

Samuel Sales Fonteles

# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

**7<sup>a</sup>** | revista  
edição | atualizada  
ampliada

2024

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

Se hoje prevalece amplamente que o intérprete empresta um sentido à norma interpretada, já vimos que nem sempre foi assim. José Adércio Leite Sampaio relembra que “a interpretação jurídica, durante muito tempo, foi enxergada como um processo metodológico de descoberta do sentido do texto normativo. As palavras encapsulavam a verdade textual, a ser revelada por um intérprete racional, um terceiro imparcial, um sujeito-cientista-intérprete” (2013, p. 410). Embora esta compreensão tenha sido “refutada” pelos estudos mais recentes, foi durante esta época que Savigny elaborou os famosos elementos de interpretação, todos vocacionados a desvelar o sentido subjacente. Pela importância que ainda se dá a esses métodos, seja em manuais ou até em julgados do Supremo Tribunal Federal, opta-se por abordá-los a seguir.

## 2. Velhos elementos de interpretação (Savigny e Ihering)

Como bem observou Eros Grau, na concepção tradicional da hermenêutica, “à moda de Savigny”, “a interpretação nada mais é que a *reconstrução do pensamento do legislador*” (2017, p. 28). Para tanto, o jurista desenvolveu os famosos **elementos de interpretação**.

Em vez de apresentar ao leitor esses vetustos elementos de interpretação, descrevendo-os abstratamente, como fazem todos os Manuais, optamos didaticamente por já contextualizá-los em um caso real. Estudaremos os métodos de Savigny e de Ihering, mas a partir de um caso concreto enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se da maneira mais didática, porque permite ao leitor vislumbrar a *aplicação prática* dessas ferramentas. O caso versou sobre a **condenação criminal de um congressista e a (im)possibilidade de perda automática do cargo de parlamentar, por decisão do STF**.

**Uma vez condenado criminalmente pelo Supremo Tribunal Federal, opera-se a perda automática do cargo do parlamentar ou isso depende de uma decisão por parte da Casa respectiva (Câmara ou Senado)?** A esse respeito, a Constituição enuncia duas regras importantes, que deverão ser *interpretadas*:

**Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:**

(...)

**III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;**

**Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:**

I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

**IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;**

V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

**VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.**

(...)

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será **decidida** pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º – Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será **declarada** pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Este é o pano de fundo daqui para frente. O Ministro Luís Roberto, em um resgate das ferramentas metódicas de Savigny, tentou solucionar este dilema. Contudo, sugerimos que, antes de prosseguir, o leitor desta obra reflita, sozinho, chegando a uma conclusão acerca da melhor interpretação dos dispositivos constitucionais acima. Somente após encontrar o seu *ponto de vista interpretativo*, prossiga na leitura para então descobrir como o jurista da UERJ interpretou essas normas.

Pronto para comparar seu ponto de vista com o do Ministro? É do que passamos a nos ocupar.

## 2.1 Elemento gramatical

A interpretação literal, também conhecida como **especiosa ou farisaica**, é caracterizada pela análise *semântica* do texto, quase sempre, à luz do significado *denotativo* das palavras. A ênfase é dada ao “pé da letra”. Esta é a ideia geral do elemento gramatical.

Contudo, se assim o é na interpretação gramatical *das leis em geral*, quando se trata da *interpretação constitucional*, convém fazer uma observação. A Constituição não é uma lei como as demais, porque ela traduz

um **documento cívico**. Sendo assim, a Lei Maior não deve ser lida como um contrato, cuja compreensão só é possível por advogados. Isso faz com que algumas palavras usadas na Constituição devam ser compreendidas em seu sentido **coloquial** (“homens”, “mulheres”), mas outras possuem um inegável significado **técnico** (“mandado de segurança”, “habeas corpus”).

A verdade é que não há, por ora, um critério seguro para separar o joio do trigo. Ainda não se sabe ao certo quando o constituinte emprega uma palavra divorciada do seu significado coloquial e quando emprega um vocábulo de maneira técnica. Uma boa sugestão é fornecida por Gilmar Mendes e Paulo Gonet, para quem “...é sustentável dizer que, se o constituinte se dedica a disciplinar um assunto de cunho técnico, os termos de que se vale, em princípio, devem ser compreendidos como o são na área do saber especializado” (2017, p. 85).

Voltando ao nosso exemplo prático para trabalhar o assunto, no MS 32326 MC/DF, relatado pelo Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, o STF tratou de conceituar a interpretação gramatical, senão vejamos:

**A interpretação semântica, também referida como gramatical, literal ou filológica, é o ponto de partida do intérprete, sempre que exista uma norma expressa acerca da matéria que lhe caiba resolver.** Embora, naturalmente, o espírito e os fins da norma sejam mais importantes que a sua literalidade, **é fora de dúvida que o sentido mínimo e máximo das palavras figuram como limites à atuação criativa do intérprete.** Do contrário, a linguagem perderia a capacidade de comunicar ideias e se transformaria em mero joguete a serviço de qualquer objetivo.

Pois bem: a norma aqui analisada estabelece, de modo taxativo, que no caso de Deputado ou Senador condenado criminalmente por sentença transitada em julgado, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta. Veja-se: a norma não fala que em caso de condenação por alguns crimes, mas não por outros a decisão será da Casa Legislativa. Tampouco prevê que em alguns casos a decisão será meramente declaratória, a ser tomada pela Mesa, e que em outros caberá ao Plenário, por manifestação secreta e maioria absoluta. Nada disso está dito ou está implícito no texto. Em conclusão: se o texto não comporta a interpretação pretendida, não é possível chegar a ela. Já aqui seria possível encerrar a questão. (MS 32326 MC/DF – Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 02/09/2013)

## 2.2 Método teleológico

Este é o único elemento de interpretação que foi desenvolvido por Ihering, mas que costuma ser estudado e utilizado ao lado dos elementos desenvolvidos por Savigny. No mesmo julgado (MS 32326 MC/DF), para responder à pergunta que formulamos linhas acima (condenação criminal é suficiente para retirar o cargo de um parlamentar federal?), o Ministro Luís Roberto Barroso fez uso do elemento teleológico:

A interpretação teleológica visa à realização dos fins previstos na norma, à concretização, no mundo dos fatos, do propósito abrigado na Constituição. Quais seriam, então, os objetivos visados pelo § 2º do art. 55, ao prever que a decisão sobre a perda do mandato seria da Casa Legislativa? Qual o valor subjacente a tal regra? A resposta me parece inequívoca: preservar a separação de Poderes, garantindo à Casa Legislativa a competência para definir, afinal, acerca da continuidade ou não do exercício do mandato por um de seus membros. Esta não era a única solução possível e, provavelmente, não é a melhor. Mas esta foi a decisão política do constituinte. O Judiciário tem a competência privativa de condenar o acusado às sanções previstas no Código Penal, que são as penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa (CP, art. 32). Porém, quanto a um dos possíveis efeitos da condenação – a perda do mandato –, por afetar diretamente a composição da Casa Legislativa, caberá a ela a última palavra.

Relembre-se que a Câmara ou o Senado têm o poder, inclusive, de sustar o andamento da ação penal contra parlamentar (CF, art. 53, § 3º). Portanto, pela sistemática constitucional, o Legislativo pode até mesmo impedir a atuação do Judiciário. Se assim é, vale dizer, se tem competência para impedir o processo, não é ilógico que possa neutralizar um efeito secundário da condenação, que é a perda do mandato. A esse propósito, não estou de acordo com o ponto de vista de que se a Casa Legislativa não tiver exercido o poder de sustar a ação penal, não poderá deixar de decretar a perda do mandato. Trata-se de juízos políticos distintos, a serem feitos em momento e contexto diversos.

O raciocínio jurídico envolvido na hipótese não é análogo ao que levou ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, por interpretação do art. 226, § 3º, da Constituição. Por duas razões essenciais. Em primeiro lugar, ali havia uma omissão normativa: nem a Constituição nem a lei tratavam do tema. Em segundo lugar, tratava-se do reconhecimento de um direito fundamental à liberdade de orientação sexual e à igualdade entre as pessoas. No caso presente, não está em questão um direito fundamental, mas a exacerbação de um mecanismo de interferência de um Poder sobre outro. Nesse

domínio, ao contrário, a regra geral há de ser a interpretação estrita, não cabendo ao Judiciário esvaziar as prerrogativas institucionais expressamente conferidas a outro Poder, por discordar de sua inspiração. (MS 32326 MC/DF – Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 02/09/2013)

## 2.3 Elemento sistemático

A interpretação sistêmica consiste em efetuar uma leitura holística (global) da Constituição, que é vista de maneira panorâmica, harmonizando as diferentes partes de um todo. Noutro dizer, a Constituição é vista horizontalmente e não verticalmente. Nela, os dispositivos constitucionais são vistos não como ilhas de um arquipélago, mas sim como elos de uma corrente. Das possibilidades metódicas de Savigny, a abordagem sistêmica tem sido a mais prestigiada pela doutrina e jurisprudência.

No que concerne ao uso do elemento sistemático, esta foi a aplicação prática efetuada pelo constitucionalista da Escola Fluminense e Ministro do STF:

**Um sistema pressupõe unidade e harmonia. A interpretação sistêmica situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo a conexão própria com outras normas, de modo a evitar contradições e antinomias.**

No caso em exame, no plano constitucional, cabe verificar as interações entre o art. 55, VI e § 2º e cinco outros dispositivos: (i) o art. 15, III; (ii) o art. 55, IV; (iii) o art. 15, V; (iv) o art. 55, III; e (v) o art. 56, II. Não existe antinomia entre o art. 55, VI e § 2º, de um lado, e o art. 15, III, de outro. Este último dispositivo prevê:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.

A proposição que concilia ambas as normas é relativamente singela e pode ser assim enunciada: a perda ou suspensão dos direitos políticos se dará no caso de condenação criminal transitada em julgado, sendo que, em se tratando de Deputado e Senador, ela estará sujeita a decisão do Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta. Entendimento análogo já fora adotado pelo STF no RE 179.502, Rel. Min. Moreira Alves. Criou-se, portanto, uma regra específica em relação a Deputados e Senadores. E, efetivamente, há um elemento distintivo na situação desses agentes: o fato de serem titulares de mandato parlamentar,

conferido por votação popular. Independentemente de se achar essa solução boa ou ruim, o fato é que a distinção não se assenta em fundamento irrazoável.

Já o inciso IV do art. 553, ao prever que perderá o mandato o Deputado ou Senador “que perder ou tiver suspensos os direitos políticos”, naturalmente, não se refere à hipótese de condenação criminal, que está prevista no inciso VI, logo adiante.

Vale dizer: nos casos de perda ou suspensão dos direitos políticos em geral, a perda do mandato se dá por declaração da Mesa; nos casos de condenação criminal, por deliberação do Plenário. Novamente, qualquer pessoa pode achar que não é boa a solução.

Mas certamente não há antinomia.

O art. 15, V, prevê a perda ou suspensão dos direitos políticos nos casos de improbidade administrativa. Nesse caso, a perda do mandato se dá por simples declaração da Mesa da Casa Legislativa, nos termos do art. 55, § 3º. A única conclusão a que se pode chegar é que o constituinte tratou a condenação por improbidade diferentemente da condenação criminal. É possível criticar tal decisão política. Mas é fora de dúvida que, em relação à condenação criminal, o constituinte foi explícito quanto a caber a “decisão” – não a “declaração” – ao Congresso, ao contrário do que ocorre na suspensão dos direitos políticos motivada por improbidade. Onde há omissão, é possível uma interpretação integradora. Mas onde há norma expressa, não se pode contrair o seu sentido mínimo.

O art. 55, III, prevê uma outra hipótese de perda de mandato – nesse caso a ser apenas declarada pela Mesa da Casa (art. 55, § 3º) –, que envolve o não comparecimento, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada. O art. 56, II, por seu turno, prevê que a licença para tratar de interesse particular não poderá ultrapassar cento e vinte dias por sessão legislativa. Não há igualmente qualquer antinomia, em tese, entre tais disposições constitucionais e o art. 55, VI e § 2º. Nada obstante, elas enunciam uma evidência, que, além de decorrer da realidade fática, é também jurídico-constitucional: o exercício do mandato depende do comparecimento físico do parlamentar às reuniões da Casa. Essa percepção, aliás, é partilhada pela própria Casa Legislativa, como demonstra a decisão de convocar imediatamente o suplente do Deputado condenado, tomada pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

Sem querer distanciar o leitor do caso sobre o qual nos debruçamos (condenação criminal de parlamentar federal e a perda do cargo eletivo), pedimos licença para um pequeno adendo: há outros Ministros do STF

que já se valeram de um raciocínio sistemático por ocasião dos seus votos. Adotando uma interpretação sistêmica, na ADPF 101 (importação de pneus), Eros Grau manifestou-se da maneira a seguir: “...tal como me parece, **essa decisão há de ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é.** Desse último aspecto tenho tratado, reiteradamente, em textos acadêmicos. **Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo** – marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas”. Feita esta observação, voltamos à análise do problema da perda do cargo dos parlamentares criminalmente condenados, desta feita, à luz do método histórico.

## 2.4 Elemento histórico

A Constituição é fruto de uma época. O contexto histórico do nascedouro de uma norma jurídica diz muito sobre ela. Assim, na interpretação histórica, o intérprete examina *documentos relevantes* como os arquivos das Casas Legislativas, os debates e deliberações realizados durante o trâmite do projeto, os fatos sociais que induziram a apresentação da proposição legislativa, eventuais razões de veto presidencial, eventuais emendas ao projeto de lei, dentre outras medidas de pesquisa histórica e documental.

No caso em estudo, Luís Roberto Barroso utilizou o elemento histórico da maneira a seguir:

A previsão de que a perda do mandato, em caso de condenação criminal, deveria depender de decisão do Plenário da Casa Legislativa foi produto de Emenda Modificativa apresentada pelo Deputado Antero de Barros. No parecer elaborado em favor de sua aprovação, há referência ao fato de que a inspiração original do autor da emenda decorria da constatação de que certas condutas, mesmo gerando condenação criminal, não impedem, “moral e politicamente, o exercício do mandato”. Não se coloca em dúvida a motivação subjetiva do autor da proposta. Porém, já na redação apresentada, não limitou ele a incidência da norma a determinada categoria de crimes ou de situações (culposos, sem violência, que não sejam contra a Administração Pública etc.). Ao contrário, deu à exigência de deliberação pelo Plenário caráter geral. Tal sentido abrangente foi endossado no parecer referido, *in verbis*:

“As razões invocadas pelo nobre Autor da emenda convencem-me de que a perda do mandato, na hipótese do inciso VI do art. 68, deve ser resultante de uma deliberação plenária, não se aplicando ao caso a automática declaração dos membros da Mesa, compreensível

quanto aos fatos enumerados nos incisos III a V do artigo citado. Pela aprovação”.

E mais: nos debates que se seguiram à apresentação da proposta, o então Deputado Nelson Jobim afirmou, com todas as letras, e sem qualquer restrição, que a perda do mandato deveria ser uma decisão soberana do Plenário da Casa Legislativa.

Confira-se:

“Visa a emenda a repor (*rectius*: reparar) este equívoco e fazer com que a competência para a perda do mandato, na hipótese de condenação em ação criminal ou em ação popular, seja do Plenário da Câmara ou do Senado, e não de competência da Mesa.

Deste modo, tratar-se-ia de decisão política a ser tomada pelo Plenário de cada uma das Casas, na hipótese de condenação judicial de um Parlamentar, e não teríamos uma imediatez entre a condenação e a perda do mandato, em face da competência que está contida no projeto.

Portanto, faço um apelo aos Srs. Constituintes para que corrijam este equívoco, a fim de que, nas hipóteses de condenação em ação criminal ou em ação popular, a perda do mandato seja uma decisão soberana do Plenário da Câmara ou do Plenário do Senado”.

Confirma-se, então, que, ainda que a inspiração originária do autor da ideia pudesse ser limitativa, o debate constituinte a tornou ampla. E, mais que isso, o texto aprovado é inequivocamente abrangente. Em suma: não é possível afirmar que a intenção subjetiva de um constituinte corresponda ao sentido histórico da norma, mormente quando ela não tenha sido dominante nos debates. Ainda que assim não fosse, é pacífico em doutrina que a interpretação histórica, por si só, desempenha um papel secundário, coadjuvante. Isso porque, uma vez posta em vigor, uma norma se liberta da vontade subjetiva que a criou e passa a ter uma existência autônoma, um sentido próprio, determinado pela objetividade de seu texto. Que, no caso em exame, repita-se, é inequívoco e taxativo. (MS 32326 MC/DF – Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 02/09/2013)

Sem descurar do nosso exemplo alvo (perda do mandato eletivo de parlamentares federais condenados criminalmente), mais uma vez, pedimos vênias ao leitor para lembrar que outros Ministros do STF também se valeram dessa abordagem histórica. Celso de Mello pontuou: “Debates parlamentares e interpretação da Constituição. O argumento histórico, no processo de interpretação constitucional, não se reveste de caráter absoluto, qualifica-se, no entanto, como expressivo elemento de útil indagação das circunstâncias que motivaram a elaboração de determinada norma inscrita na Constituição, permitindo o conhecimento das razões que

levaram o constituinte a acolher ou a rejeitar as propostas que lhe foram submetidas” (ADI MC 2.010/DF, DJU 12.4.2002).

Cumpra registrar que Luís Roberto Barroso não utilizou, no MS 32326 MC/DF, o **elemento lógico**. Este costuma ser estudado conjuntamente com o sistemático, mas foi diferenciado por Savigny. Enquanto o sistemático diz respeito à unidade e coerência das conexões *do ordenamento* (externo ao agente), o método lógico se refere a uma unidade de estruturação *do pensamento* do intérprete (interno ao agente).

**Conclusão:** embora construídos para serem usados a serviço de uma doutrina considerada ultrapassada, qual seja, a de que o intérprete deve usar métodos para descobrir o verdadeiro sentido encapsulado em uma norma, como a pérola que é extraída de uma concha, o fato é que, bem ou mal, tais métodos ainda são empregados nos dias atuais.

Em resumo, é possível sintetizar o *fundamento* dos elementos estudados com as seguintes perguntas e respostas (MARINONI & MITIDIERO, 2019, p. 26):

- **Por que utilizar o elemento gramatical?** Porque, no século XIX, prevalecia a concepção que pressupunha a *norma como texto*.
- **Por que empregar os elementos lógico e histórico?** Porque, para Savigny, a obra era pressuposta como *obra racional do legislador*.
- **Por que fazer uso do elemento sistemático?** Porque, neste marco teórico descritivista, pressupunha-se a norma como *dotada de sentido global*.

O leitor, porém, deve ser advertido mais uma vez: **a hermenêutica mais moderna, segundo a corrente dominante, é ametódica**. Também é crucial observar que, ainda que se admita o enorme prestígio do elemento sistemático e o franco desprestígio do elemento gramatical, **a doutrina majoritária defende que não há hierarquia entre os elementos de Savigny (e Ihering), ou seja, o intérprete é livre para eleger o mais adequado, defendendo ser aconselhável que se sirva de todos eles**.

Com isto, o tópico poderia ser encerrado a contento, não fosse um detalhe. Esta obra chama para si a responsabilidade de fornecer a **visão mais recente e dominante do Supremo Tribunal Federal acerca da (im) possibilidade de perda automática do cargo de parlamentar federal, em razão de decisão condenatória criminal. Afinal, o que tem prevalecido na jurisprudência do STF?** Embora o tema não seja o foco deste livro, não podemos nos esquivar dessa problemática, pois ela foi abordada e precisa ser esclarecida.

No célebre caso do mensalão (AP 470, j. em 17/12/2012), o STF entendeu que a perda deveria ser tida como um efeito automático decorrente da condenação, baseando-se no artigo 92 do Código Penal. Esse também foi o entendimento sufragado no julgamento do parlamentar Natan Donadon (AP 396/QO, j. em 26/06/2013). Portanto, até então, vigorou a concepção pela qual a perda seria automática, não dependendo de decisão da respectiva Casa Legislativa. É de se ressaltar que, na doutrina, ainda há respeitáveis juristas que sustentam esta corrente, a exemplo de Masson e Marçal (2018, p. 107).

Contudo, **no julgamento do congressista Ivo Cassol (AP 565/RO, j. em 08.08.2013), o STF alterou seu posicionamento, para assentar, em decisão proferida pelo Plenário, que a perda do mandato parlamentar dependeria de decisão da Casa Legislativa respectiva (Senado para senadores e Câmara para deputados)**. Sem dúvidas, este é um dos mais importantes precedentes sobre o tema, pois oriundo do Pleno. Em tese, esta ainda é a posição do Excelso Pretório, embora esteja perdendo força.

Após o precedente narrado acima, o Ministro Luís Roberto Barroso, *em decisão monocrática e liminarmente* (02/09/2013), manifestou o entendimento de que a regra realmente é a de que a perda do cargo depende de decisão da Casa respectiva (confirmando, portanto, o julgamento do Plenário na AP 565/RO), entretanto, *isso não se aplicaria quando o parlamentar fosse condenado a regime fechado e a condenação fosse superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar* (MS 32.326/DF). Ou seja, Barroso ratificou a decisão do Plenário, mas apontou uma exceção: quando o parlamentar é condenado a regime fechado por tempo superior ao mandato que cumpriria. Chamamos a atenção do leitor para o fato de que, embora seja um julgado mais recente, sua importância é menor, porque proveniente de um único Ministro e firmada em cognição sumária (liminar). **Este foi o caso que estudamos nesta obra para entender os métodos de Savigny!** Não é o mais representativo no que concerne ao assunto, mas é o mais didático para a compreensão da Hermenêutica Constitucional.

Por fim, em 02/05/2017, o STF voltou a se debruçar sobre o tema, porém, por meio da sua 1ª Turma. Este órgão fracionário apontou uma exceção ainda mais específica à regra geral de que a perda do mandato deve sujeitar-se à decisão da Casa Legislativa respectiva: **haverá perda automática quando a condenação ao regime fechado ultrapassar 120 (cento e vinte) dias**. Isso porque, segundo o artigo 55, III, da Constituição Federal, o parlamentar que não comparecer a 1/3 das sessões ordinárias *automaticamente* perderá o mandato (AP 694/MT). Inspirado nesta regra,

portanto, a 1ª Turma do STF entendeu que uma condenação a mais de 120 dias de regime fechado seria causa idônea para a perda automática do cargo. Resumindo e simplificando:

- **Regra:** a perda do mandato do parlamentar condenado criminalmente depende de decisão da Casa Respectiva (STF, Plenário, AP 565/RO, j. em 08/08/2013). Obs.: isso vale principalmente (mas não apenas) nas condenações a um regime semiaberto ou aberto.
- **Exceção:** se a condenação ao regime fechado ultrapassar 120 (cento e vinte) dias, a perda se daria pela inassiduidade a 1/3 das sessões, portanto, automática e independentemente de decisão da Casa Legislativa (AP 694/MT, 1ª Turma, j. em 02/05/2017).

De toda sorte, o leitor deve ficar atento. É de bom alvitre advertir que esta exceção criada pela 1ª Turma do STF está sendo questionada pela própria Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, representada pelo seu Presidente. Isso porque a Mesa Diretora ajuizou a ADPF 511, exatamente para fazer valer a regra mencionada (a perda do mandato do parlamentar condenado criminalmente depende de decisão da Casa Respectiva). Nesta ação, o postulante almeja padronizar a orientação no Tribunal, para que a 1ª Turma adote o posicionamento do Plenário (harmonizando-se com a 2ª Turma).

Com os esclarecimentos acima, cumprimos nossa responsabilidade de bem informar. Repetimos que o exemplo trabalhado para que o leitor compreenda os métodos hermenêuticos não espelha a jurisprudência mais relevante do STF. Sigamos.

### 3. Outros cânones hermenêuticos

O fato é que o Supremo Tribunal Federal, por vezes, utiliza parêmitas romanas, princípios de hermenêutica milenares, mas de maneira acrítica e não técnica. Ilustrativamente, no RE 666418 AgR/SP, o Ministro Luiz Fux se serviu da máxima hermenêutica *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, por força da qual **“onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”**. Cuida-se de uma máxima usualmente empregada como justificativa para o emprego da chamada **analogia constitucional**. Contudo, a verdade é que sua aplicação tem sido controversa na jurisprudência do STF.

Apenas para exemplificar, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Dentre as inúmeras razões declinadas como *ratio decidendi*, a Corte elencou o “ (...) Direito à livre busca da

felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade (...)", além do "...*combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros*" (ADPF 132 e ADI 4277). De mais a mais, a decisão encontrou sustentáculo no chamado "princípio do afeto" e na "dignidade humana", pelos quais não seria franqueado ao legislador impedir a felicidade, o afeto e a formação de uma família por pessoas do mesmo sexo.

Pelas mesmas razões, é de ser suscitada a inconstitucionalidade do Código Civil, quando proíbe que genros (viúvos) se casem com as suas sogras (art. 1521, II). Não teriam também eles (genros e sogras ou sogros e noras) o direito à felicidade, ao afeto, à autonomia da vontade e à dignidade humana? Valendo-se da parêmia romana invocada pelo Ministro Luiz Fux, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* ("**onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito**") – RE 666418 AgR/SP). O mesmo cânone hermenêutico, aliás, justificaria a inconstitucionalidade da proibição de casamentos poligâmicos. Ora, se o afeto, a dignidade humana, a livre busca da felicidade e a autonomia da vontade permitem que se flexibilize a barreira do gênero (homem x mulher), por que não justificaria o rompimento da barreira do número (monogamia para poligamia)? Sob esse prisma, nada justificaria, constitucionalmente, a discriminação de três pessoas, adultas e capazes, que desejam convolar uma união civil. Por que dois homens que se amam podem casar, mas três homens que se amam não podem casar? Feitas essas considerações, pergunta-se: o Supremo Tribunal Federal teria a coragem de aplicar a mesma regra de Direito, em um raciocínio analógico? A resposta é intuitiva.

E o tempo mostrou que estávamos certos. Após o registro das críticas acima, no ano de 2020, em uma causa de índole previdenciária que tinha como pressuposto lógico o reconhecimento de uniões estáveis paralelas, o STF simplesmente negou esta possibilidade (RE 1.045.273).

Vê-se com clareza meridiana que o cânone hermenêutico *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, utilizado pelo STF no RE 666418 AgR/SP, pode acabar sendo desvirtuado, para atuar como mais uma ferramenta retórica a serviço da mais Alta Corte, que dela faria uso seletivamente quando lhe apraz. Não há rigor científico ou metodológico em muitos desses cânones hermenêuticos.

A título de informação, há muitos outros cânones hermenêuticos, alguns ainda não utilizados (explicitamente) pelo STF. Antonin Scalia, em

sua obra “*A Matter of Interpretation – Federal Courts and The Law*”, lista alguns deles, a saber (1997, pp. 25-29):

- a. *expressio unius est exclusio alterius*: trata-se da interpretação *a contrario sensu*. Se está dito que pessoas com camisa azul podem entrar na sala, é válida a inferência de que aquelas de camisa verde estão proibidas de ingressar no recinto.
- b. *noscitur a sociis*: as palavras e seus significados são compartilhados como tais por uma comunidade que os emprega. A depender do contexto, “manga” pode significar a parte de uma roupa (“manga da camisa”) ou uma fruta (“manga da árvore”).
- c. *ejusdem generis*: significa “e tais como”. Quando o Código Penal brasileiro fala em homicídio qualificado porque cometido mediante paga ou promessa de recompensa, “ou por outro motivo torpe”, a cláusula final deve ser entendida como limitadora dos elementos anteriormente listados no dispositivo.

Na visão de Antonin Scalia, a despeito de muito criticados, muitos cânones hermenêuticos são intuitivos, racionais e difíceis de serem refutados, ou seja, eles expressam aquilo que poderia ser considerada como a maneira *natural* de interpretar. De fato, quando o Ministro Luiz Fux averba que “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”, outra coisa não faz a não ser proclamar a isonomia entre os jurisdicionados. É intuitivo e racional que assim o seja. Para Scalia, grande parte das críticas endereçadas aos cânones se deve ao fato de estarem (os cânones) expressos em latim. O falecido Justice da Suprema Corte Norte-Americana sustenta que, quando os cânones estão expressos em inglês, as proposições parecem expressar o que é sabido e consabido. Scalia não rejeita os cânones, mas também não os coloca em uma posição a cavaleiro da crítica. De uma maneira geral, na visão do *Justice*, os cânones interpretativos não passam de *obviedades*.

Bem apresentados os cânones hermenêuticos, sem qualquer pretensão de esgotá-los (há inúmeros), repita-se: **lamentavelmente, não há uma maneira científica ou um rigor metodológico no uso dessas ferramentas pelo Supremo Tribunal Federal. Nem mesmo existe consenso doutrinário acerca do caráter *normativo* (se são mesmo normas jurídicas!) dos tais cânones.**

#### 4. Texto e norma

Uma das lições mais elementares, no estudo da hermenêutica constitucional, é a distinção entre texto e norma. Perceber essa diferença é

**há diferenças. Eu considero a liberdade e a igualdade como princípios de graus fundamentalmente iguais que podem colidir. A visão de Dworkin da igualdade (*equal concern*) como virtude mais elevada da comunidade política (*sovereign virtue*) exclui isso. Não é a igualdade o conceito fundamental, que expressa a harmonia desejada, mas sim a correção. Tanto a liberdade quanto a igualdade estão submetidas a esta ideia regulativa.”**

No Brasil, talvez o autor mais influenciado por Dworkin seja Lenio Streck. Também é possível perceber a influência de Dworkin na primorosa obra de Bernardo Gonçalves Fernandes.

## 17. O pensamento jurídico de Cass Sunstein

Em um tom didático, é possível dizer que, para Cass Sunstein, “*menos é mais*”. Esse é o espírito daquilo que o Professor de Harvard decidiu cunhar de **minimalismo judicial**. Cuida-se de uma corrente que propõe uma abordagem de jurisdição constitucional que *não se aventura no excesso de linguagem*, tampouco na apreciação de questões que não guardem conexão *direta* com o objeto da causa. A ideia é julgar unicamente o caso que se tem em mãos, sem qualquer pretensão de julgar casos semelhantes. A vantagem dessa postura marcada pela prudência é a redução de conflitos com outros casos e com a própria sociedade.

Por exemplo, no voto-vista proferido no HC 124.306, quando se discutia a prisão de pessoa pelo crime de abortamento no primeiro trimestre, Luís Roberto Barroso fez uso da oportunidade para fazer constar da ementa: “[...] *já que homens não engravidam* [...]”. Porém, na ADO 26, quando foi julgada a criminalização da homofobia, o Ministro Celso de Mello também fez uso da oportunidade para registrar que “*Ninguém nasce mulher: torna-se mulher*”. É fácil perceber que as duas opiniões se repelem. São elas mutuamente exclusivas, isto é, o acerto de um implica necessariamente o desacerto do outro. Para o STF de Barroso, é impossível que homens engravidem. Já para o STF de Celso de Mello, pessoas nascidas com útero, desde que não se tornem mulheres e eventualmente se reconheçam como homens (trans), poderão, sim, engravidar. Portanto, adotando-se o ponto de vista do Ministro Celso de Mello, que buscou apoio nos escritos de Simone de Beauvoir, homens também engravidam. Barroso, por sua vez, redigiu um voto onde não admite que homens possam engravidar. Para piorar o cenário, nenhuma das causas sob exame exigia digressões tão profundas. O que o STF entende sobre o assunto, que sequer guardava relação direta com os temas discutidos – não se tratava de um antecedente

lógico ou pressuposto a ser enfrentado para o deslinde do feito –, é cada vez mais confuso. Essa simples demonstração prática revela a maneira desajeitada com a qual Juízes se contradizem em temas alheios à pretensão deduzida em juízo. Isso porque era perfeitamente possível concluir pela criminalização da homofobia ou pela liberdade ambulatorial do paciente sem elucidar sobre aspectos outros. Ambas as opiniões externadas pelos Ministros são dignas de respeito e contam com a adesão de uma fração da sociedade, mas, repita-se, o objeto das classes processuais indicadas não reclamava que o tribunal fosse tão longe assim.

Dito isto, parece muito claro que **repugna ao minimalismo judicial de Cass Sunstein a adoção de construtos como a “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes”**, pela qual não apenas a parte dispositiva do acórdão, mas até mesmo a *ratio decidendi* de um julgado teria efeitos vinculantes a ser exercido sobre outras demandas. A propósito, **o STF não tem admitido a “Teoria dos Motivos Determinantes” (Plenário, RCL 8168/SC) e, na opinião do autor que vos escreve, esta rejeição poderia ser considerada como um ponto de afinidade com a abordagem minimalista de Cass Sunstein**, embora haja tantos outros julgados que evidenciam um distanciamento deste marco teórico.

Maria Eugenia Bunchaft, em um interessante artigo sobre o minimalismo judicial, assim conceituou essa abordagem (2011, pp. 154-155 e 163):

Cass Sunstein (...) defende a limitação da atuação jurisdicional das Cortes. O autor delinea a tese de um “minimalismo judicial,” de acordo com o qual as Cortes não deveriam decidir questões desnecessárias na resolução de um caso, de forma a respeitar seus próprios precedentes e exercer as denominadas “virtudes passivas”, no que se refere ao uso construtivo do silêncio.

(...)

A abordagem minimalista de Sunstein (...) defende que a ampliação da atuação judicial em questões técnicas de alta complexidade e moralmente controvertidas suscitaria efeitos colaterais negativos, sob o aspecto democrático.

Para Cass Sunstein, de uma maneira geral, Juízes devem ser cautelosos, cultivando uma postura de autocontenção (*judicial restraint*) no que concerne à escolha de valores. Desse modo, como regra, deverão enfrentar as causas de maneira *estreita e superficial*. Em caráter excepcional, em casos muito específicos, seria aconselhável uma postura mais ousada, que o autor decidiu batizar de **maximalista**, quando, então, o Juiz proferiria uma decisão com profundidade e largura.

Abordagem minimalista (regra)	Abordagem maximalista (exceção)
Superficialidade ( <i>shallowness</i> )	Profundidade ( <i>depth</i> )
Estreiteza ( <i>narrowness</i> )	Largura ( <i>width</i> )

Portanto, entre uma abordagem *minimalista* ou *maximalista*, Sunstein prefere aquela a esta. Noutras palavras, o autor tem uma predileção pela postura minimalista do Judiciário, embora reconheça que, em alguns casos, é de todo recomendável assumir um perfil maximalista. *Grosso modo*, apenas para facilitar o conteúdo ministrado nesta obra, é como se o jurista norte-americano asseverasse que, na vida social, convém ser tímido e discreto na maioria das ocasiões, embora algumas circunstâncias possam demandar uma postura extrovertida e impetuosa.

A discussão é bastante atual.

Nos dias hodiernos, questões ainda não amadurecidas pela sociedade têm sido julgadas pelo STF, que nem sempre tem a prudência de uma abordagem minimalista. Aliás, Ministros comparecem em programas de auditório, concedem entrevistas onde proferem declarações políticas, polemizam, antecipam seus votos *etc.* Em suma: alguns Ministros e juízes padecem de uma verdadeira *incontinência verbal*.

**Um (contra) exemplo prático pode ser vislumbrado na sinalização de que o abortamento no 1º trimestre de gravidez não seria crime (HC 124.306/RJ).** No Direito brasileiro, a prisão preventiva depende do *fumus comissi delicti*, assim entendido como a prova da existência do crime e o indício suficiente de autoria, além da presença do *periculum libertatis*, isto é, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, de aplicação da lei penal ou para conveniência da instrução criminal. Tais exigências são *necessárias*, mas não são suficientes. Noutras palavras, a prisão preventiva depende da conjugação do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, mas, sozinhos, esses requisitos não se prestam à fundamentação dessa prisão cautelar. Para além disso, devem se verificar, pelo menos, uma das hipóteses do artigo 313, quais sejam: crime doloso punido com pena privativa de liberdade que suplante 4 (quatro) anos; reincidência da pessoa custodiada ou crime de violência doméstica contra vulneráveis, para que se garanta a aplicação das medidas protetivas. Por fim, a situação deve possuir uma gravidade que torne desaconselhável a aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão (*untermassverbot*).

*Grosso modo*, é isso. O ordenamento até aponta outras poucas situações (art. 313, parágrafo único e art. 366, CPP), mas preferimos parar por aqui. O importante, para o raciocínio acerca do minimalismo judicial proposto por Cass Sunstein, é saber que todas as exigências acima são *prejudiciais*, isto é, na falta das primeiras delas, sequer se avança na análise das demais.

Feitos esses esclarecimentos, figure-se: indivíduos mantinham uma **clínica de aborto** e foram presos em flagrante pela prática de quatro abortamentos. O Juiz de Direito concedeu liberdade provisória, mas o Ministério Público interpôs um recurso em sentido estrito para o Tribunal de Justiça, conseguindo que fosse decretada a prisão preventiva dos infratores. Um *habeas corpus* foi impetrado para o STJ, que não o conheceu, mas asseverou que a prisão era legal. Em vez de interpor o recurso ordinário constitucional para o STF, impetraram um *novo HC*, vulgarmente conhecido como *habeas corpus* substitutivo.

Como bem reconheceu o Ministro Luís Roberto Barroso, “*Nos termos da jurisprudência majoritária desta Primeira Turma (HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio; HC 128.256, Rel. Min. Rosa Weber), nessa hipótese, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, por inadequação da via processual*”. Bastava isso. Sucede que o STF decidiu contrariar a sua jurisprudência, para examinar o mérito. Com esta simples decisão de incursão meritória, **trocou a superficialidade (shallowness) pela profundidade (depth)**.

Esta foi a ementa do HC 124.306/RJ (destacamos):

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.
2. Em primeiro lugar, **não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312)**. Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

**Mais uma vez, os Ministros poderiam ter parado por aqui. Mais uma vez, entenderam de ir além.** Nenhuma prisão preventiva pode ser, validamente, decretada ou mantida sem o *periculum libertatis*. Porém, a **verbosidade** levou a considerações bem mais **extensas**, inclusive, sobre cosmovisões de conexão indireta com o objeto inicial do HC 124.306/RJ:

3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados

Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

Ao abordar questões sequer ventiladas pelo impetrante e desnecessárias para o afastamento da prisão preventiva, **o STF trocou a estreiteza (*narrowness*) pela largura (*width*)**. Por óbvio, **em caráter *obter dictum* (de passagem)**, os Ministros poderiam perfeitamente elucubrar acerca do acerto ou desacerto da criminalização do abortamento, mesmo sabendo-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) protege a vida “*desde o momento da concepção*” (art. 4º, 1).

A grande verdade é que, no HC 124.306/RJ, o Supremo Tribunal Federal tentou mimetizar o **caso *Roe v. Wade* (1973)**, quando a Suprema Corte Norte Americana permitiu o abortamento nos Estados Unidos. Ora, exatamente pela sua predileção por uma abordagem *minimalista*, **Cass Sunstein criticou a abordagem maximalista efetuada no caso *Roe v. Wade***. Referindo-se aos efeitos desastrosos deste precedente, Cass Sunstein, citado por Bunchaft (2011, p. 157), elenca:

(...) a decisão contribuiu para a formação da “maioria moral”; ajudou a derrotar a Emenda dos Direitos Iguais; impediu que eventualmente se chegasse a soluções de consenso para o problema do aborto; e enfraqueceu as bases do movimento feminista gravemente pela identificação dele como um movimento de uma única questão do aborto, pelo incentivo e organização da oposição e pela desmobilização de aderentes em potencial.

É preciso esclarecer ao leitor que o fato de Cass Sunstein criticar o fato de um tema dramático como o aborto ser trazido para a arena judicial não significa, absolutamente, que ele discorde do mérito da decisão que descriminaliza essa prática. Um *minimalista* pode até considerar como correto o resultado de uma dada decisão (pode considerá-la justa), mas, ainda assim, entender que o processo democrático amadureceria o dilema de maneira muito mais saudável. Não há contradição nisso. Aliás, é bom que se diga que **Cass Sunstein faz parte do grupo de juristas que enxerga o *backlash* como um indesejável efeito colateral, que, por conseguinte, deve ser evitado pelos Juízes em suas decisões**.

Logo, a partir das considerações tecidas, é razoável intuir que o exemplo que fornecemos (STF, HC 124.306/RJ) provavelmente seria visto com muitas reservas pelo Professor de Harvard e por qualquer adepto do