mandamentais [...]. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de outubro de 2007b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 26.604/DF*. Direito constitucional e eleitoral. Mandado de segurança impetrado pelo Partido Democratas – DEM contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Natureza jurídica e efeitos da decisão do Tribunal Superior Eleitoral – TSE na Consulta n. 1.398/2007 [...]. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 4 de outubro de 2007c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 27.931/DF*. Mandado de segurança preventivo – Impugnação deduzida contra deliberação emanada do senhor Presidente da Câmara dos Deputados que, resolvendo questão de ordem, definiu o conteúdo e o alcance da expressão “deliberações legislativas” inscrita no § 6º do art. 62 da Constituição da República [...]. Impetrantes: Carlos Fernando Coruja Agustini; Ronaldo Ramos Caiado; José Aníbal Peres de Pontes. Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente

da República. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de junho de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754229860>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.010/DF*. Servidores públicos federais – Contribuição de seguridade social – Lei nº 9.783/99 – Arguição de inconstitucionalidade formal e material desse diploma legislativo [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 30 de setembro de 1999a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). [*Medida Cautelar na*] *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.176/RJ*. I. Contribuição previdenciária: incidência sobre proventos da inatividade e pensões de servidores públicos (L. est. 13.309/99, do Rio de Janeiro): densa plausibilidade da arguição da sua inconstitucionalidade, sob a EC 20/98, já afirmada pelo Tribunal (ADnMC 2.010, 29.9.99) [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 11 de maio de 2000a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347468>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.213/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade – A questão do abuso presidencial na edição de medidas provisórias – Possibilidade de controle jurisdicional dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF art. 62, *caput*) [...]. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT; Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – Contag. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de abril de 2002c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/DF*. Ação declaratória de constitucionalidade. Incidente de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03/93, no tocante à instituição dessa ação. Questão de ordem. Tramitação da ação declaratória de constitucionalidade [...]. Requerentes: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Moreira Alves, 27 de outubro de 1993c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Questão de Ordem no Inquérito 687/SP*. Direito constitucional e processual penal. Processo criminal contra ex-deputado federal. Competência originária. Inexistência de foro privilegiado. Competência de juízo de 1ª grau. Não mais do Supremo Tribunal Federal. Cancelamento da Súmula 394 [...]. Autor: Ministério Público Federal. Indiciado: Jabes Pinto Rabelo. Relator: Min. Sydney Sanches, 25 de agosto de 1999b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). *Recurso Extraordinário 58.356/GB*. Súmula – debate sobre a revisão da de nº 435, que consigna o imposto de transmissão *causa mortis* pela transferência de ações é devido ao estado em que tem sede a companhia. Confirmação da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido. Recorrentes: Leopoldina Gonçalves Testes e outros. Recorrido: Estado da Guanabara. Relator: Min. Hermes Lima, 5 de agosto de 1966. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=156284>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 62.731/GB*. Decreto-lei no regime da Constituição de 1967. 1. A apreciação dos casos de “urgência” ou de “interesse público relevante”, a que se refere o artigo 58, da Constituição de 1967, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso [...]. Recorrente: José do Couto Moreira. Recorrido: Manoel Gonçalves de Carvalho. Relator: Min.

Aliomar Baleeiro, 23 de agosto de 1967. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=159945>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 197.807/RS*. Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: Fátima Regina Nascimento de Oliveira. Relator: Min. Octavio Gallotti, 30 de maio de 2000b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235764>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Representação 1.417/DF*. Representação de inconstitucionalidade do § 3º do artigo 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 54/86 [...]. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves, 9 de dezembro de 1987. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264125>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 394*. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. (Cancelada). [Brasília, DF]: STE, [2001]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula394/false>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ESPAÑA. [Constitución (1978)]. *Constitución Española*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [2011]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 9 mar. 2022.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. (Série Jurídica Max Limonad, 1).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, [Rio de Janeiro], v. 250, p. 151-167, 2009. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>. Acesso em: 9 mar. 2022.

_____. *O poder constituinte*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

HAMILTON, Alexander. Número LXXVIII. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788: edição integral*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 478-485.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007.

KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Traducción de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011. (Filosofía y Derecho).

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1986. (Ariel Derecho).

LUCIANI, Massimo. Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana. *Rivista Telematica Giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Roma, n. 1, p. 1-18, 2013. Disponível em: <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/massimo-luciani/dottrina-del-moto-delle-costituzioni-e-vicende-della-costituzione-repubblicana>. Acesso em: 9 mar. 2022.

_____. Interpretazione conforme a Costituzione. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 2016. v. 9, p. 391-476.

_____. Lattivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo. *Questione Giustizia*, Roma, n. 4, p. 1-6, 2020. Disponível em: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/1-attivismo-la-deferenza-e-la-justizia-del-caso-singolo>. Acesso em: 9 mar. 2022.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*: historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta: Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, 1998. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELO, Lucas Fonseca e. *Os limites dos processos informais de alteração da Constituição*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo; Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/39139>. Acesso em: 9 mar. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (org.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP/Saraiva: Linha Direito Comparado).

MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. rev. Brasília, DF: Ed. UnB, 1995.

NASSIF, Luís. Faltou mãe no Supremo. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 8 jun. 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0806200009.htm>. Acesso em: 9 mar. 2022.

REGNO DI SARDEGNA. [Statuto Albertino]. [S. l.: s. n., 20--]. Disponível em: https://www.quirinale.it/allegati_statici/costituzione/Statutoalbertino.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Ah, as palavras e as coisas na Sereníssima República. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 6 dez. 2012. Coluna Senso Incomum. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-06/senso-incomum-ah-palavras-coisas-nossa-serenissima-republica>. Acesso em: 9 mar. 2022.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução e notas de Neil Ribeiro da Silva. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. (Biblioteca de Cultura Humana, 4).

TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23102020-004221/pt-br.php>. Acesso em: 9 mar. 2022.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, Apr. 2006. DOI: <https://doi.org/10.2307/20455656>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

_____. *Il diritto mite*: legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi, 1992. (Einaudi Contemporanea, 14).