Samuel Sales Fonteles

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Prefácio
Dayse Braga Martins

10ª edição

2027

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

legítima ao dever genérico de falar a verdade. A regra inicial, então, se transmudaria para "fale a verdade, exceto se for para me surpreender positivamente em uma festa de aniversário ou me proteger da minha temporária ausência de freios inibitórios". Certamente, com o passar dos anos, a regra original sofreria inúmeras mutações, para comportar exceções cada vez mais específicas e inusitadas.

12.2 Fundamento

É fácil concluir que a vida pode apresentar infinitas hipóteses casuísticas que justificariam a flexibilização de uma regra, que escapam da previsibilidade do legislador, mas nem por isso são reputadas como injustas. **Este é o fundamento da derrotabilidade das regras: a não ser por meio de dons premonitórios, é impossível ao legislador antever todas as hipóteses reais que justificariam fosse excepcionada a regra que pretende elaborar.** Juliano Taveira Bernardes assevera:

> E dessa incapacidade de antecipação normativa derivam exceções implícitas em número diretamente proporcional ao das múltiplas variáveis presentes nos diversos tipos de conduta que se pretende regular.

A questão nevrálgica é: como transportar esse raciocínio para o mundo do Direito, sem que a autoridade imanente às normas jurídicas seja desafiada? Poderá um Juiz, que não é onisciente, sondar a mente do elaborador da lei, para adivinhar aquilo que ele excepcionaria ou não? Na prática, com base em meras conjecturas, é possível negar a incidência de uma lei existente, válida e eficaz?

É possível, mas não é provável. E quase nunca deverá acontecer. Cristiano Chaves de Farias batizou esses casos anormais de "**extreme cases"**. Segundo o membro do Ministério Público da Bahia, "*São casos raros, de pouca ocorrência prática e de difícil solução jurídica e social. Não se confundem com os hard cases (casos difíceis), aludidos pela doutrina, mostrando-se ainda mais complexos estruturalmente e ainda mais escassos*". (2014, p. 29).

12.3 Origem

A paternidade da teoria da derrotabilidade das regras é atribuída a **Hart**, em seu ensaio *The Ascription of Responsability and Rights* **(1948)**. O jusfilósofo empregou a expressão *defeasibility*, cuja tradução para o português é prejudicada pela inexistência de um correspondente exato. Entre nós, o termo quer significar que a regra é superada,

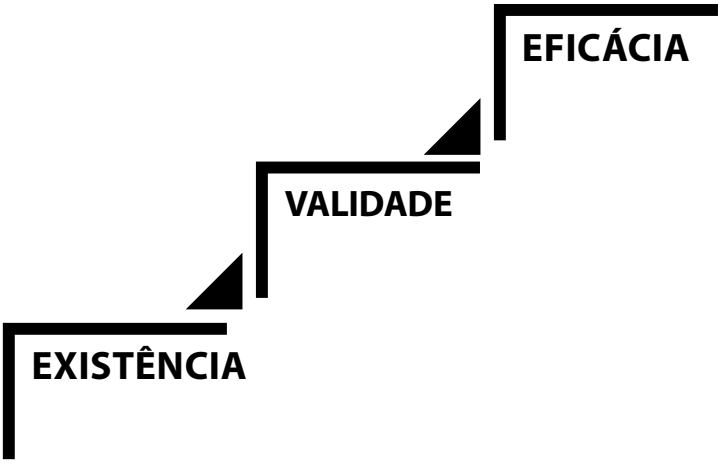
temporariamente vencida, episodicamente derrotada. Sabemos que, na Teoria Geral do Direito, uma norma jurídica incide no suporte fático quando a hipótese abstratamente descrita no arquétipo legal se verifica no mundo fenomênico. Porém, Hart defendeu em seu trabalho que, ainda que isso venha a acontecer, exceções podem impedir a incidência da norma, como se os enunciados normativos contivessem uma expressão imaginária "*a menos que*".

A esta altura, cumpre indagar: quem pronuncia essa derrota? A derrota ou superação de uma norma é pronunciada por um órgão judicante, isto é, Juiz ou Tribunal, devendo fazê-lo na fundamentação do julgado, e não no dispositivo. Afinal, se a norma é afastada apenas episodicamente, é porque permanece em vigor para os demais casos, razão pela qual a derrota episódica não é acobertada pelo manto da coisa julgada. Se a *res judicata* atingisse a superação de uma regra, a sentença ou acórdão equivaleria à eliminação ou revogação da norma, efeito este que só é franqueado ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça, nos estritos limites do controle de constitucionalidade abstrato. Desse modo, convém repetir: **a derrotabilidade das regras afigura-se como uma prejudicial de mérito, a ser enfrentada incidentalmente na fundamentação do julgado, não sendo atingida pelos efeitos da coisa julgada**. Simetricamente, se é enfrentada incidentalmente no decisório, é porque se aloja na causa de pedir, e não no pedido formulado na exordial.

12.4 Natureza jurídica

No que diz com a natureza jurídica do fenômeno da derrotabilidade, tem-se uma interrupção da sua incidência, judicialmente provocada. **Não se confunde com a antinomia entre regras**, que pressupõe uma lei superior, posterior ou mais específica. Como relembra Luís Roberto Barroso, "*São três os critérios tradicionais para superar os conflitos entre regras: o hierárquico – lei superior prevalece sobre lei inferior; o temporal – lei posterior prevalece sobre lei anterior; e o da especialização – lei especial prevalece sobre lei geral*" (2015, p. 242). Diferentemente, na *defeasibility*, há uma única regra, que é afastada em razão de um ideal de justiça ou dos seus próprios fins. **A norma objeto de derrota não é revogada, nem invalidada, tampouco não recepcionada**. Também não tem sua eficácia suspensa, à semelhança do que ocorre com as normas declaradas inconstitucionais pelo STF, no controle difuso, e

sustadas por resolução do Senado (art. 52, X, CF/88). **Simplesmente, a regra não incide no suporte fático por obra de um órgão judicante, como um curto circuito na sua operabilidade.** Segundo Pontes de Miranda, os atos jurídicos possuíam três planos distintos:



Desse modo, **se prevalece na doutrina que a lei declarada inconstitucional tem um vício no segundo degrau da escada ponteana (plano da validade), a norma derrotada não possui vício algum. Na derrotabilidade das regras, a norma existe, é válida e eficaz, contudo, mesmo percorrendo adequadamente todos os degraus da escada ponteana, não triunfa no caso que normatizou.**

Em um raciocínio de Direito Comparado, podemos observar que **a cláusula "***a menos que***", que implementa a derrotabilidade das regras, pode ser considerada como o avesso da cláusula "***não obstante***" (***notwithstanding clause***)**, esta prevista na Carta de Direitos Canadense de 1982 (Seção 33). Isto porque a cláusula *"não obstante"* permite a aplicação de uma lei, mesmo contrária à Constituição, ao passo que a cláusula *"a menos que"* (*defeasibility*) viabiliza a não aplicação de uma lei, apesar de harmônica com a Carta Magna. São cláusulas antípodas.

Engana-se quem pensa que o tema não se reveste de importância prática, eis que, uma vez assentada a premissa de que o fenômeno da derrotabilidade traduz a **não incidência** *de uma lei*, **o autor que vos**

escreve entende que deverá ser respeitada a solenidade da reserva de plenário, nos termos da Súmula Vinculante n.º 10:

> Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Ora, **se a formalidade da reserva de Plenário justifica-se para afastar a incidência de uma lei inconstitucional, com mais razão haverá de ser adotada para negar efeitos a uma lei constitucional e que, mesmo válida, é derrotada**. Sabe-se que a cláusula de reserva de Plenário (*full bench*) é exigida porque milita em favor das normas uma presunção *juris tantum* de constitucionalidade, razão pela qual se demandou um consenso maior (*quorum* de maioria absoluta) para ilidir essa presunção. Na *defeasibility*, sequer se cogita de qualquer vício que venha a inquinar a norma da mácula da invalidade, ou seja, a providência é sobremodo mais ousada que a anterior: afasta-se a incidência de uma regra, *sem que se declare a sua inconstitucionalidade*. Nesse caso, a Súmula Vinculante 10 é de clareza solar: órgãos fracionários de tribunais não poderão pronunciar a derrotabilidade de uma regra, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário.

Embora, por ora, estejamos convencidos do acerto dos argumentos que declinamos nesta obra, que inclusive foi recentemente adotada pelo STF, o fato é que **o Supremo Tribunal Federal também possui precedentes mais antigos que afastam a necessidade de observância da Súmula Vinculante 10, quando não há um juízo explícito de inconstitucionalidade, mas apenas a ausência de aplicação da norma (Rcl 24284 e Rcl 6944).** Ancorado em tais julgados, Marcelo Novelino sustenta que a derrotabilidade das regras dispensa as solenidades do verbete vinculante n.º 10 (2017, p. 185). Este parece ser o entendimento dominante. Feita esta importante ressalva, podemos avançar nos nossos estudos sobre o tema.

12.5 (In)compatibilidade com o ordenamento brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro previu a derrotabilidade das regras? Mais uma vez, cumpre lembrar: **se a derrotabilidade advém da possibilidade de acomodar exceções *implícitas*, a toda evidência, a resposta só pode ser a de que, *expressamente*, o ordenamento não previu esse fenômeno.** Na jurisprudência brasileira, é raríssimo um julgado que aluda à derrotabilidade das regras. Um dos poucos Tribunais que expressamente fez menção à *defeasibility* foi o Tribunal Regional Federal da 1ª Região,

embora a aplicação do instituto tenha sido levada a efeito de maneira desvirtuada e em uma nítida confusão com o controle de constitucionalidade. Transcrevemos a ementa do único julgado que consta da pesquisa no sistema unificado da Justiça Federal (sem grifo no original):

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE ESTUDANTE DEPENDENTE DE EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DE DESTINO, DE INSTITUIÇÃO CONGÊNERE. *"DERROTABILIDADE" DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 99 DA LEI 8.112/90*. APLICAÇÃO DA PARTE FINAL DA SÚMULA 43 DESTA CORTE. 1. A alegação de que à vista do disposto no artigo 173, § 1º, II, da Constituição, os empregados de sociedade de economia mista e de empresas públicas que exploram atividade econômica não poderiam ser equiparados, para o fim da transferência deles e de seus dependentes, não tem, com a devida vênia, forte relevância jurídica, uma vez que o objetivo da norma constitucional não é restringir os direitos dos empregados daquelas pessoas jurídicas, mas sim não permitir que elas possam competir com as empresas privadas, usufruindo vantagens não aplicáveis a estas. 2. Por outro lado, o disposto na parte final da súmula 43 da jurisprudência predominante desta Corte ("A transferência compulsória para instituição de ensino congênere a que se refere o art. 99 da Lei 8.112/90, somente poderá ser efetivada de estabelecimento público para público ou de privado para privado, salvo a inexistência, no local de destino, de instituição de ensino da mesma natureza") não atenta contra a decisão do Plenário da Suprema Corte que, ao julgar a ADI 3324/DF, relator Ministro MARCO AURÉLIO (Carta Magna, art. 102, § 2º), uma vez que nesse caso (inexistência no local de destino de instituição da mesma natureza), *a vedação em causa é "derrotável", porquanto o legislador, ao editar o dispositivo em referência, não considerou essa circunstância em sua formulação normativa, de forma que o princípio do direito constitucional à educação (Carta Magna, art. 205), bem como o de que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente "derrotam" a vedação contida no referido dispositivo legal.* 3. Embargos de declaração não providos. (EDAMS 00055488020014013500, Juiz Federal Leão Aparecido Alves (CONV.), DJe 18/04/2005)

Mais recentemente, **o STJ admitiu explicitamente o uso da categoria da *defeasibility* no Conflito de Competência 199.079, j. em 13/12/2023**, merecendo destaque o voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi.

Pois bem.

O perigo da derrotabilidade das regras reside, portanto, no fato de que a sua aplicação metodológica quase sempre se dá ao arrepio do Direito posto, desaguando em decisões judiciais *contra legem.* Com uma sinceridade rara e sem maiores cerimônias, Cristiano Chaves de Farias arremata (2014, p. 45): "*Sem dúvida, a admissibilidade da derrotabilidade das regras, ainda que em caráter excepcional, autoriza a prolação de uma decisão contra legem – sem eufemismo ou puritanismo*".

Robert Alexy nos ensina que "*um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida*" (2017, p. 92). No mesmo sentido, como lembra Luís Roberto Barroso, "*uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida*" (2015, p. 242). Sendo assim, o constitucionalista da UERJ aponta que só há duas hipóteses válidas para a não aplicação de uma norma regra, a saber:

a) exceções trazidas por outra regra;

b) inconstitucionalidade da regra a ser afastada.

Embora não mencionado por Luís Roberto Barroso, poderíamos acrescentar ainda uma terceira hipótese, qual seja, a invalidade que deriva do controle de *convencionalidade,* afinal, neste fenômeno, também é possível deixar de aplicar uma lei. Seja como for, a conclusão é a mesma: **a doutrina da derrotabilidade das regras não se amolda a nenhuma das hipóteses** elencadas pelos insignes juristas, pois, **na** *defeasibility***, a norma afastada é válida e nenhuma regra a excepcionou** (expressamente).

Ao contrário do que ocorre no controle de constitucionalidade, na derrotabilidade das regras, a regra objeto de derrota é constitucional. Não há nenhum dispositivo constitucional invocado como parâmetro para, incidentalmente, afastá-la. **Se uma regra é derrotada, o que triunfa sobre ela? A Justiça. Pelo menos, esse é o pretexto. Então, a norma paramétrica migra da Constituição para o ideal de Justiça, o que é de uma porosidade incomensurável.** Afirma-se que uma regra deve ser afastada, não por conspurcar a Carta Magna, mas porque a especificidade do caso concreto convém que ela não seja empregada, em nome do que parece justo.

Em acréscimo à ideia de que a justiça triunfa sobre a norma derrotada, **parte da doutrina tem afirmado que a norma é objeto de derrota não exatamente em nome da Justiça, mas para resguardar os próprios fins que ela se propôs a abrigar**. Pode parecer a mesma coisa, mas não é. A depender do ordenamento jurídico examinado pelo jurista, o fim da norma não necessariamente será justo, e os seus valores poderão ser bons

ou ruins. Uma coisa é afastar uma norma porque sua aplicação se mostra injusta. Outra, bem diferente, é afastar a incidência de uma norma porque se imagina que a própria finalidade, que inspirou seu nascedouro, legitima sua derrotabilidade. Lembremos que, em tese, nada impede que um legislador, impelido por fins não humanistas, elabore uma norma jurídica.

Na doutrina, Cristiano Chaves de Farias perfilha a corrente pela qual a derrotabilidade busca assegurar os fins da norma derrotada (2014, p. 45):

> O fundamento, porém, desse permissivo de decisões contrárias à norma jurídica é, curiosamente, o mesmo que embasa o respeito às normas jurídicas: a decisão *contra legem* é admitida quando necessário para que a aplicação de uma regra não afronte os valores que justificaram a sua elaboração.

Apesar da nossa observação, por honestidade intelectual, registramos que o artigo de Cristiano Chaves de Farias, visto de maneira conglobada, acaba sustentando que a derrotabilidade presta obséquio à ideia de Justiça (e aos fins da norma afastada). Isso se nota claramente em outras passagens do seu meticuloso trabalho.

Em síntese, conjugando ambas as correntes doutrinárias, estas têm sido as "normas paramétricas" usadas como referência para o exercício da derrotabilidade de uma regra: o ideal de justiça ou os fins almejados pela própria norma (*mens legis*).

12.6 Das normas passíveis de derrota

Nem todas as normas admitem derrota, conforme passamos a examinar. Algumas categorias devem ser reputadas como *invencíveis*.

12.6.1 Derrotabilidade de princípios?

É possível a derrotabilidade de princípios? A doutrina não entrou em consenso a esse respeito. Vejamos as duas principais correntes:

1ª corrente: somente regras podem ser derrotadas. Ora, se a derrotabilidade é proveniente de exceções implícitas ao comando geral, que escaparam ao âmbito de previsibilidade do legislador, não há como conciliar esse fenômeno com a estrutura de uma norma princípio. Acolhendo como premissa a doutrina de Robert Alexy, para quem princípios são mandados de otimização, percebe-se que, nos princípios, o legislador já anteviu as adversidades excepcionais e, apesar disso, expediu um mandado para o destinatário da norma: *seja quais forem as circunstâncias adversas, dê o melhor de si para cumprir essa norma, em maior ou menor grau*. Para iluminar

esse tema obscuro, pedimos licença para transcrever a lição de Carsten Bäcker (2011, pp. 61 e 72):

> […] princípios, como mandamentos de otimização, não acomodam exceções nesse sentido. Ao invés disso, as circunstâncias dos casos futuros, juntamente com outras condições – como, por exemplo, princípios concorrentes –, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, parte integral da própria aplicação do princípio. Isso significa que a otimização está necessariamente relacionada a todas as circunstâncias dadas. Assim, para aplicar um princípio é preciso otimizar – e, dessa forma, necessariamente considerar todas as circunstâncias dadas. Portanto, nenhuma exceção pode surgir na aplicação de um princípio. Em outras palavras, princípios não são derrotáveis.

No mesmo trabalho, o constitucionalista reafirma a impossibilidade de derrota dos princípios:

> todas as razões contrárias à realização da finalidade de um princípio devem ser consideradas na otimização, à luz de todas as circunstâncias relevantes conhecidas. Portanto, todas as possíveis razões para exceções já fazem parte do procedimento de otimização. Princípios, em outras palavras, não comportam exceções; eles não são derrotáveis.

Acolhemos a lição do Professor de Kiel. A estrutura de uma norma princípio admite a ponderação com outras normas principiológicas, mas não o afastamento com base em supostas exceções. Princípios não possuem hipótese de incidência, razão pela qual não há que se falar em derrotabilidade de um comando. Se uma norma é expressa pela equação lógica "Se A, então B" (*v.g.* Se João matar alguém, será apenado com reclusão de 6 a 20 anos – art. 121, CP), a estrutura é típica de uma regra, não de um princípio. A derrotabilidade só pode ser acomodada em estruturas dessa natureza, que passam a ser lidas da maneira a seguir: "Se A, então B, *a menos que...*". A exceção *"a menos que"*, então, derrota a consequência B. Uma norma princípio não é expressa pela equação binária "Se A, então B" (*v.g*. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações – art. 5º, I, CF/88). Nota-se, pois, que a estrutura da norma princípio, considerada como um dever *prima facie,* não prevê nenhuma consequência apta a ser derrotada. Esta também é a posição de Thomas Bustamante, em estudos mais recentes (2010, p. 153).

2ª corrente: uma segunda corrente, entretanto, defende a derrotabilidade também dos princípios, a exemplo de Rodrigo Telles de Souza, Sartor, Hage, Peczenik e Humberto Ávila.

12.6.2 Derrotabilidade de normas constitucionais?

O tema é controverso. A nosso juízo, não é possível derrotar normas constitucionais. Isso porque, se admitíssemos que o ideal de Justiça pode afastar a incidência de normas da Constituição Federal, implicitamente acolheríamos a tese de Otto Bachof, para quem há normas constitucionais que podem vulnerar direito suprapositivo, entendimento este já rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 815-3/DF).

Bem ou mal, ainda prevalece entre nós o caráter ilimitado do constituinte originário, ao menos juridicamente. Ainda que uma doutrina mais recente aponte limites éticos, filosóficos ou mesmo advindos dos princípios de Direito Internacional (obrigações *erga omnes*) para o constituinte originário, o fato é que não foi abraçada pelo Brasil a possibilidade de controle a ser exercido sobre normas constitucionais originárias. Quanto às derivadas, é possível cotejá-las com as cláusulas pétreas, não com um ideal de justiça.

Assim, sob pena de frustrar a rigidez constitucional, não se afigura possível sindicar se uma Constituição é justa, de modo a derrotar suas normas. O que se pode fazer, à luz do princípio da concordância prática, é sopesar normas em conflito, o que não se confunde com a derrotabilidade das regras, hipótese esta em que somente há uma norma aplicável e que, a despeito disso, não é aplicada. Na tensão entre normas constitucionais, a antinomia (aparente) é solucionada pelo princípio da proporcionalidade. Se apenas uma norma constitucional é aplicável, não há razões jurídicas para sonegá-la em determinado caso concreto, por supostamente ser um caso anormal em que a incidência da Constituição resvalaria em uma injustiça. Noutro dizer: a incidência da Constituição é sempre bem-vinda, a menos que outra norma constitucional seja prestigiada.

Há, entretanto, uma importantíssima voz em sentido contrário. Merece registro o fato de que, **no ano de 1989, Maria Helena Diniz desenvolveu um aprofundado estudo monográfico (***Norma Constitucional e seus Efeitos***), no qual, na essência, defendeu algo muito próximo da derrotabilidade das normas constitucionais**. **Tal ocorreria nas chamadas lacunas axiológicas.** A consagrada civilista classificou as lacunas nas categorias a seguir:

> A lacuna normativa, que inclui a técnica, ocorre quando houver ausência de norma sobre determinado caso; *a axiológica, se houver norma que, sendo aplicada, acarrete situação injusta*; e a ontológica se dá quando a norma vigente não corresponde à realidade fático-social, ante, por exemplo, o fato de o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso técnico acarretarem o ancilosamento da norma. (1989, p. 64)

O interessante é que, ao contrário das lacunas em geral, caracterizadas pela ausência de norma que discipline um dado caso na vida, as lacunas axiológicas são consideradas como tais porque, embora exista uma lei, a solução trazida pelo ordenamento resvala em uma (suposta) injustiça. Nas palavras da professora da PUC, "Se houver inadequação do texto constitucional em relação a um sistema de valores positivados, ter-se-á a lacuna axiológica" (1989, p.62).

Como consequência do fenômeno das lacunas axiológicas, Maria Helena Diniz sustenta a não aplicação da lei injusta, conforme se colhe do trecho a seguir:

> Se a norma constitucional conflitar com a tábua de valores positivos, que lhe dá sentido, *apresenta uma anormalidade, não devendo ser aplicada e obedecida*. Toda norma vige com pretensão de eficácia, logo, *não lhe pode faltar a finalidade de ser justa* (1989, p. 63, grifo nosso)

É interessante notar que a civilista, com arrimo na doutrina tridimensionalista de Miguel Reale, sustenta a possibilidade de *desobediência civil* de normas constitucionais em desacordo com os valores sociais, normas estas que, a despeito de existentes, válidas e dotadas de eficácia *jurídica*, carecem de eficácia sociológica. Mas não é só. Para além da desobediência civil, a jurista defende ainda a não aplicação da norma constitucional, ou seja, que o Juiz ou Tribunal afaste a norma ao caso subjacente que lhe é submetido em uma demanda. Isto porque usou a expressão "[...] não devendo ser aplicada e obedecida [...]". Logo, tanto seria possível não obedecer quanto não aplicar.

Verdade seja dita, substancialmente, Maria Helena Diniz defendeu a derrotabilidade das normas constitucionais, no longínquo ano de 1989, quando sequer se cogitava falar sobre o assunto no Brasil. Na essência, descabe diferenciar a derrotabilidade das regras e as lacunas axiológicas.

Apesar do brilhantismo com que se ocupou do tema, perfilhamos o entendimento pelo qual **normas constitucionais não podem ser objeto de derrota**, por implicar uma indevida sindicância da criatura (constituinte derivado) sobre a obra do criador (constituinte originário). Não é dado ao poder constituído aferir a legitimidade do que nos legou o poder constituinte. Em se tratando de emendas, o parâmetro são as cláusulas pétreas. Nas oportunas palavras de Lenio Streck, "há, pois, um direito fundamental ao cumprimento da Constituição" (2011, p. 34).

O tema da derrotabilidade de *normas constitucionais* foi enfrentado explicitamente no voto vogal da Ministra Rosa Weber, proferido na ADI

6524/DF. Nele, a Ministra sustenta a possibilidade de derrotar normas da Constituição diante de "eventos anômalos e circunstâncias não previstas pelo regramento constitucional, resultando no afastamento pontual e episódico da regra". Jamais, entretanto, em circunstâncias de normalidade. Na percepção de Rosa Weber, o STF teria admitido a tese da derrotabilidade para afastar normas da Constituição em pelo menos duas ocasiões:

"**Foi o que ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de candidatura à Presidência da Mesa da Câmara postulada por Deputado que havia exercido mandato residual (mandato-tampão) em decorrência da renúncia do titular do cargo**. À falta de previsão específica na Constituição, entendeu-se razoável a interpretação acolhida pela Câmara dos Deputados no sentido de que a vedação constitucional, ao referir-se ao "mesmo cargo", não teria contemplado a situação em que o candidato exercera o cargo de maneira supletiva, pois, nessa hipótese, além de não se tratar de mandato originário, a investidura objetiva apenas a complementação de outro mandato já iniciado (MS 34.574/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 09/08/2018, DJ 13/08/2018).

Esta Suprema Corte também reconheceu a possibilidade de adotar a teoria da derrotabilidade quando admitiu como válida a inclusão de candidatos do Ministério Público do Trabalho com menos de 10 anos de carreira na lista de indicações para compor o quinto constitucional no âmbito dos TRTs. A circunstância excepcional autorizadora da superação da regra constitucional (CF, art. 94) foi a inexistência, à época, de membros do Ministério Público do Trabalho que preenchessem o requisito temporal exigido por aquela regra (ADI 1.289/DF, Relator Ministro Octavio Galloti, j. 18/12/1996, DJ 29/05/1998). [...]"

Este parece, portanto, ser o entendimento dominante no STF: regras da Constituição podem ser objeto de derrota em circunstâncias anormais, imprevisíveis e que escaparam do âmbito de previsibilidade do constituinte. Nesta obra, entendemos que isso representa uma inferência temerária, sobretudo porque o próprio constituinte já pondera conflitos antes de redigir as normas – e durante essa redação. A derrotabilidade de normas constitucionais, portanto, pode mascarar uma ponderação da ponderação.

12.6.3 Outras normas passíveis de derrota

Na doutrina especializada, encontramos monografias que sustentam a possibilidade de **derrotabilidade de atos administrativos**. Para Adriana

S. de Souza, o art. 150 do regulamento do Imposto de Renda pode ser objeto de derrota (2012, pp. 37-55). A posição é minoritária.

O Direito Penal é o ramo da árvore jurídica que mais flertou com a derrotabilidade das regras, mesmo sem se dar conta disso. Os estudiosos das ciências criminais arquitetaram inúmeras teorias para derrotar normas penais incriminadoras, lastreadas em exceções implícitas que escapariam do âmbito de previsibilidade do legislador penal, ou seja, o mesmo fundamento da *defeasibility*. Exemplo disso são as causas *supralegais* de excludentes da culpabilidade, hipóteses que, embora não sejam unânimes, contam com uma razoável aceitação da doutrina.

Prevalece no Brasil a concepção pela qual o crime é um fato típico, antijurídico e culpável (corrente tripartite). São elementos da culpabilidade, a seu turno, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa. Sendo impossível ao legislador antever todas as situações fáticas em que não seria razoável exigir conduta diversa do agente, a doutrina passou a elencar causas supralegais que derrotam a norma penal incriminadora: a cláusula de consciência, a desobediência civil e o conflito de deveres. Ainda que sob um rótulo diverso, substancialmente, trata-se da derrotabilidade das regras, tal como aludida no clássico raciocínio de Hart. Assim, quando René Ariel Dotti leciona com maestria sobre a desobediência civil (2002, p. 428), nada mais está ensinando do que casos anormais que justificam a derrota episódica de uma norma regra (incriminadora). No Brasil, poucos perceberam a conexão entre o Direito Penal e a doutrina da derrotabilidade das regras.

Como diria William Shakespeare, se as rosas não se chamassem rosas, exalariam o mesmo perfume. Muitos institutos e fenômenos jurídicos, ainda que sob outra rubrica, traduzem uma derrotabilidade escamoteada.

13. Interpretativismo e não interpretativismo

No período compreendido entre 1953 a 1969, os Estados Unidos vivenciaram uma época de **intenso ativismo judicial.** Presidida por Earl Warren, a Suprema Corte Norte-Americana proferiu uma gama de decisões progressistas, desagradando setores mais conservadores da sociedade. Historicamente, essa fase da jurisdição constitucional norte-americana ficou conhecida como a **Corte de Warren.** Sem dúvidas, a decisão mais célebre desse período foi **Brown v. Board of Education (1954),** que considerou inconstitucional a segregação racial em escolas públicas.

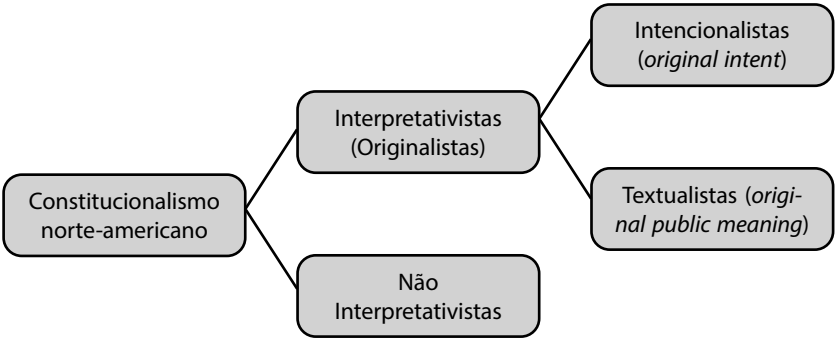
A reação à Corte de Warren não tardou. Presidentes conservadores como Nixon e Reagan passaram a indicar juízes conservadores e republicanos para, alterando a composição da corte, modificar a jurisprudência progressista que vigorava até então. Instaurava-se, nesse pano de fundo, a batalha do não interpretativismo contra o interpretativismo.

O **interpretativismo** sustenta que a interpretação constitucional deve ser realizada para se alcançar o **significado original da Constituição**. Em oposição a essa ideia, o **não interpretativismo** considera que, sendo a Constituição um organismo vivo (*living constitution*), cada geração tem o direito de vivê-la à sua maneira, podendo as normas constitucionais sofrer uma *atualização quanto ao seu significado, ajustando-se aos novos tempos, mesmo sem emendas à Constituição.*

13.1 Do interpretativismo

Já vimos que o interpretativismo prima pelo **significado original da Constituição**, ou seja, é uma **abordagem originalista**. A questão que se nos afigura é: como alcançar esse resultado? O significado original deve ser alcançado pela *vontade dos pais fundadores* ou pelo *texto original?* Valem mais as intenções do constituinte ou as palavras que empregou? Devemos olhar para a *mens legis* ou para a *mens legislatoris?* Uma abordagem subjetivista ou objetivista? São todas formas diferentes de indagar a mesma coisa.

Enquanto o **originalista textualista** trabalha com o **sentido objetivo contido no texto**, o **originalista intencionalista** (*original intent*) trabalha com a **intenção original de quem o elaborou**. Havendo divórcio entre a intenção do legislador e aquilo que claramente foi expressado no texto normativo, um textualista se basearia na redação legislativa, ao passo que um intencionalista preferiria o real propósito de quem o redigiu.



Na dúvida acerca do significado de uma palavra contida na Constituição, um *textualista* pesquisaria obras contemporâneas ao documento constitucional, exatamente para saber que significado aquela palavra possuía à época em que foi empregada. Por exemplo, o Justice Antonin Scalia já admitiu consultar a obra "O Federalista" (Alexander Hamilton, James Madison e John Jay) com o desiderato de verificar o significado de palavras utilizadas na Constituição norte-americana. Qual o significado original da expressão "bem comum", tal como redigida na Constituição americana? Segundo os escritos de James Madison, "bem comum" significava "segurança e felicidade da sociedade". Se a consulta a obras antigas fosse feita por um *originalista intencionalista,* o intuito seria o de perquirir a *intenção* dos *framers* (autores da Constituição Americana).

Em comum, repugna aos interpretativistas a ideia de uma constituição como organismo vivo (*living constitution*), ou seja, para eles e elas, as gerações atuais e vindouras devem viver em conformidade com a decisão política fundamental dos seus ancestrais, *até que emendem o texto*. Alguns interpretativistas mais radicais chegaram a afirmar que uma boa constituição deve ser uma **constituição morta**, vale dizer, cujo significado não se altera ao sabor das novas tendências.

Exemplo prático: na visão de um constitucionalista adepto da corrente do interpretativismo, a Constituição de 1988 teria abrigado a união civil (união estável) entre pessoas do mesmo sexo?

Para um interpretativista *textualista*, a redação da Constituição, ao prescrever a união entre homens e mulheres, não admitiria a união entre pessoas do mesmo sexo: *"...é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar..."* (art. 226, § 3º, CF/88). Isso porque, em outubro de 1988, o significado de homem e de mulher era cromossômico: homens possuem cromossomos "xy" e mulheres são portadoras de cromossomos "xx", a menos que estejamos diante de patologias congênitas. Nos dias atuais, este provavelmente ainda permanece como o entendimento majoritário, mas fração considerável e respeitável da sociedade tem sustentado a distinção entre homens e mulheres *cisgêneros* e *transgêneros*. Seja como for, em uma abordagem textualista, busca-se o significado das palavras *na época em que empregadas pelo constituinte*.

Um interpretativista *intencionalista* buscaria a vontade original dos pais fundadores, vale dizer, do constituinte originário. Para tanto, à semelhança de um arqueólogo, seu trabalho seria reconstituir o passado, examinando documentos idôneos. Dentre esses documentos, talvez o mais relevante

para o deslinde da controvérsia que se nos afigura fosse o **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento B, p. 209)**, a saber:

"O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI:

– Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê:

'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: 'Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE:

– Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):

– Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:

– A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL):

– Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):

– Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).

O documento pesquisado é de clareza meridiana. A julgar pelos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, não foi intenção do constituinte originário abrigar a união entre pessoas do mesmo sexo no instituto da união estável. Poderiam tê-lo feito, mas escolheram não fazer. Não por acaso, o Eminente Ministro Ricardo Lewandowski – que não é conservador –, em voto proferido na ADPF 132 e ADI 4277, corretamente reconheceu que "*Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável*". Portanto, na concepção de um interpretativista *intencionalista*, a questão não se revestiria de qualquer complexidade. Embora isto seja uma obviedade, convém lembrar que o intérprete constitucional originalista pode ser moralmente favorável à união civil entre pessoas do mesmo sexo, mas, segundo essa doutrina constitucional, a moral pessoal não deve exercer influência sobre as questões jurídicas examinadas. Sendo assim, nada impediria que, mesmo um Juiz favorável a essa mudança se abstivesse de reconhecê-la, optando por aguardar a iniciativa do Parlamento. Quem duvida que esta imparcialidade seja possível talvez não acredite que um árbitro flamenguista possa anular um gol do Flamengo.

Pois bem.

Nota-se que, quer se trate de originalistas intencionalistas ou textualistas, a preocupação nuclear do interpretativismo é o **coeficiente democrático**. Juristas interpretativistas até podem concordar que a sociedade merece leis mais modernas, mas apenas compreendem que esse papel deve ser desempenhado pelo Legislativo e não pelo Judiciário.

As principais **críticas** apresentadas ao pensamento interpretativista podem ser resumidas no sentido de que tanto o textualismo quanto o originalismo intencionalista representariam uma **(indevida) influência dos mortos sobre os vivos**, isto é, um governo do passado sobre o presente. É como se as gerações presentes e vindouras se acorrentassem à decisão dos seus antepassados. Juristas como Daniel Sarmento costumam dizer que cada geração tem o direito de viver a Constituição à sua maneira, pois o documento constitucional seria um documento vivo (*living constitution*).

Richard Posner também possui uma visão muito crítica sobre as contribuições científicas do Justice Scalia**.** Em um trabalho intitulado *Against Constitutional Theory*, **Posner sustenta que o "originalismo de Scalia" exige que os juízes sejam teóricos políticos, para saberem o que se entende por democracia, bem assim, historiadores, na medida em que precisarão reconstruir o significado original de documentos de**