

A INTERPRETAÇÃO DO SILÊNCIO CONSTITUCIONAL COMO VIA DE (DES)CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Arilson Garcia Gil

Mestrando em Direito Constitucional pela PUC-SP e pela Universidad de Castilla-La Mancha-Espanha.

Professor da Universidade Paulista – UNIP. Procurador do Estado de São Paulo.

Bacharel em Direito pela UNESP. Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP.

Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral pela Universidade de São Paulo – USP.
São Paulo - SP

e-mail: arilsongil@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-2492-6230>

Recebido em: 10/03/2020

Aprovado em: 13/11/2020

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o Silêncio Constitucional. No curso da pesquisa verificou-se que a delimitação do Silêncio Constitucional como instituto da Hermenêutica Constitucional é pressuposto da racionalidade jurídica das decisões judiciais de efetivação dos Direitos Fundamentais. Portanto, o Silêncio Constitucional, a depender de sua interpretação, pode ser tanto um obstáculo como uma via de desenvolvimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Para que o Silêncio Constitucional seja uma das vias de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, este trabalho propõe-se ao estudo da doutrina nacional e da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em especial para responder se existe uma adequada sistematização do tema para interpretação da Constituição Federal de 1988. A Pesquisa foi executada sob o enfoque da dogmática jurídica, portanto com utilização preponderante do método dedutivo. Foi utilizado o método indutivo na parte do trabalho em que foi necessária a análise de casos concretos da Jurisprudência do STF. Como conclusão do trabalho temos o risco ao Estado Democrático de Direito diante da ausência de uniformidade metodológica e de categorias da hermenêutica na interpretação do Silêncio Constitucional e a insegurança jurídica causada pela falta de controle da racionalidade das decisões judicial por meio de critérios objetivos.

Palavras-chave: Sistema Constitucional; Hermenêutica Constitucional; Silêncio Constitucional; Controle de Constitucionalidade.

THE INTERPRETATION OF CONSTITUTIONAL SILENCE AS A WAY OF (DES) CONSTRUCTION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW IN THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

ABSTRACT

The present work has as object of study the Constitutional Silence. In the course of the research it was verified that the delimitation of the Constitutional Silence as an institute of Constitutional Hermeneutics is presupposition of the legal rationality of judicial decisions about the effectiveness of Fundamental Rights. Therefore, Constitutional Silence, depending on its interpretation, can be both an obstacle and one of the ways of developing the objectives of the Democratic State of Law. In order for Constitutional Silence to be one of the ways of development of the Democratic State of Law, this work proposes to study the national doctrine and the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) in particular to answer if there is there is an adequate systematization of the theme for the interpretation of the Federal Constitution of 1988. The Research was executed under the approach of legal dogmatics, therefore, with preponderant use of the deductive method. The inductive method was used in the part of the work in which it was necessary to analyze concrete cases of STF Jurisprudence. As conclusion of the work we have the risk to the Democratic State of Law in the absence of methodological uniformity and of categories of hermeneutics in the interpretation of constitutional silence and legal insecurity caused by the lack of control of the rationality of judicial decisions by means of objective criteria.

Keywords: Constitutional System; Constitutional Hermeneutics; Constitutional Silence; Judicial Review.

1 INTRODUÇÃO

O tema de estudo do presente trabalho é a análise da interpretação do Silêncio Constitucional na doutrina nacional e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e sua relação com a (des)construção dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

No contexto jurídico brasileiro surgido após a Constituição Federal de 1988, tem-se a expansão em extensão e em complexidade da regulamentação normativa sob um novo paradigma constitucional: o Estado Democrático de Direito. Dentre os objetivos apresentados por esse novo paradigma destacamos a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais e pela Justiça Social, o reconhecimento de uma Sociedade Plural e a tutela da Participação Democrática do cidadão¹.

Tem sido cada vez mais frequente a provocação do Supremo Tribunal Federal para decidir questões derivadas deste novo paradigma constitucional. Porém, a implementação, via controle de constitucionalidade, dos objetivos do Estado Democrático de Direito enfrenta como obstáculo a complexidade que esses casos trazem

¹ artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 14, da Constituição Federal.

à racionalidade jurídica, muitas vezes sem uma regulamentação clara diante das hipóteses de Silêncio Constitucional.

Por essa razão, o presente trabalho tem como objeto de estudo o Silêncio Constitucional, que pode ser delimitado como: a) um espaço normativo que apresenta possibilidade de interpretação de acordo com o Sistema Constitucional como um todo, nas seguintes situações: a1) por opção da Constituição ao silenciar sobre uma questão sensível e, assim, manter aberto o debate sobre as diversas interpretações possíveis; ou a2) porque a Constituição, no momento em que ela foi criada, não podia prever inovações tecnológicas e sociais futuras; e b) um espaço normativo que não apresenta possibilidade de interpretação extensiva, por ser um Silêncio Eloquentemente, com o reconhecimento de apenas uma opção interpretativa entre muitas possíveis, com a exclusão das demais possibilidades.

Os exemplos de casos de Silêncio Constitucional são fartos.

A Constituição Federal de 1988 tutela o Direito à Vida em seu artigo 5º, porém, silencia quanto à existência do Direito ao Aborto, seja em casos gerais (proibição ou autorização geral), seja em casos específicos, por exemplo, de feto anencefálico.² A problemática que se apresenta é: seria aqui identificada uma hipótese normativa de Silêncio Constitucional? Seria um Silêncio Eloquentemente com intenção de proibir o aborto em qualquer caso? Trata-se de Lacuna Normativa que mantém espaço aberto à regulamentação por Lei e pela interpretação em sede de Controle de Constitucionalidade?

O mesmo raciocínio poderia ser aplicado no caso das Pesquisas com Células Troncos Embrionárias,³ aqui com o detalhe da impossibilidade de a Constituição Federal manifestar-se sobre o fato que sequer era alcançado pela evolução científica na data de sua elaboração em 1988.

Além da evolução científica, temos também casos de reconhecimento de novos valores sociais, como o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo gênero.⁴ A Constituição Federal utilizou as palavras “Homem” e “Mulher” ao tratar da Família, do Casamento e da União Estável⁵. Silenciou, porém, quanto à produção de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo gênero. Identifica-se, nesse caso,

² Caso debatido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

³ Tema discutido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

⁴ A União Homoafetiva é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

⁵ Artigo 226 da Constituição Federal.

hipótese de Silêncio Eloquente (que proibiria outras entidades familiares) ou temos aqui Lacuna Axiológica (que abre espaço ao reconhecimento de novos valores sociais)?

Vê-se, pelos casos citados, que a delimitação do Silêncio Constitucional como instituto da Hermenêutica Constitucional é pressuposto à racionalidade jurídica para a efetivação dos Direitos Fundamentais à Vida, à Dignidade e à Liberdade, e afeta diretamente o implemento da Justiça Social e o reconhecimento de uma Sociedade Plural. Portanto, o Silêncio Constitucional, a depender de sua interpretação, pode ser tanto um obstáculo como uma das vias de desenvolvimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

2 O SILÊNCIO CONSTITUCIONAL COMO VIA DE CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para que o Silêncio Constitucional seja uma das vias de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, este trabalho propõe-se ao seu estudo enquanto instituto da Hermenêutica Constitucional e conforme o paradigma constitucional construído a partir da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal deve ser considerada como um Sistema cuja Integridade e Coerência são pressupostos do Estado Democrático de Direito. Em casos de conflito de interesses não resolvidos pelas vias ordinárias, a Integridade e a Coerência do Sistema devem ser mantidas pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. A Hermenêutica Constitucional é um instrumento de garantia dessas Integridade e Coerência. O Silêncio Constitucional pode ser um risco ou pode ser uma das vias de manutenção da Integridade e da Coerência do Sistema Constitucional e, portanto, também do Estado Democrático de Direito.⁶

Porém, poucos estudos no Brasil analisam a questão Hermenêutica sob o enfoque do Silêncio Constitucional. Ao contrário, no Direito Comparado o tema é tratado de forma central e com relevante sistematização pela dogmática jurídica.

A análise do problema apresentado sob o enfoque do Silêncio Constitucional é recorrente na doutrina dos Estados Unidos da América, em especial no trabalho do

⁶ As ideias do Direito como Sistema, de Integridade e de Coerência podem ser extraídas das obras de Norberto Bobbio (Teoria do Ordenamento Jurídico, 2014), de Claus Wilhelm Canaris (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, 2002) e de Ronald Dworkin (Law's Empire, 1986).

constitucionalista Laurence H. Tribe em suas aulas na Harvard Law School (Advanced Con Law Seminar: “Constitutional Silences”, 2016) e em sua obra sobre a “Constituição Invisível” (2008).

Ainda, nos Estados Unidos, há estudos sobre o Silêncio Constitucional considerado como um espaço para a construção de uma “Constituição Viva” e em evolução⁷. Em contraponto, a doutrina norte-americana da Interpretação Originalista afasta a criação normativa pela interpretação do Silêncio Constitucional.⁸

Em Portugal, o tema é examinado como “Lacunas da Constituição e sua Integração”.⁹ Jorge Miranda identifica Lacunas intencionais, não intencionais, técnicas, teleológicas, originárias, supervenientes e absolutas. J.J. Gomes Canotilho identifica Lacunas normativo-constitucionais autônomas, heterônomas e de regulamentação.

Na Espanha, temos os estudos de Francisco Javier Díaz Revorio sobre “La ‘Constitución abierta’ y su interpretación.” (2004) e “Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional” (2000).

No Reino Unido, temos a Doutrina de Michael Foley, que trata o Silêncio Constitucional como espaço para adequação da Constituição em momentos de crise.¹⁰

Na Alemanha, Robert Alexy¹¹ e sua distinção entre Princípios e Regras Constitucionais parece nos trazer respostas quanto à possibilidade de ponderação entre direitos no caso de identificação do Silêncio Constitucional. Por exemplo, não parece ser possível, num primeiro momento, a identificação do Silêncio Constitucional em normas constitucionais com estrutura de Regras (que reconhecem direitos e deveres definitivos), apenas em Princípios (enquanto mandados de otimização).

Convém ressaltar que citamos a doutrina estrangeira, aqui, apenas a título de ilustração da importância da análise do tema sob o enfoque do Silêncio Constitucional. No presente trabalho, restringimos o estudo à doutrina e à Jurisprudência nacionais para análise de sua adequação para categorizar o Silêncio Constitucional como instituto da Hermenêutica Constitucional.

⁷ The Living Constitution (STRAUSS, 2010); A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before (SUNSTEIN, 2009).

⁸ A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law (SCALIA, 2018).

⁹ Sobre o tema na Doutrina Portuguesa temos: Teoria do Estado e da Constituição (MIRANDA, 2015) e Direito Constitucional e Teoria da Constituição (CANOTILHO, 2003).

¹⁰ Em sua obra The Silence of Constitutions: Gaps, 'abeyances' and political temperament in the maintenance of government (FOLEY, 2011). Apesar de ser uma doutrina editada frente a um Estado de Constituição não escrita, entendemos que em alguns aspectos a obra também podem contribuir para nosso estudo.

¹¹ Conforme sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2017).

Em retorno ao Direito Brasileiro, uma teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal¹² e pela doutrina nacional¹³ é a identificação do Silêncio Constitucional como Silêncio Eloquente. Porém, como demonstrado, o Silêncio Eloquente é apenas uma das possíveis categorias de Silêncio Constitucional. O próprio Supremo Tribunal Federal, como analisado, ora trata o silêncio como categoria de Lacuna Normativa e decide pela integração da referida Lacuna, ora fundamenta no silêncio a aplicação dos Poderes Implícitos ou utiliza-se do Silêncio Constitucional para Evolução da Intepretação.

Assim, como hipótese de trabalho, entendemos que não temos uma sistematização adequada acerca do Silêncio Constitucional enquanto instituto da Hermenêutica Constitucional seja na doutrina nacional, seja na Jurisprudência do STF. Em outras palavras, e, ainda, como hipótese de trabalho, não há claros critérios de identificação nem descrição das categorias jurídicas do Silêncio Constitucional e seus efeitos.

3 O DIREITO E A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMAS

Ao tratar das diversas concepções do termo “sistema”, Norberto Bobbio (2014, p. 82-84) adverte que referido termo é um daqueles termos com vários significados e que podem ser utilizados segundo a conveniência de quem os aplica.

Dentre tais significados, Bobbio ressalta três deles que extrai do histórico da Filosofia do Direito:

a) “Sistema” baseado em um “sistema dedutivo”:

Nessa acepção, diz-se que um ordenamento é um sistema desde que todas as normas jurídicas daquele ordenamento sejam derivadas de alguns princípios gerais (dito de outra forma, ‘princípios gerais do direito’), considerados do mesmo modo que os postulados de um sistema científico.

b) “Sistema” baseado em um “sistema indutivo”:

o termo ‘sistema’ é usado, ao contrário, para indicar o ordenamento da matéria, realizado o procedimento indutivo, isto é, partindo do conteúdo das normas singulares com o objetivo de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações e divisões da inteira matéria: a consequência dessas operações será o ordenamento do material jurídico [...] O procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a classificação. O seu escopo não é desenvolver analiticamente, mediante regras preestabelecidas, alguns postulados iniciais, mas sim reunir os dados fornecidos pela experiência com

¹² Por exemplo podemos citar o entendimento firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 371 relativa à inexistência de imunidade processual dos vereadores diante do Silêncio Eloquente do artigo 29, da Constituição Federal (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2002).

¹³ Sobre o Silêncio Eloquente na Doutrina Nacional: (SILVA, 2018); (BARROSO, 2009); (CAMPOS, 2011); (LACERDA; MÜLLER, 2016); (STRECK, 2014).

base na semelhança para formar conceitos generalíssimos que permitam unificar todo o material dado.

c) “Sistema” como uma “totalidade ordenada”

O terceiro significado de sistema jurídico é, sem dúvida, o mais interessante, e é aquele sobre o qual nos deteremos neste capítulo: diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. ‘Sistema’ aqui equivale a validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento surgirem normas incompatíveis, uma delas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas do ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade.

Norberto Bobbio (2014, p. 77), em uma visão positivista, adota a terceira concepção de “sistema” em sua obra. Em resumo, considera que o ordenamento jurídico constitui um sistema, pois suas normas devem estar em relação de coerência e devem ser buscadas as condições que tornem possível essa relação de coerência.

Quanto às Constituições, entendemos, porém, necessária a conciliação entre a primeira concepção de sistema – ligada aos princípios – e a terceira concepção – ligada à coerência, diante da natureza principiológica das normas constitucionais mais modernas.

Nesse sentido, Ronald Dworkin (1986, p. 11) traz uma concepção de Direito construído por meio da interpretação. Princípios morais adotados pelo Direito direcionam o aplicador na prática construtiva via interpretação fundamentada na argumentação. Para manter a coerência do sistema construído da forma citada, Dworkin traz a ideia de “integridade”, ou seja, não se trata de um Direito criado livremente, mas sim de um Direito construído pela interpretação fundamentada, justificada nos princípios morais que mantém a coerência do sistema.

Rubens Beçak (2007, p. 315) demonstra esta relação entre Direito e Moral como decorrência da natureza principiológica de grande parte das normas constitucionais contemporâneas, em especial pela consagração dos Direitos Fundamentais de solidariedade, que poderiam ser responsáveis por essa “nova tipicidade” nos ordenamentos constitucionais. Por isso, defende Beçak que os princípios revelam a “importância da dimensão ético-moral no Direito”. E conclui:

Na medida em que, no nível constitucional, existem normas que estabelecem padrões éticos de comportamento na exata proporção em que estabelecem padrões exigidos da e para a sociedade (se tal não fosse, como pensar a imanência da Constituição?), vemos as normas principiológicas como muito mais próximas daquele padrão aberto para a Ética, onde, inclusive, deve prevalecer a ponderação de interesses, do que as normas-regra, constitucionais, sem sombra de dúvidas, mas muito mais fechadas à interpretação e, portanto,

da ponderação [...] Assim, entendemos que uma constituição origina não só uma pirâmide de normas jurídicas como também uma, chamemos, pirâmide de valores ético-morais a serem protegidos, no âmbito daquele Estado, como valores primeiros” [...] Aqui é que, no conflito possível (e, diga-se, não raro) entre normas-princípio (o que Alexy denomina conflito princípio x princípio), e talvez mesmo no eventual conflito norma princípio x norma-regra, o exegeta deve se utilizar de valores não necessariamente jurídicos na fixação de qual norma deva imperar” (2007, p. 317-319).

Apesar de não ser o objetivo deste trabalho e até porque seria impossível fazê-lo nessa fase da pesquisa pela complexidade do tema, entendemos ser de importância ímpar o estudo da influência dos valores e da moral na interpretação do Silêncio Constitucional.

Por agora, nos restringimos a apresentar uma terceira via de interpretação da Constituição como sistema, não tão estritamente relacionada à coerência, nem tão aberta quanto à Teoria dos Princípios.

Entendemos que Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 18-20) pode ser essa terceira via interpretativa entre a visão positivista de Bobbio e a visão de construção do Direito pela interpretação de Dworkin.

Ao partir da Jurisprudência dos Valores, Canaris admite a abertura do sistema jurídico e reconhece a normatividade dos princípios, ao mesmo tempo que propõe um controle da racionalidade das decisões judiciais, em especial, diante de um texto não preciso ou com lacunas. O sistema jurídico, assim, não seria apenas um conjunto ordenado de normas jurídicas, mas também um sistema de controle e orientação da aplicação do direito.

Para tanto, Canaris propõe um sistema jurídico que apresenta ordenação e unidade internas decorrentes da ideia de Igualdade. Assim, o sistema apresentaria: a) ordenação, que significa a aplicação do Direito de forma igual para iguais e diferente para os desiguais, na medida das desigualdades; b) unidade, no sentido de coerência, não contradição da ordem interna e uniformização das decisões judiciais.

Por fim, Claus-Wilhelm Canaris admite, diante da abertura do sistema jurídico, a mutabilidade do direito, pelo surgimento de novos princípios dentro do próprio sistema, ainda que influenciado por um Direito Consuetudinário. Assim, a Jurisprudência não cria Direito novo, mas tem legitimidade para realizar a descoberta de novos princípios por influência do Direito Consuetudinário.

Diante dos pressupostos analisados (ordenação e unidade ou coerência), Elival da Silva Ramos (2015, p. 321) entende que Canaris mantém uma concepção sistêmica do Direito diante da sua vinculação à Igualdade formal e à Segurança Jurídica, apesar de ser

uma concepção relativizada por certo abrandamento dos postulados de coerência e completude próprios da concepção sistêmica.

Referido abrandamento dos postulados de coerência e completude próprios da concepção sistêmica é intensificado nas Constituições, modernamente compostas por normas principiológicas, mais abrangentes, portanto, podemos falar também em um Sistema Constitucional.

Porém, em retorno às concepções de sistema trazidas por Bobbio, para a adequada conciliação entre sistema por coerência e sistema por princípios, entendemos que temos que ter balizas, critérios de aplicação dos princípios (especialmente em casos de Silêncio Constitucional), tal como proposto por Claus-Wilhelm Canaris, para que não haja lesão ao Estado Democrático de Direito, o que é analisado no item seguinte.

4 SILÊNCIO DA CONSTITUIÇÃO NA TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao retomar a lição de Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 143), temos que a missão da Hermenêutica Constitucional envolve o desenvolvimento de uma “teoria constitucional brasileira”¹⁴:

Isso implica, por exemplo, discutir que tipo de constituição era a Constituição de 1988 ao ser promulgada e se as mudanças constitucionais ocorridas desde então alteraram seus fundamentos políticos, sociais e econômicos. 6. Mas talvez a discussão mais urgente acerca da interpretação constitucional, que não guarda qualquer relação com uma discussão acerca de meros métodos, diz respeito ao papel do Supremo Tribunal Federal na interpretação constitucional. Cabe a esse tribunal fazer determinados valores constitucionais? Se sim, como decidir quais prevalecem em cada caso concreto? Ou ao STF cabe apenas zelar pelo bom funcionamento procedimental do regime democrático, deixando para o legislador a tarefa de decidir sobre os valores constitucionais a serem concretizados? Importante é ter em mente que a tarefa da interpretação constitucional irá variar de acordo com o enfoque acerca da função da constituição e de seu guardião na vida política do país. E não há discussão metodológica que prescindia dessa discussão de base.

¹⁴ Aqui necessário destacar que o autor entende que “desenvolver uma teoria da constituição aplicável (pelo menos também) à Constituição brasileira não significa que métodos ou pontos de vista desenvolvidos alhures não possam ser aplicados na interpretação da Constituição brasileira. Significa apenas que o método adotado não pode existir independentemente de uma teoria constitucional. Significa, além disso, que cabe ao teórico constitucional fundamentar a compatibilidade de uma determinada concepção de nossa Constituição com um determinado método” (SILVA, 2005, p. 143). Por isso, decidimos limitar o objeto deste trabalho à análise da doutrina nacional e da Jurisprudência do STF quanto ao Silêncio Constitucional. Identificado o atual estágio dessas teorias no Brasil, poderemos, em um futuro trabalho, estudar uma possível aplicação do Direito Comparado para desenvolver a teoria nacional.

Nesse contexto, Monica Herman Caggiano (2011, p. 17) faz análise acerca da evolução da natureza das normas constitucionais, da possibilidade de mutações constitucionais e do papel das cortes constitucionais. Demonstra a autora que com a absorção de novas matérias e novos direitos positivados as Constituições passaram a apresentar textos analíticos e com uma diferenciada construção das normas incompletas ou programáticas, com preceitos abertos e não autoexecutórios.

Conclui Monica Herman Caggiano que, em relação ao Poder Judiciário, houve uma ampliação de seu poder por meio da interpretação. Fala-se mesmo em um papel diferenciado concedido ao Poder Judiciário, com a ampliação da esfera interpretativa e pela competência de exercer o controle de constitucionalidade. Por fim, a autora aponta para um possível efeito perverso deste quadro, qual seja, a atuação de viés neoconstitucionalista do Judiciário contra uma “petrificação Constitucional” que estaria a desestimular o desenvolvimento da Democracia, o que poderia gerar reorientações ou, podemos dizer, mutações constitucionais.¹⁵

Sobre a ocorrência das mutações constitucionais e os pressupostos do Estado Democrático, Dalmo de Abreu Dallari (2016, p. 300-301) escreve sobre a necessidade de o Estado Democrático se adaptar às novas circunstâncias sociais:

O Estado Democrático, para que realmente o seja, depende de várias condições substanciais, que podem ser favorecidas ou prejudicadas, pelos aspectos formais, mas que não se confundem com estes. Para que o Estado seja democrático precisa atender à concepção dos valores fundamentais de certo povo numa época determinada. Como essas concepções são extremamente variáveis de povo para o povo, de época para época, é evidente que o Estado deve ser flexível, para se adaptar às exigências de cada circunstância.

No mesmo sentido, Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Morias (2014, p. 117-118 – item 6.2.3 – livro digital) descrevem a ocorrência de uma redefinição contínua do Estado de Direito:

Percebe-se nesta trajetória uma redefinição contínua do Estado de Direito, com a incorporação de conteúdos novos, em especial face à imposição dos novos paradigmas próprios ao Estado de Bem-Estar Social. O que ocorre não pode ser circunscrito, apenas, a um aumento no número de direitos, mas, isto sim, a uma transformação fundamental no conteúdo do Direito ele mesmo [...] Mais do que apontar a mutação das características tradicionais do Direito, a mudança

¹⁵ O exemplo de reorientação constitucional dado pela autora é o da infidelidade partidária: “E de fato, a atividade interpretativa expandida conduz, por inúmeras vezes, até mesmo a uma reorientação constitucional, a exemplo do que ocorreu no Brasil com o problema da infidelidade partidária, quando uma Resolução do Tribunal Superior Eleitoral criou uma hipótese de perda do mandato político não prevista na Constituição – por mudar de partido político, abandonando a legenda sob cuja bandeira o parlamentar ou membro do executivo se elegeu” (CAGGIANO, 2011, p. 18).

de caráter da regra jurídica – não mais um preceito genérico e abstrato, mas uma regulação tendente à particularização –, de sua transitoriedade e, em consequência, de seu eventual desprestígio vinculado à sua complexidade, especificidade, técnica e proliferação, o que conduz ao seu difícil conhecimento por parte dos operadores jurídicos, é preciso perceber que o Estado de Direito passa a ser percebido a partir da adesão a um conjunto de princípios que se beneficiarão de uma consagração jurídica explícita e serão providos de mecanismos garantidores apropriados, fazendo com que a concepção formal fique submetida a uma concepção material ou substancial que a engloba e ultrapassa, tornando a hierarquia das normas um dos componentes do Estado de Direito substancial.

Sobre a rigidez da Constituição e a possibilidade de ocorrer as citadas redefinições, adaptações do Estado Democrático de Direito, há obra clássica de Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 3) que denomina tais fenômenos de mutações constitucionais e, segundo a qual, as Constituições rígidas sofrem modificações, mesmo sem alteração de texto por Emendas, com a adoção de novos significados ao texto original. A esse fenômeno a autora denomina, a depender de sua compatibilidade com a Constituição, de “mutações constitucionais” e “mutações inconstitucionais”. Eis os conceitos de Cunha Ferraz (2015, p. 3):

A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por mutações inconstitucionais.

Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 10-11) leciona que a Constituição é uma obra, muitas vezes, incompleta e que para ser efetivamente aplicada exige o futuro exercício de um poder constituinte implícito (ou difuso) que irá definir, tratar de obscuridades, da continuidade à obra, sem poder, porém, contrariá-la, visto ser um poder limitado. Nesse sentido, ainda ensina Cunha Ferraz (2015, p. 183-184) que referido poder constituinte implícito atua em face de lacunas constitucionais, vazios, espaços em branco da Constituição:

Por outro lado, continua latente também, de modo não previsto e não organizado no chamado poder constituinte difuso, invisível, que intervém quando necessário para preencher lacunas ou interpretar disposições constitucionais obscuras. Esse poder constituinte difuso é atuado pelos órgãos constitucionais que têm competência para aplicar normas constitucionais e que, mesmo diante da obscuridade do texto, precisam interpretá-lo para dar-lhe aplicação. É também posto em ação por esses mesmos poderes quando há na Constituição vazios, espaços em branco, que somente normas de natureza constitucional poderiam preencher e não o fazem. Nessas hipóteses, os poderes constitucionais têm o dever de atuar a Constituição, já que a situação, o comportamento ou o ato, que por ela deveriam ser regidos e não o são, devem encontrar resposta ou solução. É o caso, por exemplo, das lacunas ocultas,

salientadas por Loewenstein. Assim, a lacuna constitucional, que pode ser preenchida pela interpretação da Constituição, em qualquer de suas modalidades, pode, igualmente, ser preenchida pelo costume constitucional, quer formado à base da ação do Legislativo, quer do Executivo, conforme caiba a um ou outro atuar a matéria constitucional em questão.

Em linha de raciocínio diversa sobre o tema da existência ou não das lacunas na Constituição, Lacerda e Sá Müller (2016, p. 103) negam legitimidade ao Judiciário para identificar e preencher eventuais Lacunas Constitucionais e reservam tal tarefa ao Poder Legislativo:

Isso suscita um problema de teoria do direito: pode-se falar na existência de lacunas constitucionais? Sustenta-se comumente que os conteúdos que faltam na Constituição foram omitidos pelo poder constituinte originário conscientemente: seriam, assim, lacunas no sentido político e não no sentido normativo, e por essa razão os juízes não estariam autorizados a supri-las. Deste modo, tais omissões não deveriam ser consideradas propriamente lacunas, pois estas só se dão infraconstitucionalmente (...) A adoção dos critérios da LINDB daria aos juízes um poder normativo equiparado ao do constituinte derivado. Deste modo, preencher o que é considerado ausente na Constituição é uma pretensão que, como procuraremos mostrar, não cabe ao Judiciário, mas ao Legislativo, na sua condição de reformador do texto constitucional.

Encontramos um contraponto a esta ideia de usurpação pelo Judiciário do poder constituinte derivado pertencente ao Legislador, quando Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 184) esclarece que as limitações a esse poder constituinte implícito são mais amplas do que aquelas aplicadas ao poder constituinte derivado (poder de reforma constitucional). Isso porque o poder constituinte difuso, ao contrário do constituinte derivado, não está expressamente autorizado a realizar tais mutações, mas sua autorização decorre da lógica de ser a Constituição uma obra incompleta. Portanto, o poder constituinte difuso deve se restringir a precisar ou modificar o sentido, significado e o alcance da Constituição, sem porém, contrariar o seu texto e o seu conteúdo expresso.

E conclui Cunha Ferraz (2015, p. 11) que referido constituinte difuso atua especialmente em casos de lacuna constitucional, a ser preenchida pelo costume ou pela interpretação judicial e que “o preenchimento de lacunas constitucionais desencadeia assim a atuação de processos de mutação constitucional” (2015, p. 45).

Em resumo, Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 58-59) ensina que a mutação constitucional por via interpretativa ocorre nos seguintes casos:

- a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentado-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe

imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

E prossegue a autora (CUNHA FERRAZ, 2015, p. 61) no sentido de que os atos interpretativos de preencher Lacunas Constitucionais ou clarear obscuridades atribuem “alcance e significados não previstos ou imprecisamente previstos, ao texto constitucional”.

Aqui, entendemos que a categoria conceituada pela autora como “Lacunas Constitucionais” pode ser melhor classificada como “Silêncio Normativo” ou “Silêncio Constitucional” (por se referir ao silêncio da norma constitucional) ou à “Indeterminação da Norma Constitucional”, pois envolvem complementação de alcance ou determinação de significados pelo aplicador do direito conforme o próprio Sistema Constitucional.

“Lacuna” seria a ausência de uma regulamentação normativa a determinado caso concreto ou mesmo a ausência de regra de escolha entre aplicação da norma geral inclusiva ou exclusiva que solucionaria referida ausência normativa, o que não ocorre no caso, visto ser possível extrair tais normas do próprio Sistema Constitucional.

Assim, conclui-se que não existem Lacunas Constitucionais, mas, sim, hipóteses de Silêncio Constitucional decorrentes não de verdadeiras lacunas (ausência de solução no sistema). O silêncio decorre de um espaço normativo que apresenta possibilidade de solução dos casos pela interpretação de acordo com o Sistema Constitucional como um todo, seja por opção da própria Constituição para evitar a exclusão em questões sensíveis, seja pela impossibilidade de se prever inovações tecnológicas ou sociais no momento de elaboração da norma constitucional.

Em sentido semelhante a este, o Ministro Ayres Britto (STF, 2011, p. 19 no debate do voto do Ministro Gilmar Mendes) defendeu na ADIN nº 4.277, que discute a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo:

Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação.

Há, ainda, hipóteses de “Indeterminação da Norma Constitucional” que não decorrem de um silêncio, mas, sim, da abertura da linguagem da Constituição. Exemplos

de Indeterminação da Norma Constitucional podem ser verificados no uso de termos e expressões como “dignidade da pessoa humana”, “valores sociais do trabalho”, “sociedade livre, justa e solidária”, dentre outras. Nesses casos, apesar de não haver casos autênticos de Silêncio Constitucional, também caberá ao intérprete a complementação de alcance ou determinação de significados pelo aplicador do direito conforme o próprio Sistema Constitucional.

Feitas as devidas distinções, certo é que são vários os fatores internos e externos que destacam o papel transformador da interpretação constitucional, assim como os elencados por Cunha Ferraz (2015, p. 126):

Vários fatores internos realçam este papel transformador da interpretação judicial: a linguagem, o caráter sintético das Constituições, as lacunas e omissões constitucionais; ao lado desses, os fatores externos, quais sejam, (a) a mutabilidade social que provoca o surgimento de novas necessidades e novas situações impossíveis de serem previstas pelos constituintes, mas inteiramente percebidas pelo intérprete judicial ao aplicar a Constituição; (b) a mudança, razoável, admissível e legítima, na intenção dos próprios intérpretes e aplicadores constitucionais que sofrem, eles mesmos, influência das transformações sociais, políticas, econômicas e históricas; e (e) a evolução dos valores (políticos, filosóficos, econômicos, morais) e das ideias-base, subjacentes a toda Constituição, e que não podem ser desconhecidas ou ignoradas no momento da interpretação e aplicação da norma constitucional ao caso concretos.

Apesar de defender referido papel transformador da interpretação constitucional e reconhecer a atuação dos citados fatores internos e externos nessa atividade, Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 62-63) adverte para o risco de “frustração ou desvirtuamento” do texto constitucional e dos princípios fundamentais da Constituição pelo processo interpretativo. Tal risco não pode justificar seja a interpretação proibida de realizar mudanças constitucionais. Defende a autora que os processos interpretativos devem ser “ponderados e absorvidos pelos mecanismos de controle de constitucionalidade que, por igual, devem evoluir de modo a assegurar, eficazmente, a certeza e a supremacia da Constituição”. A necessidade de controle e limitações ao poder de mutação constitucional é ressaltado pela autora na seguinte passagem (2015, p. 243):

Todavia, a prática constitucional revela constantemente que nem sempre as limitações impostas são observadas, e que as mudanças constitucionais escapam, muitas vezes, a qualquer controle. A ausência de controle é resultado de vários fatores: os processos de mudança são incontrolláveis pela natureza da matéria que versam ou pelo modo em que ocorrem; os controles são ineficazes, não os atingindo em plenitude; ou predominam, sobre eles, forças extraconstitucionais, forças políticas, pressões de grupos sociais, etc., de tal sorte que a mudança inconstitucional se impõe e gera efeitos na vida constitucional do Estado.

Na mesma linha de raciocínio, Hélio Silvío Ourém Campos (2011, p. 333) entende que, atualmente, há destaque na função do Poder Judiciário para a atividade de “extrair da Constituição tudo o que dela pode ser legitimamente retirado”, porém, defende que é exigível limitação a tal atividade, não sendo legítimo reescrever a Constituição, a não ser pelo adequado processo de Emenda Constitucional. Assim, para Campos (2011, p. 341-342), a Constituição deve ser tomada como limite e fundamento das decisões, e o Silêncio Constitucional deve ser considerado como manifestação de vontade. Em resumo, entende Campos (2011, p. 342-343) que:

Assim, considero consensual que, embora ao juiz seja dada uma certa margem de liberdade, não lhe é possível transferir as decisões em matérias de cunho político, tal como a da elaboração de normas constitucionais. Portanto, devendo o Judiciário comportar-se de acordo com a lei, e não tratando a norma constitucional das técnicas de colmatação das lacunas, é de se ter em conta a extrema cautela na discussão de um tema como o das lacunas constitucionais.

De fato, por um lado, o reconhecimento do Silêncio Constitucional como um espaço normativo que pode ser preenchido via interpretação pode ser, ao lado da Teoria dos Princípios, instrumento de implementação dos ideais do Neoconstitucionalismo, em especial para o reconhecimento e implementação de novos em busca da máxima efetividade da Constituição. Por outro lado, e considerando os ideais do Neopositivismo, se não houver limitações e o devido controle, a interpretação do Silêncio Constitucional pode ser fonte de incerteza e insegurança jurídica.

Na prática, porém, nos parece que não há a implementação dessa cautela ou de efetiva delimitação de critérios de controle à racionalidade das decisões judiciais sobre o Silêncio Constitucional.

Com efeito, David Diniz Dantas (2005, p. 287-288), ao analisar os critérios de interpretação utilizados pelo Supremo Tribunal Federal conclui pela ausência de uniformidade metodológica nas decisões da Corte. À época do estudo realizado por Dantas, em 2002, (atualizado em nova edição em 2005), constatou o autor que havia preponderância da utilização da interpretação sistemática como complementação da interpretação gramatical e uma análise em plano bastante formal, sem cognição adequada das questões de fato na interpretação realizada no controle de constitucionalidade pelo STF. Porém, não identificou o autor a existência de uniformidade metodológica nas decisões da Corte.

Referida ausência de uniformidade metodológica nas decisões do Supremo Tribunal Federal demonstra que os julgadores não se preocupam em criar uma definição

e uma delimitação do que seja o Silêncio Constitucional ou apontar definições e delimitações já estabelecidas pela Doutrina, salvo raras exceções como a hipótese do Silêncio Eloquentemente, adotada expressamente pelo Supremo. Passamos, então, a analisar o comportamento do Supremo Tribunal Federal em casos de Silêncio Constitucional.

No caso em que se discutiu a pesquisa científica com células troncos o Ministro Ayres Britto (STF, 2008, p. 13-14 do voto), relator da ADIN nº 3.510, admitiu a ideia de silêncio ao defender que a Constituição, ao tratar do direito à vida, o fez de forma a deixar ao intérprete a decisão sobre quais “aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo direito infraconstitucional e em que medida”.

Nessa posição do Ministro, diante do caso concreto enfrentado de conflito entre o direito à saúde (por tratamentos médicos decorrentes da pesquisa) e o direito à vida (das células troncos), a Constituição silenciou-se voluntariamente para que o intérprete pudesse decidir pela norma geral exclusiva, ou seja, excluir da proteção constitucional à vida as células tronco e permitir a pesquisa científica em prol do direito à saúde.

O silêncio também foi analisado pelo STF na ADPF nº 54, que discute o aborto do feto anencefálico. Em seu voto, o Ministro Lewandowski (STF, 2012, p. 7 do voto) deixa claro que, apesar de ser legítima a técnica de interpretação conforme a Constituição, não cabe à interpretação trazer conclusão contrária à expressão literal de lei, bem como não pode substituir a vontade do legislador. O Ministro Marco Aurélio (STF, 2012, p. 11 do voto), por seu turno, defende raciocínio próprio da categoria de silêncio eloquente ao indicar que não caberia ao magistrado incluir hipótese “que fora excluída de forma propositada pelo Legislador” no art. 128 do Código Penal. Nesse ponto, o Ministro Gilmar Mendes (STF, 2012, p. 28-29 do voto) acolhe as ideias anteriores (limites da interpretação no texto literal da lei e na vontade do legislador) e vai além, ao indicar que não se pode alterar o significado do texto, de modo a acarretar mudança radical da ideia inicial do legislador. Porém, admite que tal fato ocorre, especialmente quando tais limites são imprecisos, com indeterminação semântica.

Na ADIN nº 4.277, sobre constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo gênero, o Ministro Gilmar Mendes (STF, 2011, p. 4-5 do voto) levanta a questão da (i)legitimidade da Corte Constitucional realizar interpretação contra texto expresso da Constituição e, com isso, incluir na norma situação não prevista originalmente por ela no art. 226, §6º, visto que “a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’”.

O Ministro Marco Aurélio (STF, 2011, p. 6 do debate no voto do Ministro Gilmar Mendes), porém, aqui admite que, apesar da norma constitucional expressa, o silêncio quanto às demais situações não as excluiriam. Em complemento, o Ministro Luiz Fux (STF, 2011, p. 6 do debate no voto do Ministro Gilmar Mendes) indica a possibilidade de a referida interpretação não se restringir ao exame de uma regra isolada, mas também abarcar a análise por meio dos princípios constitucionais, pelo que é seguido pelo Ministro Marco Aurélio (STF, 2011, p. 14-15 do voto) que indica uma prevalência dos princípios constitucionais sobre o silêncio eloquente, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, na questão de ordem na Ação Penal nº 937, para que haja incidência do foro por prerrogativa de função, o STF discute se o crime deve ter sido praticado durante o mandato e ter nexos com o exercício do cargo ou função. A CF silencia sobre tais requisitos de incidência da prerrogativa. Nesse caso, por meio de uma interpretação sistemática, segundo a qual os princípios democrático, da moralidade e da isonomia determinam que prerrogativas de agente político devem ter nexos com sua função, entendeu-se que o silêncio não veda a construção de tais requisitos para a incidência da norma constitucional.

O contexto, que já não apresentava uniformidade metodológica, evoluiu para uma ampliação na atuação do STF, o que nos leva a questionar se a corte atua fora dos limites constitucionais, conforme o que se tem denominado “Ativismo Judicial”.

Referia ampliação da atuação do STF foi debatida na ADIN nº 4.277, que discute a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse julgamento, o Ministro Gilmar Mendes (STF, 2011, p. 10-11 do voto) destacou a atuação criativa do Tribunal sob fundamento de efetivação dos direitos fundamentais:

Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Já o Ministro Celso de Mello (STF, 2011, p. 45-46 do voto) intenta negar o Ativismo Judicial do STF nesse caso a exigir colmatação de omissão inconstitucional:

IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República. Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Diante desse quadro, o contexto descrito parece ter mudado, e muito, não tanto na questão metodológica, que parece continuar sem uniformidade, mas pela utilização dos métodos de interpretação por meio de uma atuação que podem levar ao denominado “Ativismo Judicial”, conforme pode ser constatado da obra de Elival da Silva Ramos de 2015 e que concluiu haver um avanço do ativismo no âmbito da nossa Corte Constitucional (2015, p. 329).

Sobre o tema, escreve Rubens Beçak (2008, p. 334) que episódios recentes do STF (p. ex. interpretação da denominada “cláusula de barreira” ou mesmo da fidelidade partidária) nos alerta para reflexão acerca do exercício da atividade política para órgãos não escolhidos pelo critério democrático tradicional. Beçak reconhece legitimidade ao Judiciário para referida atuação, especialmente para “colmatar os espaços deixados omissos pelo legislador”, porém, para que não haja risco ao valor que a Democracia representa ao desenvolvimento da atividade política, propõe que devemos refletir se, em casos dessa natureza, deveria o Tribunal Constitucional atuar apenas como mediador, regulador do processo.

Assim, seja em razão da apontada ausência de uniformidade metodológica nas decisões do STF, seja pela expansão do Ativismo Judicial na corte, devemos passar à análise do controle da racionalidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito.

5 CONTROLE DA RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dalmo de Abreu Dallari (2016, p. 201) formula indagação cuja resposta considera fundamental para o Estado Democrático de Direito: a Constituição “poderá ser ainda, no

início do século XXI, o instrumento político-jurídico ideal para a limitação do poder e a garantia dos direitos?”

Continua Dallari em retrospectiva histórica que parte da concepção de Constituição como expressão de liberdade e de garantia dos direitos individuais, mas com eficácia jurídica limitada, pois, se é eficaz como limitadora dos poderes e garantia contra violações de direitos, não apresentava força a efetivação dos direitos.

Aponta, ainda, que, a partir da aprovação, em 1948, da Declaração Universal de Direitos Humanos, temos uma nova fase na história do Constitucionalismo, em especial pela ampliação do papel do Estado, agora para assumir a criação de condições para efetivação dos direitos.

E, chegando nos dias atuais, na evolução descrita, concluiu que o Poder Judiciário “passou a ser muito mais do que um garantidor do respeito à legalidade estrita, para ser, em muitos casos, um complementador das normas constitucionais, visando dar-lhes efetividade”.

Monica Herman Caggiano (2011, p. 17), após dissertar sobre a evolução do Constitucionalismo, chega à conclusão semelhante à de Dallari acerca do novo modelo de Constituição e dos novos papéis dos Poderes do Estado, em especial do Judiciário:

Uma textura diferenciada na construção das normas, sendo volumoso o número de preceitos de confecção aberta, preceitos não auto-executórios, cometendo ao legislador ordinário a sua implementação. Enfim, normas, por natureza, incompletas ou programáticas, invadiram o espaço constitucional ensejando uma atividade adicional tanto para o Poder Executivo, impondo-lhe a criação e instalação de programas previstos na Lei Maior, como para o Poder Legislativo, atribuindo-lhe esforço sucessivo no sentido de dar efetividade às disposições constitucionais a demandar complementação, e, ainda, instaurando em relação ao Poder Judiciário um largo campo interpretativo, ampliando consideravelmente o poder jurisdicional. Em particular no que toca à figura do Juiz, nova missão é introduzida. Em razão do território alongado em que agora atua – quer em virtude da ampliação da esfera interpretativa, quer por deter a competência do controle de constitucionalidade – o Poder Judiciário assume papel diferenciado. Uma outra perspectiva, uma outra dimensão, passando, nesta sua tarefa, a envolver a responsabilidade pela interpretação constitucional e, conseqüentemente, pela aplicação concreta de critérios de interpretação legal resultantes do esforço de hermenêutica.

Diante de tais lições, entendemos que há um novo paradigma trazido pelo Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal de 1988, ligado à efetividade das normas constitucionais e à transformação da realidade. Sobre esse novo paradigma do Estado Democrático de Direito, Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Morias (2014, p. 116-117 – item 6.2.3 – livro digital) escrevem:

À diferença dos modelos anteriores, o Estado Democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil. Há, desse modo, uma identificação entre o constitucionalismo do segundo pós-guerra e o paradigma do Estado Democrático de Direito. Veja-se, para tanto, a Constituição do Brasil, que determina, no art. 3º, a construção do Estado Social, cujo papel, cunhado pela tradição do constitucionalismo contemporâneo, é o de promover a integração da sociedade nacional (...) Integração esta que, no caso brasileiro, deve-se dar tanto no nível social quanto no econômico, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. Conforme podemos depreender de seus princípios fundamentais, que consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos, a Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade brasileira. Ou seja, a Constituição de 1988 parte do pressuposto de que o Brasil não passou pela etapa do Estado Social. E é exatamente por isso que o texto – dirigente e compromissório – aponta para esse desiderato.

Referidos autores (2014, p. 185 – item 8.4 – livro digital) apontam, nesse contexto, uma “crise funcional” com a transformação nas relações entre as funções estatais que, num movimento autofágico, se projetam por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição de outra função, com destaque para a Jurisdição Constitucional, ao atuar no âmbito do legislador, até mesmo em nível constituinte.

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 129-130) ensina que a ideia de contrapor legislação negativa e positiva (e reservar apenas a primeira ao Poder Judiciário) só teria sentido diante dos Direitos Fundamentais clássicos ou negativos e diante de uma concepção estanque de Separação dos Poderes já ultrapassada. Conclui, portanto que:

Fica difícil justificar o papel do STF como mero limite negativo à atividade legislativa. Se a constituição impõe prestações positivas ao legislador e se o STF é o guardião da constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro?

É certo, porém, que tais papéis de “complementador das normas constitucionais” e de “transformador da realidade brasileira” atribuído ao Judiciário faz reviver, agora para a fase de aplicação e interpretação do Direito, a preocupação de Ferdinand Lassalle (2016, p. 47):

Quando podemos dizer que uma Constituição escrita é boa e duradoura? A resposta é clara. É parte logicamente de quanto temos exposto: quando essa Constituição escrita não corresponder a real, irrompe inevitavelmente o conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a constrição real das verdadeiras forças vitais do país.

Com efeito, o novo paradigma aqui tratado, se exercido sem as adequadas limitações e os devidos controles, pode ensejar um descompasso entre o que previu a Constituição Federal de 1988 e o que é realmente concretizado pela interpretação da Constituição por pressão de forças sociais em conflito.

Monica Herman Caggiano (2011, p. 5) analisa referido risco no âmbito do denominado “neoconstitucionalismo”, “atual movimento doutrinário que advoga no sentido da busca dos valores que inspiram o ideal constitucional, ainda que ao arrepio do texto escrito da Norma Fundamental”. E continua referida autora, no sentido de que esse descompasso entre concretização de valores por via interpretativa em detrimento do texto escrito da Constituição contraria o Princípio da Segurança Jurídica e a Democracia.

Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Morias (2014, p. 183 – item 8.4 – livro digital) descrevem, no contexto ora analisado, a existência de uma “crise constitucional (institucional)”, na qual a Constituição é submetida a um jogo de tensões e poderes, com risco de sua transformação em programa de governo ao contrário de submeter o poder a ela e, assim, o poder se constitucionalizar, colocando em prática o conteúdo constitucional.

Com efeito, entendemos que os fatores reais do poder podem atuar tanto na efetivação do paradigma constitucional de 1988, como na desconstrução do referido paradigma.

Nesse mesmo sentido, André Ramos Tavares (2011, p. 157-159), ao escrever sobre o papel central dos Direitos Fundamentais na legitimação da Justiça Constitucional, demonstra que os Direitos Fundamentais são utilizados em discursos opostos, seja para legitimar a atuação mais ativa e intervencionista da Justiça Constitucional, seja para indicá-los como obstáculo que afasta a atuação legítima da Justiça Constitucional, diante da abertura semântico-material desses direitos.

Em seguida, adverte Tavares que um avanço da atuação da Justiça Constitucional dentro da segurança democrática pressupõe uma consolidação dos seus métodos de trabalho, especialmente em casos de normas ambíguas e vagas comumente encontradas nos Direitos Fundamentais.

Há, inclusive, Constituições de países como Portugal, Espanha, Alemanha e Polônia, citadas por Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 25-26), que possuem dispositivos expressos que asseguram o respeito ao conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais contra restrições, que seriam justificáveis apenas e no limite do necessário ao Estado Democrático.

Nesse movimento de tensão entre construção e desconstrução do paradigma do Estado Democrático de Direito, Sergio Nojiri (2012, p. 337) lança um olhar positivista na relação entre Neoconstitucionalismo e Democracia e deixa claro o perigo existente na criação de um exagerado judicialismo que coloca em risco a relação entre os poderes institucionais da Constituição Federal e a ânsia neoconstitucionalista por concretizar valores morais – escolhidos de acordo com ideologias dos próprios neoconstitucionalistas – diminui o processo de participação e soberania popular, com a eleição de um novo soberano do direito: o Juiz.

Ao tratar dos limites do poder criativo da Jurisdição Constitucional e do Ativismo Judicial, Elival da Silva Ramos (2015, p. 66) defende um positivismo reflexivo e integral no qual, desde que observados certos limites e condições, possam ser completados os espaços deixados em aberto pelo legislador mediante processos interpretativos que levem em consideração os valores fundamentais da pessoa humana reconhecidos em determinada sociedade.

Necessário, assim, que haja a aplicação, por intermédio do Sistema Constitucional, do devido controle na racionalidade das decisões judiciais para que não haja desconstrução do paradigma constitucional de 1988, em especial, nos casos de silêncio da Constituição.

Humberto Ávila (1999, p. 154), ao enfrentar o desafio de definir o Dever de Proporcionalidade, algo tão vago quanto o Silêncio Constitucional, nos ensina que institutos dessa natureza devem ser diferenciados quanto a outras categorias, com as quais não se identificam, para que lhes sejam atribuídos significado normativo autônomo, uma vez que há conceitos diversos referentes a fenômenos normativos diferentes. Continua Ávila no sentido de que definir adequadamente tais institutos deve permitir que sua interpretação tenha referência ao Ordenamento Jurídico brasileiro e para sua aplicação haja critérios racionais e intersubjetivamente controláveis.

Em conclusão, Humberto Ávila (1999, p. 178-179) escreve que:

As definições acima enunciadas evidenciam, mais uma vez, que há fenômenos diversos a serem compreendidos. Se todos eles serão explicados mediante o emprego do termo "princípio" é secundário, a não ser que a denominação, pretendendo explicar, termine por confundir. Tratar fenômenos diversos empregando um só termo dificulta a interpretação e a aplicação do Direito, impede a fundamentação (intersubjetiva) baseada em critérios racionais, limita a possibilidade de controle das decisões. Quanto mais consistentes forem as definições de categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito, mais se ganhará em certeza e segurança jurídica. Finalidades essas, aliás, instituídas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, e que não podem ser,

simplesmente, ignoradas. Isso sem falar que um sistema jurídico é tanto mais coerente quanto mais específicas forem as conexões entre os seus elementos, maior o número de conceitos gerais que possam explicá-lo e maior o número de casos que abranger. Um caminho sem fim, a ser insistentemente trilhado.

E na aplicação de um Sistema Constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais a evitar a desconstrução do paradigma constitucional e para conciliar as propostas neoconstitucionais e a Democracia deve ser respondido o questionamento feito por Monica Herman Caggiano (2011, p. 19):

Ora, destas posturas desconstrutivas é que dimanam os movimentos a preconizar a remodelação do constitucionalismo. Sob esta roupagem diferenciada, a Constituição viria albergar valores, os valores da sociedade que ela – a Constituição – estrutura e organiza juridicamente. À lei compete efetivamente prescrever as políticas públicas; aos Tribunais, porém, é atribuída a principal responsabilidade quanto ao alinhamento da lei aos valores estabelecidos para comandar a democracia praticada. O Judiciário passa a protagonizar o papel de “guardião da democracia”. Impositivo reconhecer que a sociedade do século XX e a que aporta no presente apresenta-se muito diferente quanto às expectativas em relação ao Estado. A cidadania sofreu profunda remodelação. E o Estado ganhou a responsabilidade direta e irrefutável de amoldar as políticas públicas de forma a atender as perspectivas da cidadania no complexo mundo contemporâneo pigmentado pelos fenômenos da globalização e do multiculturalismo. A questão que se coloca, no entanto, é a pertinente à elasticidade, flexibilidade e mutabilidade que impregnam a teoria denominada ‘neoconstitucionalismo’ que opera com valores. Abandonada a ideia da rigidez, da superioridade, da estabilidade e da previsibilidade constitucional, como serão resguardados os direitos fundamentais? Qual exatamente o instrumento e mecânica a preservar a segurança jurídica?

Em resumo, quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição?

Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Morias (2014, p. 109-110– item 6.2.3 – livro digital) defendem que o conteúdo transformador da realidade apresentado pelo Estado Democrático de Direito atua como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de uma nova sociedade, diante do caráter incerto da Democracia (falam em “crise política e da representação”).

Sobre a citada participação democrática fomentada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, Rubens Beçak (2014, p. 83, item Conclusão, livro digital), ao tratar do aperfeiçoamento da Democracia diante da citada crise da Democracia Representativa e da insuficiência dos instrumentos de participação democrática semidireta, escreve:

- a) Não há como prescindir-se da democracia representativa (realizada pelos partidos políticos) pois, mesmo com todas as críticas, não se inventou sistema que a substituísse satisfatoriamente.
- b) A soma de meios de verificação da vontade popular por mecanismos semidiretos (vindo a caracterizar, segundo alguns, a presença de outro modelo democrático) tem provado não ser suficiente para sanar o déficit que o sistema representativo apresenta, provocando-se, ao longo do tempo, o surgimento de outros mecanismos para a sua ampliação.
- c) Para além, a elaboração de novo modelo parece ser uma constante na doutrina produzida nos últimos anos.
- d) Desta premência, surge a visão da deliberatividade como constituindo elemento fulcral para nortear a tomada de decisões; simbolicamente visto por alguns como já prenunciado na época de formação da doutrina democrática.
- e) Aqui vai aparecer a necessidade de reconceituação do conceito de deliberatividade, com a tentativa de fixação de alguns requisitos para a sua verificação.

Destacamos aqui a questão da deliberatividade. Rubens Beçak (2014, p. 71, item 4.4, livro digital) conceitua “deliberação” como a tomada coletiva de decisão, mais precisamente na questão democrática, como “participação em um processo coletivo, no qual a livre exposição de ideias e suas justificativas para que a decisão seja tomada num sentido ou noutro, serão livremente debatidas, com iguais oportunidades”, pressupondo para a efetiva decisão “um tempo razoável para debate e o convencimento reciprocamente provocado”.

Entendemos que a deliberatividade tal como tratada por Beçak pode apontar para possíveis respostas à questão sobre quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição. Nesse mesmo sentido, Monica Herman Caggiano (2011, p. 12):

Sob esta perspectiva, identifica-se no padrão proposto uma leitura moral da Constituição, seguindo a linha explorada também por Dworkin e reconhecendo no texto constitucional a possibilidade de tratamento moral das questões, ensejando um processo de interpretação e argumentação. E, exatamente, esta função interpretativa e argumentativa é que conduz ao exercício deliberativo, decorrente da diversidade de opiniões e posições que impõem o debate, a discussão e a deliberação para alcançar a interpretação que melhor se conformize às demandas e que se apresente mais justa

Em complementação à referida resposta, temos a lição de Conrado Hübner Mendes (2008, p. 219), segundo a qual a interação entre Poderes é inevitável e a interação deliberativa é um ganho que pode levar o controle de constitucionalidade a ser “um mecanismo propulsor de melhores deliberações”, bem como intensificar a legitimidade democrática da decisão tomada, por demonstrar “os pressupostos e condições subjacentes ao valor moral desse processo de decisão coletiva”.

Concluimos, portanto, que a aplicação de um Sistema Constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais a evitar a desconstrução do paradigma constitucional é pressuposto do Estado Democrático de Direito.

E a deliberatividade, com seus instrumentos como as Audiências Públicas e o instituto do *Amicus Curiae*, pode apontar para possíveis respostas à questão sobre quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição.

6 CONCLUSÕES

Verificamos que o risco da ausência de uniformidade metodológica e de categorias da hermenêutica sobre o Silêncio Constitucional promove a insegurança pela falta de controle da racionalidade das decisões judicial por meio de critérios objetivos, também inexistentes.

Concluimos, portanto, pela necessidade de estudos para promover a efetividade do Sistema Constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais a evitar a desconstrução do paradigma constitucional pressuposto do Estado Democrático de Direito.

A inclusão de ferramentas de deliberação, tais como as Audiências Públicas e o instituto do *Amicus Curiae*, pode apontar para possíveis respostas à questão sobre quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição, mas isso já é assunto para outro artigo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ÁVILA, H. B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BEÇAK, R. A dimensão ético-moral e o direito. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 9, p. 307-320, jan./jun. 2007.

BEÇAK, R. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a "Judicialização da Política". **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 325-336, jan./dez. 2008.

BEÇAK, R. **Democracia**: hegemonia e aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Sólon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Brasília: STF, 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 2 maio 2018.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>. Acesso em: 3 maio 2018.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Brasília: STF, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **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: Diário Oficial da União, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 3 maio 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 maio 2018.

BRASIL. **Recurso Extraordinário nº 593727 (Repercussão Geral)**. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 2 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 371**. Brasília: STF, 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1505468>. Acesso em: 3 maio 2018.

CAGGIANO, M. H. Democracia x Constitucionalismo: um navio à deriva?. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 1, p. 5-42, 2011.

CAMPOS, H. S. O. O Direito Brasileiro, as lacunas constitucionais, o silêncio eloquente e os conceitos jurídico-Constitucionais Indeterminados. **Série Monografias do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 11, p. 319-413, 2011. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1443>. Acesso em: 12 abr. 2018.

CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Tradução de Antonio Manuel da Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DANTAS, D. D. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. 2.ed. São Paulo: Madras, 2005.

DWORKIN, R. M. **Law's Empire**. Cambridge : Harvard University Press, 1986.

FERRAZ, A. C. D. C. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 2. ed. Osasco: EdiFIEO, 2015.

FOLEY, M. **The Silence of Constitutions: gaps, 'abeyances' and political temperament in the maintenance of government**. Abingdon: Routledge, 2011.

LACERDA, B. A.; MÜLLER, M. D. S. As lacunas constitucionais e o direito como integridade: análise de um caso concreto. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n.1, p. 102-118, abr. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2016v20n1p102>. Acesso em: 12 abr. 2018.

LASSALLE, F. **O que é uma Constituição?** Leme: Edijur, 2016.

LOUGHLIN, M. The Silences of Constitutions. **Freiburg Institute of Advanced Studies**, Freiburg, p. 1-16, 2017. Disponível em: http://www.jura.uni-freiburg.de/de/institute/rphil/freiberger_vortraege/silences-of-constitutions-m.-loughlin-manuskript.pdf. Acesso em: 12 abr. 2018.

MENDES, C. H. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciência Humanas, Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOJIRI, S. **Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar Positivista**. Curitiba: Juruá, 2012.

RAMOS, E. D. S. **Ativismo judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCALIA, A. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2018.

SILVA, V. A. D. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, V. A. D. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, V. A. D. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVA, V. A. D. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, 2009.

STRAUSS, D. A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUNSTEIN, C. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TAVARES, A. R. (org.). **Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TRIBE, L. H. Advanced Con Law Seminar: 'Constitutional Silences'. **Harvard Law School**, 2016. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=69406>. Acesso em: 12 abr. 2018.

TRIBE, L. H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

WALDRON, J. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.