

## O LIMBO METASTÁTICO ENTRE A (DES)INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL DO STF, O METAPRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E A CLÁUSULA PÉTREA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

THE METASTATIC LIMBO BETWEEN THE HERMENEUTIC-CONSTITUTIONAL (MIS)INTERPRETATION OF THE STF, THE META-PRINCIPLE OF THE LEGAL RESERVE AND THE STONY CLAUSE OF THE SEPARATION OF POWERS

Vinícius dos Santos Peniche<sup>1</sup>

**RESUMO:** A 1ª Parte – *Os Contornos Doutrinários e Gnosiológicos Afetos à Exegese Constitucional do STF* – traz um apanhado de pensadores na esteira da Filosofia do Direito com fito de guiar o debate de um grau, meramente, fático para um nível mais perfunctório sobre os limites em que esbarra o STF quando de sua suprema interpretação constitucional. Na 2ª Parte – *(Neo)Constitucionalismo Brasileiro: Uma Ponderação acerca das Implicações da Inobservância do Princípio da Reserva Legal* -, o debate ganha novas nuances, pois a questão agora é entender para qual vertente jus-ideológica o STF costuma inclinar-se nas suas interpretações da Carta Magna e as consequências que isso traz para o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Já na 3ª Parte - *Hermenêutica, Lei e STF: A Separação dos Poderes à Luz da Teoria da Autoridade Constitucional Compartilhada e da Teoria das Capacidades Institucionais* – há o ápice da presente pesquisa acadêmica, já que após as ilações das partes anteriores é possível elucubrar uma maneira de “medicar” o limbo metastático que aflige a Suprema Corte do país tendo como esteio as brilhantes teorias alinhavadas no título desta parte.

875

**Palavras-chave:** Hermenêutica Jurídica. Teoria das Capacidades Institucionais. Controle de Constitucionalidade. Princípio da Legalidade. Neoconstitucionalismo.

**ABSTRACT:** The 1st Part - *The Doctrinal and Gnosiological Outlines Affected to the Constitutional Exegesis of the STF* - brings a collection of thinkers in the wake of the Philosophy of Law in order to guide the debate from a degree, merely, factual to a more perfunctory level on the limits in which the STF comes up against its supreme constitutional interpretation. In the 2nd Part - *Brazilian (Neo) Constitutionalism: A Reflection on the Implications of the Non-Observance of the Legal Reserve Principle* -, the debate gains new nuances, as the question now is to understand to which jus-ideological aspect the STF tends to lean in its interpretations of the Constitution and the consequences this brings to the Brazilian Legal System. In the 3rd Part - *Hermeneutics, Law and STF: The Separation of Powers in the Light of the Theory of Shared Constitutional Authority and the Theory of Institutional Capacities* - there is the apex of this academic research, since after the conclusions of the previous parts it is possible to elucidate a way to “medicate” the metastatic limbo that afflicts the country's Supreme Court with the brilliant theories in the title of this part as its mainstay.

**Keywords:** Legal Hermeneutics. Theory of Institutional Capabilities. Constitutionality Control. Principle of Legality. Neoconstitutionalism.

<sup>1</sup>Formação: Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia e Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Damásio Educacional. E-mail: penichevinicius@gmail.com.

## I INTRODUÇÃO

Este estudo tem como intento imediato a identificação dos limites impostos à hermenêutica constitucional do STF no que tange ao assentamento de inteligências jurisprudenciais sobre a lei sem preterir a vontade do legislador quando de sua feitura. Busca aperfeiçoar a atividade exegética do Guardião da Constituição com a extração de fronteiras da própria Carta Magna, da Doutrina e da Filosofia Jurídica com fito de balancear as competências do órgão máximo do Judiciário brasileiro em face dos demais poderes.

A presente pesquisa fora elaborada com o fulcro-mor de analisar os limites impostos à interpretação constitucional do STF, sob um viés filosófico e doutrinário (até certo ponto, pragmático), na concretização dos direitos assegurados na Constituição de 1988, assim como, diante da existência daqueles compreender de que forma eles vêm sendo tratados nos últimos anos. Isso porque é latente o atual protagonismo do STF no controle de constitucionalidade do país - devido à grande demanda judicial de diversas nuances (mesmo políticas) afuniladas e concatenadas às suas onze cadeiras.

Assim, o impacto jurídico deste estudo na comunidade acadêmica é concebível a partir do ponto em que se percebe certo esgarçamento à intelecção exegética do STF nos recentes julgados, cujos parâmetros necessitam de balizamento metódico, com fito de assegurar a aplicação do Princípio da Reserva Legal e do *metaprincípio* da Separação dos Poderes às suas decisões, pois corolários de uma sociedade democrática.

Por conseguinte, no seio social há importante utilidade, pois é conscientizando-se da existência de tais limites hermenêuticos que se pode balancear, na República Brasileira, os três poderes de tal forma que não se acavale e subverta a interpretação constitucional; prevenindo, desta forma, aberrações exegéticas acaçapadas de constitucionalidade, antitéticas à vontade do Constituinte Originário e temerárias à Democracia do Brasil.

Buscou-se, a partir da filosofia e da melhor doutrina, demonstrar que o STF deve obedecer a certos limites hermenêuticos quando de sua interpretação constitucional e apontar potencial solução para a concretização deste controle por parte dos demais Poderes por meio de uma nova releitura da estrutura recursal (e de competência) daquele órgão.

O método que se observa no presente estudo é o dedutivo, pois se partiu de várias teorias filosóficas, *a priori*, a Teoria das Capacidades Institucionais e a Teoria da

Autoridade Constitucional Compartilhada para desenvolver um prelúdio da Teoria do Limbo Exegético-Constitucional Metastático.

## 2 OS CONTORNOS DOUTRINÁRIOS E GNOSIOLÓGICOS AFETOS À EXEGESE CONSTITUCIONAL DO STF

É sabido que, para a teoria e para o pragmatismo jurídico, a hermenêutica do Direito é a chave para a interpretação de conceitos intrínsecos à natureza da lei, seja com fito de desvendar a *mens legislatoris* (vontade do legislador) ou a *mens legis* (vontade da lei)<sup>2</sup>, utilizando-se, para tanto, do teor literal/filológico; de suas ambições históricas; de seu intento final (*telos*) ou de sua razão, propriamente, dita (*ratio*)<sup>3</sup>.

Ocorre que a certos órgãos é dada, segundo a catedrática inteligência de Kelsen, a prerrogativa de *autenticidade*<sup>4</sup>, cujo conceito evoca a própria condição de intérprete-mor da essência jurídica aprisionada na norma legal – o poder de amoldar a lei às especificidades dos fatos e assentar a conclusão como verdade unívoca.

O Judiciário, como Poder revestido de competência para tal faceta, possui a responsabilidade de averiguar a constitucionalidade do texto legal sob a égide do controle difuso ou concentrado e assim exarar *decisum* com a esmerada aplicação da norma segundo o valor e o fato<sup>5</sup> que dela se espera. Para Sarlet<sup>6</sup>, a posição privilegiada de intérprete da Constituição por parte do Judiciário se deve a uma prerrogativa funcional de revisar e até *substituir* a interpretação de outros operadores do Direito.

Com o mesmo desiderato, o STF, na figura de Guardião da Constituição e órgão máximo do Poder Judiciário, detém o ônus de realizar constante interpretação da Carta Magna para que dela se extraíam as linhas mestras que guiarão o assentamento do Direito em todas as esferas do Estado, porém tal exegese constitucional deve respeitar a certos limites a fim de que a vontade do legislador, quando do redigir da lei, não venha a ser subvertida.

---

<sup>2</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 112-113.

<sup>3</sup>HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. trad. por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104.

<sup>4</sup>KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad. João Batista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 387.

<sup>5</sup>REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>6</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018, p. 220-221.

Para tanto, assevera Maximiliano<sup>7</sup>:

Não podem os tribunais declarar inexistente um decreto, legislativo ou executivo, apenas por ser contrário aos princípios da justiça, às noções fundamentais do Direito: é de rigor que viole a Constituição, implícita ou explicitamente. Em todo caso, do exposto se não conclui que o só elemento filológico baste para dar o verdadeiro sentido e alcance das disposições escritas.

Já Ricardo Maurício Soares<sup>8</sup>:

Na interpretação jurídica, dá-se um passo à frente, pois a norma não se esgota em sua primeira formulação, tem vigor atual em relação com o ordenamento de que forma parte integrante e está destinada a permanecer e a transformar a vida social.

Portanto, é de notável gnose que se por um lado a interpretação hermenêutica do STF cria direito na medida em que se progride no tempo tendente a aperfeiçoar a aplicação das normas às novas necessidades da sociedade, por outro pode vir a distorcer a filologia da lei ao caminhar de maneira arreesada contra os auspícios da *mens legislatoris*.

Nesta toada, a  *moldura kelseniana*<sup>9</sup> vislumbra a possibilidade de a lei gerar um campo exegético dinâmico ao derredor do núcleo a que se buscou proteger quando de sua edição. Tal campo, segundo Kelsen, funcionaria como limite absoluto para a liberdade do intérprete – uma espécie de barreira de contenção, pela qual este poderia exercer sua inteligência de maneira *controlada*.

Em razão da grande generalidade que é de praxe em textos constitucionais, esta barreira de contenção, além de mais fraca, quando comparada às dos demais órgãos do judiciário, cede ao STF um vasto espaço para o exercício da hermenêutica que lhe é incumbida; transformando, de certa forma, o campo alhures em um *mundo* exegético de dimensões ainda não calculadas.

Diante disto, nada obstante a existência de uma plêiade de métodos e técnicas hermenêuticas para o balizamento das liberdades intelectivas do STF albergados na doutrina e na filosofia jurídica, cabe a este a escolha de uns em detrimentos de outros, vez que inexistente entre eles qualquer hierarquia *positivada* e o Supremo fulgura ímpar como detentor do controle concentrado – na figura da Ação Direta de Inconstitucionalidade; da Ação Declaratória de Constitucionalidade; da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, ainda, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, todas expressas na Constituição de 1988.

<sup>7</sup>MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 310.

<sup>8</sup>SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

<sup>9</sup>KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad. João Batista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 388.

Em caso recente neste Tribunal (ADO 26/MI 4.733), a LGBTfobia fora equiparada ao crime de Racismo (Lei. 7.716/89) por meandros, unicamente, hermenêuticos. Interpretara-se de forma *ampliativa* o termo-chave da referida lei: racismo; passando-se a entender a expressão *raça social* como contida naquele vocábulo que insurgira no ordenamento jurídico à contemporaneidade da própria CF/88. Em divergência aberta pelo Min. Lewandowski, houve a problematização acerca da afetação ao Princípio da Reserva Legal, em razão de, principalmente, no âmbito penal haver vinculação íntima com a positivação. O assentamento foi tão revolucionário, pelo próprio teor progressista da decisão, quanto também buliçoso no limite que se abrisse um *limbo exegético* de fronteiras esgarçadas e desconhecidas nas mãos do órgão máximo do Judiciário.

Segundo brilhante explanação hermenêutica, Inocêncio Coelho<sup>10</sup> expõe que “(...) a questão dos *limites da interpretação* não é um problema próprio da hermenêutica jurídica, nem muito menos da interpretação especificamente constitucional, antes se colocando em todos os domínios da comunicação humana”.

Para Kelsen<sup>11</sup>, a justificativa jurídica mais apropriada para a emergente atuação do Judiciário na remediação de lacunas legislativas sobre o contingente problemático-fático em expansão seria a *relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito* ou, ainda, a *indeterminação não-intencional do ato de aplicação do Direito*. Sendo aquela inerente à carência de detalhamento inexigível da lei e esta, à discrepância entre a *mens legislatorise* a *mens legis*, de tal forma que ambas abrem caminho ao *limbo* de dimensões planetárias pelo STF.

Em mesma esteira, Maximiliano<sup>12</sup>:

A Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram. Faz-se mister supor que os homens incumbidos da nobre tarefa “de distribuir os poderes emanados pela soberania popular e de estabelecer preceitos para a perpétua segurança dos direitos da pessoa e da propriedade tiveram a sabedoria de adaptar a sua linguagem às emergências futuras, tanto como às presentes; de sorte que as palavras apropriadas ao estado então existente da comunidade e ao mesmo tempo capazes de ser ampliadas de modo que abranjam outras relações mais externas não devem ser afinal restringidas ao seu mais óbvio e imediato sentido, se, de acordo com o objetivo geral dos autores e os verdadeiros princípios do contexto, podem elas ser estendidas a diferentes relações e circunstâncias criadas por um estado aperfeiçoado da sociedade”.

À vista de esmeradas inteligências, é possível concluir que as “lacunas” positivas no texto constitucional são, em análise histórica e teleológica, previsíveis e funcionais na

<sup>10</sup>MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 182-183.

<sup>11</sup>KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. 3ª ed. rev. e atual. trad. de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 114-115.

<sup>12</sup>MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 311.

medida em que se *flexibilizam* aos anseios da sociedade e é em razão delas que o judiciário ganha espaço no palco do ordenamento jurídico.

Reconhece, ainda, Konrad Hesse<sup>13</sup> que a lei é estática enquanto norma aprisionada e seria inafastável o caráter de concretização jurídica da exegese, vez que é esta quem, necessariamente, produz o direito – libertando-o da letra fria da positividade. Sendo, desde logo, portanto, inócua qualquer tentativa do legislador em tolher a atividade hermenêutica ínsita ao intérprete *latu sensu*.

Tanto é verdade que na ADI 605-MC (julgamento em 23.10.91, DJ de 05.03.1993), sob relatoria do Min. Celso de Mello, foi entendido pelo STF que as leis interpretativas não usurpariam a função hermenêutica latente atrelada ao Judiciário, na medida em que estas também passariam pelo crivo da exegese:

É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica (...) Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional.

À baila destas ilações, cediço é que o Supremo se esgueira por caminhos há tempos pertencentes às fronteiras entre os outros Poderes e escudados pelo Princípio da Reserva Legal. Por isso, Konrad Hesse<sup>14</sup>, em imponente crítica acerca dos assentes de Ferdinand Lassalle (*Über das Verfassungswesen*, 1862) e sua teoria da existência de duas Constituições (a *Constituição Real* e a *Constituição Jurídica*), explica que embora inafastável o caráter coexistente de ambas as Constituições, aquela que reflete os anseios reais de poder – *Constituição Real*, sejam eles culturais; sociais; econômicos ou políticos não poderia, de maneira imanente, sobrepujar o texto constitucional – *Constituição Jurídica* – pois, a esta são prestados encômios à sua *pretensão de eficácia*<sup>15</sup>.

Em contrapartida, Sarlet<sup>16</sup> aventa que, à luz do Princípio do Efeito Integrador, a resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar preferência tanto às perspectivas jurídicas quanto às políticas, todavia ladeando-se pela expressa cognição constitucional; o que embora bastante elucidativo, não impõe limitação pela competência legal ou dos

<sup>13</sup>MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, *apud* à p. 184.

<sup>14</sup>HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)*. trad. por Gilmar Mendes. Porto Alegre, 1991, p. 9-12.

<sup>15</sup>HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)*. trad. por Gilmar Mendes. Porto Alegre, 1991, p. 14.

<sup>16</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018, p. 222-223.

demais Poderes, senão delinea à própria interpretação do STF a interpretação primeira, tornando a exegese judicial deste órgão pressuposto para a própria exegese.

Para Gadamer<sup>17</sup>, dá-se a tal embaraço o nome de *círculo hermenêutico*, pois abre-se um horizonte entre a obra e o sujeito, que em relação altamente dialética, conversam, cada qual com seu horizonte, e, na fusão destes, há o desfecho exegético guiado, precipuamente, pelo último, pois segundo brilhante metáfora de Anatole France: “A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela”.

Destarte, há um grande dilema que, para os doutrinadores, separa *subjetivistas* de *objetivistas*. Enquanto aqueles defendem a *mens legislatoris* com afinco fulcral, sob a égide de que a interpretação possui caráter criativo diante do objeto – lei; os últimos levantam a tese em cujo bojo é preterida qualquer dose, ainda que razoável, de valores subjetivos sobre o objeto, sendo o conhecimento um fenômeno de apreensão, pelo intérprete, do objeto estático<sup>18</sup>.

Em defesa ao *caráter objetivo* da interpretação hermenêutica atrelada aos Tribunais responsáveis pela constante releitura da Lei Maior, novamente, Hesse<sup>19</sup>: “Nesse sentido, a interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma só se completa com a sua interpretação; mas, veja-se bem, só em tese possui caráter criativo, pois a atividade interpretativa fica vinculada à norma”. E, continua afirmando que:

A existência desse limite é pressuposta da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da própria Constituição. (...) Onde o intérprete se impõe à Constituição deixa de interpretá-la para mudá-la ou enfraquecê-la. Qualquer dessas duas condutas é vedada pelo Direito vigente. Inclusive quando um problema não se possa resolver adequadamente por meio de concretização, o juiz, que está submetido à Constituição, não pode escolher livremente os *topoi*<sup>20</sup>.

Noutro giro, com o que chama de *ponderação* ou *balanceamento*, Sarlet<sup>21</sup> insurge com a necessidade hodierna de resolver *hard cases* por meio de profunda imersão exegética do intérprete, sendo plausível certa liberdade quando houver colisão entre direitos fundamentais; o que, em se tratando do STF, é substrato inafastável e contingente.

<sup>17</sup>SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, *apud* à p. II.

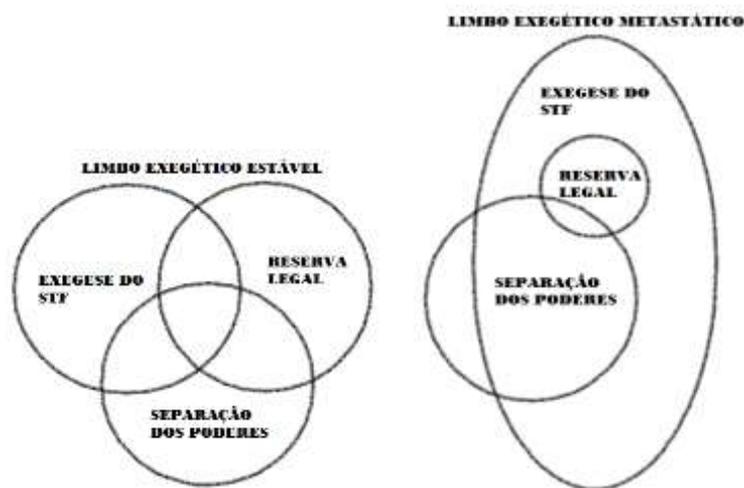
<sup>18</sup>SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30-33.

<sup>19</sup>HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. trad. por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

<sup>20</sup>HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. trad. por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117.

<sup>21</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018, p. 224.

À vista de todo o exposto, conclui-se que a interpretação hermenêutica constitucional advinda pelo Guardião da Constituição cinde-se entre um limbo previsível, orgânico e controlado (*limbo estável*) na medida em que não extrapola ou é infensa ao teor legal, o qual assevera Canotilho<sup>22</sup> que “o resultado da interpretação não pode subverter ou perturbar o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido” mantendo a constante atualização da Carta Magna às conquistas e excentricidades da sociedade no decurso do tempo; e um limbo perfilhado por fronteiras contíguas (e transcendentais) ao Princípio da Reserva Legal e da cláusula pétrea da Separação dos Poderes, responsável por *engolir* (por vezes, *mastigar*) conceitos propedêuticos e principiológicos do constituinte originário e, em êmese articulada, *cuspir*, às expensas da exegese, conclusão diversa do que Hesse<sup>23</sup> denominara de *vontade da Constituição* (*WillezurVerfassung*), tal qual um câncer em lúgubre metástase (*limbo metastático*).



Em vista deste novo mundo que se avizinha do ordenamento jurídico brasileiro, salutar é divisar seus contornos concretos e entender a sua compatibilidade com o Princípio da Reserva Legal e o *metaprincípio* da Separação dos Poderes.

### 3 (NEO)CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: UMA PONDERAÇÃO ACERCA DAS IMPLICAÇÕES DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Grande parte da doutrina, já sequiosa por novas nuances a traçar acerca deste fenômeno jurídico que se avizinha, buscou alocar o posicionamento do STF a certas

<sup>22</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1224.

<sup>23</sup>HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)*. trad. por Gilmar Mendes. Porto Alegre, 1991, p. 19.

correntes ideológicas com fito único de desvendar os seus traços característicos à luz dos sucessivos avanços do que se denomina, hodiernamente, *neoconstitucionalismo*.

Este movimento, esmiuçado pelo brilhante professor Luigi Ferrajoli<sup>24</sup>, é o responsável pelo recrudescimento do ativismo judicial e da discricionariedade dos juízes e ministros, pois (nada obstante, a terminologia do termo não seja a mais adequada, segundo o autor florentino) é ele que dá azo à “configuração de direitos fundamentais como valores ou princípios morais, estruturalmente, diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial”.

Sob este aspecto, ao tomarmos a parte final desta tese ferrajolina, é cognoscível que a norma, enquanto *regra* no ordenamento jurídico destinada à colmatação objetiva do mundo fático ao mundo jurídico, vê-se marginalizada diante da imponente maleabilidade dos princípios aos casos concretos por aqueles que detêm o poder interpretativo-constitucional (porém, não legítimo – em seu sentido democrático) para tanto.

Deve-se a isso, o que Streck<sup>25</sup> denomina de *pan-principialismo*: uma *aberratio* jurídica atual que vem ganhando força na esfera jurisprudencial. Isto porque, sob a liberdade da aplicabilidade do *non liquet*, muitos magistrados/ministros interpretam a lei/Constituição inclinados por *topoi* pré-estabelecidos e que, posteriormente, podem ser, à força, encaixados em algum conceito moral mascarado de princípio, colocando em risco, de certa forma, a segurança jurídica.

Sob este viés, as *regras*, antes voltadas à objetiva subsunção, são equiparadas aos *princípios*, pois expostas agora à toxidade da ponderação judicial esgarçada. O que antes possuía caráter excepcional tornou-se padrão no ordenamento jurídico brasileiro. Senão, note-se o que leciona aquele autor:

Estamos, assim, diante de um considerável número de *standards* interpretativos, que mais se parecem com *topoi* ou *axiomas com pretensão dedutivistas*. Sua diversidade – e a absoluta falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade de institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são apresentados – pelo menos, em sua expressiva maioria -, tais *standards* são

<sup>24</sup>FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da (org.) [et al]. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 18.

<sup>25</sup>FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da (org.) [et al]. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64-71.

originários de construções nitidamente pragmaticistas, mas que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização.<sup>26</sup>

Diante disto, ficam quase translúcidos os motivos de o Poder Legislativo, na sua função típica de legislar, tornar-se preterido e amesquinhado de frente ao poderio desigual e ilegítimo de seu par – o Judiciário – quando este utiliza do *limbo mestastático* para sobrepujar a atividade legiferante.

Por muitos anos, o poder, até então uno e concentrado nas mãos do rei absoluto da Idade Média, fora a imagem mais imponente que o atual Poder Executivo pôde conceber. Isso até as primeiras Revoluções Liberais em meados do século XVII fruto de intensos debates políticos de pensadores contratualistas que buscavam, acima de tudo, limitar aquele primeiro poder. Montesquieu, mesmo tendo vislumbrado uma impressionante teoria (que é aplicada até hoje) – Da Separação dos Poderes, não fora capaz de prever o que os Estados se tornaram séculos depois; a burguesia ganhou um espaço muito importante no seio político e, desta forma nasceu o Poder Legislativo na sua versão mais primitiva.

Ao que tudo indica, em cada um desses períodos históricos, a perspectiva de poder para época falhou em algum aspecto e momento, o que fora usado para o nascedouro de uma nova ideologia política. Hodiernamente, diante do grande protagonismo de muitos tribunais constitucionais espalhados pelo mundo e dentro de concepções de Estado distintas, mister é considerar se não alcançamos o estágio sucedâneo das Revoluções Liberais e do pubescente Poder Legislativo: o domínio suserano do Poder Judiciário. Como prova incontroversa deste contexto histórico-fático, surge a figura do *ativismo judicial* contemporâneo no Brasil, mais precisamente, no Supremo Tribunal Federal.

Recentemente, no Brasil, a Corte Máxima na ADPF 572 reconheceu que o inquérito aberto de ofício por ela para averiguar a existência de crimes contra a honra de Ministros e seus familiares é constitucional, ainda que tal conduta saliente um gosto amargo ao Sistema Acusatório atual, tornando o STF: vítima, investigador e juiz do seu próprio caso. Mas, não é como se houvesse escape recursal para esta decisão.

Cediço é que a segurança jurídica é quem se torna vítima neste imbróglio. Isto porque a ausência de certeza jurídica na aplicabilidade das leis, ainda que claras e evidentes estas, escamoteia o limbo exegético que cresce a nível tumoral na nossa Corte Suprema. O abalo é a nível republicano, pois sem possibilidades institucionais de se reverter decisões de

---

<sup>26</sup>FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da (org.) [et al]. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 66.

tal jaez, os demais Poderes esgotarão suas tratativas por quais vias? É emergencial a imposição de limites.

#### 4 HERMENÊUTICA, LEI E STF: A SEPARAÇÃO DOS PODERES À LUZ DA TEORIA DA AUTORIDADE CONSTITUCIONAL COMPARTILHADA E DA TEORIA DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO.

Com o decurso dos tempos, o Direito, mais precipuamente no bojo da interpretação constitucional, ganhou certas nuances paradoxais como ônus de sua existência enquanto ciência<sup>27</sup>, cujo objeto é a sociedade organizada por conceitos normativos. Tal paradoxo se constitui a partir do ponto em que os estudos jurídicos apreendidos – *praeteritum*– precisam se coadunar com a aplicação escoreita da lei aos casos futuros – ser estático nas raízes e dinâmico no florescer. E, para tanto, o elo – *caule* – deste trabalho hercúleo se materializa na figura do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, diante da iminência do recrudescimento do *limbo exegético-metastático*, percebe-se severo perigo à Democracia, tanto pelo aspecto subversivo da interpretação hermenêutico-constitucional do STF quando antitética ao texto legal ou quando esta avança fronteiras já usucapidas pelos demais Poderes.

Buscando explicar o atual protagonismo do Supremo no ordenamento jurídico brasileiro, Lorenzetto e Clève<sup>28</sup> sugerem que houve um sacrifício dos Poderes Representativistas com fito de transferir responsabilidades decisórias *impopulares* aos ministros sob a perspectiva de que o Poder Judiciário, além de possuir fama pela organização institucional mais rígida, estaria respaldado pelo “notório saber jurídico” de seus membros.

Alexandre de Moraes<sup>29</sup>, atual ministro da Suprema Corte, salienta que

No Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos *erga omnes* e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem

<sup>27</sup>KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. 3ª ed. rev. e atual. trad. de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

<sup>28</sup>LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada / Supremo Tribunal Federal and the shared constitutional authority. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 147, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587>. Acesso em: 26 ago. 2019. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1587>.

<sup>29</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2016, p. 807.4

permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesta toada, é compreensível o entendimento de Lorenzetto e Clève<sup>30</sup> quando afirmam que nunca houve uma imposição do Judiciário sobre os demais Poderes, tomando partido em competências que lhe são alheias, senão apenas obteve deferência permissiva direta destes.

Em sede de permissão ou não, o risco de afetação de uma sociedade pautada pela *Supremocracia*<sup>31</sup> é infenso aos meandros constitucionais democráticos albergados pelo *metaprincípio* da Separação dos Poderes. Isto porque é através do sistema de pesos e contrapesos que o poder (agora, tripartido) se autocontém.

Segundo Oscar Vilhena Vieira<sup>32</sup>, autor de tão perfeito neologismo, o STF, quando da leitura interpretativa guindada pelo *judicial review*, torna-se senão um solucionador de quizílias políticas que amesquinham os Poderes Representativistas e o sistema democrático – uma espécie de *segunda arena política*, cujo nascedouro não se deu por permissividade ou deferência como insinuem Lorenzetto e Clève, mas tão somente por remediação à incapacidade daqueles para cumprir os preceitos fundantes do texto constitucional e devido à rigidez das novas Constituições pós-guerras.

E é sob esta égide, que é construída a *Teoria da Autoridade Constitucional Compartilhada* de Lorenzetto e Clève, pois

Do mesmo modo que a deferência é o inverso do ativismo, a distribuição da autoridade constitucional pode ser o oposto da juristocracia. Ao se mudar o foco para o compartilhamento da autoridade constitucional e alocar a responsabilidade pela interpretação da Constituição em diferentes poderes, seria possível não apenas reduzir conflitos entre poderes, mas também enfatizar que todos devem se submeter à Constituição, a qual não é domínio exclusivo de nenhuma instituição.<sup>33</sup>

<sup>30</sup>LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada / Supremo Tribunal Federal and the shared constitutional authority*. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 151, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587>. Acesso em: 26 ago. 2019. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1587>.

<sup>31</sup>VIEIRA, Oscar Vilhena. *SUPREMOCRACIA*. Revista Direito GV, São Paulo 4 [2] | p. 441-464 | JUL-DEZ 2008.

<sup>32</sup>VIEIRA, Oscar Vilhena. *SUPREMOCRACIA*. Revista Direito GV, São Paulo 4 [2] | p. 441-464 | JUL-DEZ 2008.

<sup>33</sup>LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada / Supremo Tribunal Federal and the shared constitutional authority*. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 157, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587>. Acesso em: 26 ago. 2019. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1587>.

Pelo próprio teor desta teoria, é possível vislumbrar traços tênues das lições de Peter Häberle<sup>34</sup> quando de sua *Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*, que buscava ressignificar o monopólio interpretativo constitucional das mãos dos Tribunais Constitucionais para o povo novamente. Para esse autor progressista, a segregação interpretativa de parte da sociedade, que também era alvo da Constituição, em prol de poucos que acumulavam o conhecimento acerca da exegese dela era inconcebível em um Estado Democrático de Direito, pois largava os cidadãos na ignorância e na passividade diante da *verdade unívoca* emanada nos Tribunais Constitucionais.

Em contrapartida, a Teoria da Autoridade Constitucional Compartilhada se estagna apenas em elucubrações sem *práxis* alguma na atual conjuntura política do Brasil, pois ao mutilar a responsabilidade de guarda da Constituição entre os Poderes Legislativo e Executivo (às expensas de maior segurança jurídica já que preterido o monopólio de tal função), a discussão, à *prima facie*, jurídica se revestiria de caráter político, já que estes Poderes estão mais afetos às estratégias político-partidárias que o Supremo Tribunal Federal; o que tornaria a Constituição pedra angular para joguetes políticos e para interpretações míopes com propósitos escusos à correta análise hermenêutica do Texto Maior.

Assim o é, pois segundo lição de Canotilho<sup>35</sup>, a interpretação hermenêutica constitucional deve rejeitar o *desconstrucionismo* ou *pós-estruturalismo interpretativo*, uma vez que os parâmetros mais acertados na mesura principiológica dos valores atinentes à Constituição estão na sua divisa incontestável na produção do Direito (Parlamento x Tribunal). Sendo coerente que, no Poder Legislativo, há os debates sobre o Direito controvertido e o *espírito* da norma, enquanto no Tribunal há a defesa e o sopesamento desta mesma norma; não podendo esta ordem ser invertida, pois restaria afetada a própria democracia que concebera estes dois Poderes.

Contudo, não é intenção arquivar a Teoria da Autoridade Constitucional Compartilhada, mas ressignificá-la à luz de Häberle.

Ora, se não é possível fracionar o controle da Constituição entre os Poderes, que se fracione dentro do próprio Poder Judiciário, ou seja, dentro do STF.

---

<sup>34</sup>HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. trad. Gilmar Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2002, p. 15.

<sup>35</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra, 2003.

Não se trata de departamentalizar os julgados ou criar órgãos dentro da Suprema Corte, mas de cercear a atuação dela (*autocontenção*) a determinados casos de lastro e discussão de inarredável caráter constitucional (limitando-se ao controle de constitucionalidade abstrato), com fito de *a*) reiterar sua legitimidade social ao afastá-la de julgamentos que façam insurgir dúvidas sobre a sua imparcialidade e *b*) que sejam passíveis de reexame pela própria Corte por meio de uma espécie de *Recurso de Uniformização de Teses (RUT)*, fomentando o estímulo da segurança jurídica de seus julgados ao reafirmar uma tese já assentada ou reformá-la especificando, pormenorizadamente, as diferenças para o *distinguishing*. Exemplifica-se com a Turma Nacional de Uniformização (TNU) da Justiça Federal, que reduz demandas de todos os Tribunais Regionais Federais (TRF's) por mero balanço e cotejo analítico de casos símiles que tiveram, por razões adversas, decisões discrepantes.

Tal recurso, que pode ser agregado pelo Poder Legislativo Federal por Emenda Constitucional, deve ter como requisito a existência, não de um julgado símile (coisa tal que beiraria à *aberratio*), mas de um *entendimento* ou *tese* já debatido no Tribunal Pleno, que sirva de paradigma e que, de alguma sorte, seja recepcionado na interpretação exegético-constitucional do caso paradigmático.

Assim, a toga de guardião da Constituição permanecerá sobre as onze cadeiras do STF, porém agora acobertando também a segurança jurídica e diminuindo o crescimento cancerígeno do “limbo metastático” que necessita de bula urgente, caso contrário levará a óbito a democracia no Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se dialogar com diferentes fontes filosóficas acerca da atual conjuntura do que se denominou “limbo exegético metastático” do STF, esclarecendo o que vem a ser a expressão cunhada e também quais as consequências do comportamento silente diante deste momento de crise.

Com base em uma discussão sobre a existência e eficácia do Princípio da Legalidade foi possível desafogar parte da tensão institucional provocada pela (des)interpretação hermenêutica-constitucional da Corte Suprema, vez que salutar e inarredável do caráter democrático que permeia o Brasil e sua segurança jurídica.

Em mesma esteira, defendeu-se a reorganização do Poder Judiciário no seu mais alto escalão com base na Teoria da Autoridade Constitucional Compartilhada e na Teoria

da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, sugestionando-se a criação de um Recurso de Uniformização de Teses (RUT) a nível de emenda constitucional para o balizamento da interpretação exegética da Corte Suprema, assim como sua limitação a atuação em casos de caráter constitucional inarredável dentro da noção de controle de constitucionalidade abstrato.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo. Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra, 2003.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. trad. Gilmar Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: editora Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)**. trad. por Gilmar Mendes. Porto Alegre, 1991, p. 14.

889

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. trad. por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. trad. João Batista Machado. 8ª ed. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito**. 3ª ed. rev. e atual. trad. de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 114-115.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada / Supremo Tribunal Federal and the shared constitutional authority**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 147, dez. 2017. ISSN 2238-0604.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 182-183.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32<sup>a</sup> edição. São Paulo. Editora Atlas, 2016, p. 807.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7<sup>a</sup> edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo 4[2] | p. 441-464 | JUL-DEZ 2008.