



## Ricson Silva: O processo de simbolização do texto constitucional

Vive-se, no Brasil, um período de grande participação do Judiciário em decisões de relevante repercussão nacional[1]. A doutrina e a própria sociedade brasileira tentam entender este fenômeno de politização da justiça e do caráter proativo dos juízes, amparados na interpretação que se tem derivado do texto constitucional.

É que, com a constitucionalização de matérias sociais e com o dever imposto aos juízes de concretização de normas constitucionais, estes têm sido chamados a decidir, notadamente, sobre o desenho e o alcance de políticas públicas.

Pois bem, sabe-se que a Constituição como o estatuto jurídico do político, marco fundamental da sociedade, e ápice hierárquico do ordenamento jurídico, está em permanente mudança. O próprio conceito que se tem de seu papel também passa por uma atualização. As suas respostas a determinados problemas podem com o tempo se tornarem obsoletas e não mais solver as lides de maneira satisfatória.

Ora, tal conjuntura nos impele a agir com esmero quanto ao processo hermenêutico, posto que as respostas terão que ser dadas, não só pelo processo legiferante regular, como também a partir da interpretação dos textos normativos, já que o texto em si, e as possibilidades normativas naturais, não serão mais suficientes diante de situações excepcionais.

Por outro lado, a democracia representativa e tudo o que importa o Poder Legislativo e seu produto de atuação, não podem gratuitamente serem repelidos, de tal forma que o discurso sedutor de mudança, não deve ser utilizado para inserir regras arbitrárias no ordenamento.

Deste modo, sob o prisma de que a atividade judicial, em certa medida, fortalece a democracia, livra-a de maiorias ocasionais, de que forma poder-se-á legitimamente atuar perante o direito sem que tal conduta importe na superação do princípio democrático ou no flerte com arbitrariedades, tão inóspito à segurança jurídica?

Traçar uma linha de ação hermenêutica, que iniba os excessos e legitime os resultados alcançados, é evitar que este fenômeno de “interpretacionismo” desemboque numa ditadura judicial, que por sua natureza, poderá representar um retorno a uma espécie de governo aristocrático dos juízes em oposição às recentes conquistas democráticas.

A questão a ser resolvida é se a interpretação que vem sendo dada pelo Supremo Tribunal Federal a determinadas questões constitucionais pode se transformar em um elemento “simbolizante[2]” do texto técnico-constitucional, na medida em que mitiga a eficácia normativo-jurídica da Constituição, transformando a semântica natural em texto simbólico, em algo desprovido de aplicabilidade, ainda que não se esteja a julgar casos limites.

Será que de fato há uma transformação da norma em texto simbólico? O Supremo tem o poder de retirar eficácia de norma constitucional? A democracia comporta tal atuação? O fenômeno específico da mutação constitucional permite essa atualização do texto constitucional com mudança literal do próprio dispositivo? E ainda, o limite existente no próprio texto, no que concerne a seu sentido semântico e



---

prognósticos de enunciados normativos é realmente eficaz, legítimo e necessário?

A mutação constitucional é um exemplo típico do quanto discutido aqui, já que como procedimento de mudança informal do texto constitucional, leia-se, meio de atualização do texto normativo pelo Judiciário, tem sido utilizada como anteparo a decisões que buscam modificar a semântica natural[3]–[4] do texto normativo e inauguram um decisionismo[5] pernicioso à democracia instalada no país.

Não se desconhece a necessidade permanente de atualização do texto constitucional, entretanto, destaca-se que a se perpetuar tal circunstância, romperemos a fronteira da legitimidade constitucional do Poder Judiciário. Deveras, tal conduta implicará sempre em criação do direito, sendo a mutação constitucional o grande instrumento de tal desiderato, pois torna letra morta, carente de concretização normativo jurídica, a vontade do poder constituinte, seja originário ou derivado, resultante do processo democrático.

O raciocínio, conservador – *self restraint* –, de certo modo aqui exposto, em relação à condição de guarda da Constituição conferida ao Supremo Tribunal Federal, não importa em um retorno à moldura proposta por Kelsen[6], ou mesmo a defesa da existência de uma única decisão correta, proposta por Dworkin[7]–[8], mas sim na expressão de uma necessidade de estabilidade constitucional, sustentabilidade das decisões e respeito pelas opções legislativas[9] e democráticas, sob pena de atribuir ao judiciário um papel proeminente que tende a romper em favor deste, o equilíbrio entre os poderes, ainda que esta idéia hoje não represente mais a clássica visão do barão de Montesquieu[10].

Nesta conjuntura, não é raro observar que alguns juízes tenham sido acusados de legisladores[11]–[12], de usurpadores do poder político-representativo conferido aos parlamentares e de estabelecerem uma espécie de ditadura, ao substituir a maioria parlamentar pelas maiorias dos tribunais recursais[13].

Não é o propósito, frise-se, resgatar a teoria do positivismo clássico, da escola exegética, identificando texto com norma, nem pugnar pela retomada de uma “dignidade da legislação”, mas sim reconhecido que a mutação constitucional é necessária e indiscutivelmente presente no âmbito de aplicação dos textos legais, estabelecer *standards* que expliquem e nos dê limites, cercanias seguras, onde a democracia não se sentirá lesada diante de decisões judiciais proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade, que transformem a vontade do constituinte exposta nas possibilidades semânticas dos enunciados normativos de um texto em uma norma sem efetividade.

Com efeito, a hipótese proposta parte-se da premissa de que a jurisdição constitucional é legítima e como decorrência também a mutação constitucional que em certa medida é um desdobramento hermenêutico da aplicação, criação e atualização do direito. Assim como do reconhecimento de que o texto legal puro e simplesmente é insuficiente para pautar a decisão de um caso concreto ou mesmo a análise abstrata de uma norma perante a Constituição.

Isso, contudo, não significa pugnar por uma interpretação autêntica dos textos legais, ou mesmo ressuscitar a interpretação baseada na vontade do legislador ou um retorno a escola da exegese, mas sim, lembrar que a soberania ainda permanece com o parlamento e que não se pode desvirtuar a ordem natural das coisas e subverter prescrições legais.

Nesta seara, propõe-se, como resposta à problemática enfrentada, a ideia trazida pelo professor Luís Roberto Barroso[14] e também em certo sentido sufragada pelo professor Elival da Silva Ramos[15],



qual seja, a de que a mutação constitucional, e, sobretudo, a hermenêutica constitucional, está mitigada por duas hipóteses: as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que se está sendo interpretado ou afetado e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.

Logo, estabelece-se um modelo, que sem se aproximar o bastante do *self restraint* respeite o máximo possível a lógica legislativa e as possibilidades semânticas das disposições, fazendo a interpretação corresponder ao prescrito pelos enunciados normativos, evitando excessos que permitam afirmar exatamente o oposto do texto legal, pois ao assim se conduzir, estará a magistratura subtraindo poder da soberania popular e desvirtuando o procedimento democrático.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício (2009). *A Retórica Constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto (2009). *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva.
- \_\_\_\_\_. (2009). *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva.
- BASTOS, Celso Ribeiro e Meyer-Pflug, Samantha in Silva, Virgílio Afonso da (org) (2007). *Interpretação Constitucional*. 1ª edição. São Paulo: Malheiros.
- CAPPELLETTI, Mauro (1999). *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- DWORKIN, Ronald. (2007). *O império do Direito*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (2009). *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva.
- GRAU, Eros Roberto (2008). *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros.
- JAY, John; Hamilton, Alexander; Madison, James (2009). *O Federalista*. 3ª edição. São Paulo: Russell.
- KELSEN, Hans (2003). *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Saraiva.
- NEVES, Marcelo (2006). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Tradução do autor. São Paulo: Martins Fontes.
- \_\_\_\_\_, Marcelo (2007). *A constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes.
- RAMOS, Elival da Silva (2009). Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional, São Paulo.
- STRECK, Lenio Luiz (2010). *Os modelos de juiz diante da democracia e da divisão de poderes no Estado democrático de direito in Estado Constitucional e organização do Poder*. Tavares, André Ramos, Leite George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang (orgs). São Paulo: Saraiva.
- WALDRON, Jeremy (2003). *A Dignidade da Legislação*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.



[1] “Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. (...) A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa”. Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331.

[2] Cf, Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[3] Quer-se aqui chamar a atenção para a importância do texto, sem cair na ilusão positivista clássica, como adverte o professor João Maurício Adeodato, fazendo referência ao professor Friedrich Müller “[...] o texto limita a concretização da norma e não permite decidir em qualquer direção, como querem diversas formas de decisionismo. Essa proeminência do aspecto formal e, conseqüentemente, da validade, diante de outros conteúdos presentes no cenário político e jurídico, constitui-se em um ‘elemento estabilizador de primeiro nível e um pressuposto insubstituível de sociedades complexas do tipo da sociedade industrial’”. (Adeodato, João Maurício. *A Retórica Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145-146).

[5] A esse respeito, confira-se as palavras do mestre Lenio Streck “Penso que, de algum modo, é necessário enfrentar o ‘estado de natureza hermenêutica’ em que se transformou o sistema jurídico. A ‘liberdade’ na interpretação dos textos jurídicos proporcionada pelo império das correntes (teses, teorias) ainda arraigadas/prisioneiras do esquema sujeito-objeto tem gerado esse ‘estado de natureza interpretativo’, representado por uma ‘guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes’, como que ripristinando a fragmentação detectada tão bem por Hobbes. Cada intérprete parte de um ‘grau zero’ de sentido. Cada intérprete reina nos seus ‘domínios de sentido’, com seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas e etc. Os sentidos ‘lhe pertencem’, como se estes estivessem a sua disposição, em uma espécie de reedição da ‘relação de propriedade’ (neo) feudal. Nessa ‘guerra’ entre os intérpretes – afinal, cada um impera solipsisticamente nos seus ‘domínios de sentido’ – reside a morte do próprio sistema jurídico.” (Streck, Lenio Luiz. *Os modelos de juiz diante da democracia e da divisão de poderes no Estado democrático de direito in Estado Constitucional e organização do Poder*. Tavares, André Ramos, Leite George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang (orgs). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 448)

[6] “Em todos estes casos de indeterminação (polissemia dos textos), intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder a vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” (Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*).



---

Tradução João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 390)

[7] Dworkin, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[8] “Portanto, na interpretação jurídica, não se trata de extrair arbitrariamente de uma infinidade de sentidos dos textos normativos a decisão concretizadora, nos termos de um contextualismo decisionista, mas também é insustentável a concepção ilusória de que só há uma solução correta para cada caso, conforme os critérios de uma juiz hipotético racionalmente justo. A possibilidade de mais de uma decisão justificável à luz de princípios e regras constitucionais parece-me evidente. O problema está exatamente em delimitar as fronteiras entre as interpretações justificáveis e as que não são ‘atribuíveis’ aos textos constitucionais e legais no Estado Democrático de Direito. Como veremos, não se trata de limites estáticos, uma vez que a metamorfoses normativas sem alteração textual podem conduzir à mudança das fronteiras entre os campos das interpretações legítimas e ilegítimas.” (Neves, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Tradução do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 207).

[9] “As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões deste caráter. Não estou convencido disso; mas não é minha intenção argumentar aqui contra revisão judicial da legislação. Penso que é imperativo, porém, que tal reforma não seja empreendida sem uma percepção clara do que é valioso e importante na idéia de uma legislatura e da dignidade e autoridade que a legislação pode angariar.” (Waldron, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.5).

[10] “Observe-se como, nos dias atuais, correntes como o uso alternativo do direito, o ativismo judicial ou a hermenêutica filosófica, apesar de suas diferenças, propugnam exatamente por uma politização do judiciário, entendendo-o como criador de direito e realizador de demandas sociais em defesa dos cidadãos e minorias menos privilegiadas economicamente. E mesmo os mais legalistas e partidários de uma clara separação de poderes reconhecem que esse princípio não pode ser mais compreendido como queria Montesquieu. O que tanto mudou? Basicamente os três aspectos do mesmo fenômeno, colocados no título desta introdução (generalidade da lei, criação do direito pelo judiciário e dissociação entre texto e norma), que irão interferir decisivamente tanto no direito quanto na política” (Adeodato, João Maurício. *A Retórica Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.172).

[11] “Na sua ‘Holdsworth Lecture’ de 1965, Lord Diplock disse que ‘em razão de sua própria função, os tribunais estão constangidos a agir como legisladores’. (Cappelletti, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p.



---

73).

[12] Também alerta para essa problemática o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem “[...] a Constituição faz o Judiciário de censor do Legislativo e, se não o traz a legiferação, o deixa no limiar disso. Mais recentemente, em 2007, o Supremo Tribunal Federal, em razão da omissão legislativa em regulamentar o direito de greve do servidor público, mandou aplicar a lei comum sobre a greve no setor privado. Deu assim um passo á frente no sentido de assumir um papel legiferante (e também no sentido de sua politização). *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204-205.

[13] Cf. Waldron, op. cit. p. 156-157.

[14] Barroso, op. cit. p.127.

[15] “Na escolha da variante exegética (programa normativo) compatível com o espaço de interpretação não se está trabalhando fora da dogmática e sim sob seus pressupostos, já que a opção há de ser justificada racionalmente e de se mostrar coerente com o sistema jurídico em vigor. Admite-se aqui a influência da consciência ética que o intérprete-aplicador partilha com a sociedade em que vive. Não se trata da imposição voluntarista de concepções éticas pessoais, que não atenderiam às necessidades de uma justificação correlata ao desempenho de função estatal, mas da tentativa de expressar o sentimento de justiça radicado no meio social de onde provém o operador do direito e para o qual se dirige. Não se está, por outro lado, a admitir a complementação da ordem jurídica vigente com prescrições provenientes de uma direito natural ou de uma ordem objetiva de valores; ainda que se parta de imperativos éticos construídos em consideração ao que melhor convém à pessoa humana, não se poderá jamais recusar a juridicidade de propostas interpretativas distintas, desde que compatíveis com o espaço que se está a densificar” (Ramos, Elival da Silva. *Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional, São Paulo, 2009, p. 74-75.).

#### **Date Created**

03/09/2016