

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

CARLA RODRIGUES FERREIRA

**SUPERAÇÃO DE CLÁUSULAS PÉTREAS: UMA ANÁLISE
ATRAVÉS DA LINGUAGEM E DA MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Vitória - ES

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

CARLA RODRIGUES FERREIRA

**SUPERAÇÃO DE CLÁUSULAS PÉTREAS: UMA ANÁLISE
ATRAVÉS DA LINGUAGEM E DA MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada à Banca examinadora da FDV, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor Daury César Fabríz.

Vitória - ES

2007

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

CARLA RODRIGUES FERREIRA

**SUPERAÇÃO DE CLÁUSULAS PÉTREAS: UMA ANÁLISE
ATRAVÉS DA LINGUAGEM E DA MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Daury César Fabríz
Orientador

Prof.(a) Doutor (a)

Prof.(a) Doutor (a)

Vitória - ES

2007

“Os limites da linguagem são limites do mundo”.

(Ludwig Wittgenstein)

Ao meu amado pai, Carlos Magno da S.
Ferreira, quem me ensinou a vibrar com
as alegrias e a acreditar na beleza da
vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, que ilumina os meus passos, e com sua destra fiel me sustenta.

Aos meus amados pais, Carlos Magno da S. Ferreira e Adélia Carla Rodrigues Ferreira, sempre prontos a me acalantar.

À minha querida irmã, Joyce, alegre por natureza.

Ao meu amado e terno noivo, Israel, que com muita paciência e dedicação acompanhou-me neste caminhar.

À toda minha amada família, aos que estão perto e aos que estão longe: avós, tios e primos; pois sempre torceram pelo meu sucesso e, indubitavelmente, contribuíram para este evento com o que há de mais caro: com imenso amor.

Ao Prof. Doutor Daury César Fabríz que gentilmente acolheu-me como orientanda e, sempre transmitindo ricos conhecimentos, acompanhou-me nesta jornada.

Ao Prof. Doutor Tárek Moysés Moussallem que com a sabedoria de um grande mestre e a generosidade de um verdadeiro amigo, concedeu-me valiosas luzes do Direito.

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo investigar a possibilidade de superação das cláusulas pétreas. Para tanto, recorre precipuamente à análise da linguagem e dos mecanismos informais de mudança na Constituição. Em atenção à Semiótica (Teoria geral dos signos), observa seus três planos: o sintático, o semântico e o pragmático, assim como os diferentes níveis de linguagem, para posteriormente, relacioná-los ao direito. Assevera que o direito é constituído por linguagem, e com ela trabalha a todo tempo, uma vez que recorre, sempre, à interpretação de seus preceitos. Do conceito de normas jurídicas, retira a idéia de que estas se consubstanciam nas proposições prescritivas, de forma que são extraídas do texto de direito positivo pelo intérprete. Com intuito de se adentrar no cerne da discussão, busca discorrer acerca da mutação constitucional por interpretação, que consiste em um processo de mudança informal da Constituição que altera o sentido de seu texto, deixando-o formalmente incólume. Enfatizando a investigação acerca da mutação constitucional por interpretação constitucional judicial, observa que os juizes e tribunais, quando aplicam a Constituição, criam direito (já que a atividade jurisdicional é enunciação), pois, a norma jurídica é a proposição, ou seja, a idéia suscitada na mente humana pelo texto legal, e não o próprio enunciado prescritivo. Dessa forma, temos que as cláusulas pétreas podem ser analisadas como enunciados prescritivos, configurando-se como verdadeiros obstáculos intransponíveis ao poder de reforma; e como proposições, caso em que podem ser suplantadas, desde que o intérprete respeite a elasticidade do texto normativo e não afronte o espírito da Constituição. Bastando, para tanto, que se dê nova significação aos seus enunciados, adequando-os às necessidades e aos anseios sociais.

ABSTRACT

The present research's finality is to investigate the possibility of the petrified clauses' overrule. For this, it recurs initially to the analysis of the language and of the informal mechanisms of alteration of the Constitution. The research, in attention to the Semiotics (the General Theory of the Signs), observes its three levels: the syntactic, the semantic and the pragmatic, as well as the different levels of language, to properly relate them to the Juridical Science. Also asseverates that the law system is constituted by the language, and that it works with the language all the time, since it recurs, always, to the interpretation of the language's principles. Of the concept of the juridical norms, captures the idea that they consubstantiate in the prescriptive propositions, in such a way that they are extracted from the legal text by the interpreter. With the intent to enter in the discussion's core, the research discourses about the constitutional mutation by interpretation, which consists in a process of informal change of the Constitution that modifies the meaning of its text, but letting it formally untouched. Emphasizing the investigation about the constitutional mutation by the judicial interpretation of the Constitution, observes that the judges and Courts, when applying the Constitution, create rights (once the jurisdictional activity is enunciation), for the juridical norm is the proposition, the idea generated in the human mind by the legal text, and not the legal text itself. In this way, we can conclude that the petrified clauses can be analyzed as legal text, configuring truly insurmountable obstacles to the reforming power; and as propositions, in which case they can be overruled, as long as the interpreter respects the inner elasticity of the normative text and do not affronts the spirit of the Constitution. In order to accomplish that, it's only necessary to give new signification to the Constitution's enunciations, adjusting them to the needs and the aspirations of the society.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 LINGUAGEM	15
2.1 A LINGUAGEM E O CONHECIMENTO CIENTÍFICO: NEOPOSITIVISMO LÓGICO E FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA.....	15
2.2 CLASSES DE LINGUAGEM.....	18
2.3 SEMIÓTICA: A TEORIA GERAL DOS SIGNOS.....	23
2.3.1 O plano sintático	23
2.3.2 O plano semântico	24
2.3.2.1 Conceito e Classificação.....	24
2.3.2.2 Denotação (ou extensão) e Designação (ou conotação).....	26
2.3.2.3 Características definitórias.....	27
2.3.2.4 Definição.....	28
2.3.2.5 Defeitos da Linguagem: a ambigüidade e a vaguidade.....	29
2.3.3 O plano pragmático	30
2.3.3.1 Funções da linguagem.....	31
2.3.3.2 O terceiro defeito da linguagem: a carga emotiva.....	32
2.4 NÍVEIS DE LINGUAGEM.....	36
2.4.1 Os níveis da linguagem normativa	37
2.5 ANÁLISE DO DISCURSO.....	38
3 CONSTITUIÇÃO, REFORMA CONSTITUCIONAL E CLÁUSUSLAS PÉTREAS	41
3.1 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO: AS VARIADAS ACEPÇÕES DO TERMO “CONSTITUIÇÃO”.....	41
3.2 O PODER CONSTITUINTE.....	52
3.2.1 Definição do conceito político e do conceito jurídico de Poder Constituinte	53
3.2.2 A teoria do poder constituinte em consonância com a doutrina da soberania nacional e com a doutrina da soberania popular	54
3.2.3 Novas perspectivas acerca do Poder Constituinte	55

3.3 CONSTITUIÇÃO RÍGIDA, PODER CONSTITUÍDO E MUDANÇA CONSTITUCIONAL.....	60
3.3.1 Definição do conceito de Constituição rígida.....	60
3.3.2 Poder Constituído e Mudança Constitucional.....	62
3.3.2.1 Emendas à Constituição e Revisão Constitucional.....	65
3.4 LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA E AS CLÁUSULAS PÉTREAS.....	67
4 A NORMA JURÍDICA.....	73
4.1 CONHECIMENTO, LINGUAGEM E DIREITO.....	73
4.2 ENUNCIADO, PROPOSIÇÃO E NORMA JURÍDICA.....	75
4.3 ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA: A NORMA JURÍDICA PRIMÁRIA E A NORMA JURÍDICA SECUNDÁRIA.....	81
4.4 NORMAS GERAIS, INDIVIDUAIS, ABSTRATAS E CONCRETAS.....	84
4.5 O PODER CRIADOR DOS JUÍZES.....	85
5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	88
5.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO.....	89
5.2 MUTAÇÃO POR INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	91
5.2.1 A hermenêutica Constitucional.....	93
5.2.1.1 Definição dos conceitos de Hermenêutica e de Interpretação.....	93
5.2.1.2 As especificidades das normas constitucionais.....	97
5.2.1.3 Métodos, classificações e definições aplicados na interpretação constitucional.....	99
5.2.1.3.1 A Interpretação autêntica e a interpretação não-autêntica.....	100
5.2.1.3.2 O subjetivismo e o objetivismo: a <i>mens legislatoris</i> e a <i>mens legis</i>	103
5.2.1.3.3 Os métodos clássicos de interpretação: gramatical, sistemático, histórico e teleológico.....	105
5.2.1.3.4 A interpretação evolutiva.....	111
5.2.1.3.5 A Analogia e o costume: a questão das lacunas na lei.....	112

5.2.1.4 Os cardeais Princípios observados na interpretação constitucional.....	115
5.2.2 Mutação constitucional por interpretação Administrativa.....	119
5.2.3 Mutação constitucional por interpretação Legislativa.....	122
5.2.4 Mutação constitucional por interpretação Judicial.....	124
5.2.4.1 Interpretação <i>versus</i> Construção: A <i>constitucional construction</i> norte-americana.....	128
5.3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS CLÁUSULAS PÉTREAS.....	132
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	136
REFERÊNCIAS.....	142

1 INTRODUÇÃO

No artigo 60, § 4º, da Constituição Federal pátria estão relacionadas as *cláusulas pétreas*, também denominadas *cláusulas de inamovibilidade*. Podemos entendê-las, considerando que a Constituição de 1988 é do tipo rígida (o que significa que seus enunciados somente podem ser modificados, acrescidos ou suprimidos por intermédio de procedimento especial, previamente estabelecido e mais dificultoso do que o determinado para a alteração das leis infraconstitucionais), como aqueles dispositivos que gozam da máxima rigidez constitucional. Ou seja, as cláusulas pétreas consubstanciam-se nos enunciados prescritivos que não podem ser tocados pelo poder reformador. Por outras palavras, são preceitos inalteráveis por intermédio dos processos formais de mudança na Carta Magna, quais sejam: as emendas à Constituição e a Revisão constitucional.

Reportando-nos à clássica divisão entre o poder constituinte e o poder constituído, realizada pelo abade Emmanuel-Joseph Sieyès, temos que o poder constituído apresenta-se eivado de limitações, pois, como foi criado pelo poder constituinte, a ele deve subordinar-se. Desta forma, o poder de reformar a Constituição, como poder constituído que é, também apresenta limitações, e as cláusulas de inamovibilidade são entendidas, justamente, como seus limites materiais explícitos. Assim, a doutrina clássica tem entendido que as cláusulas pétreas, em seu condão de preservar a estabilidade da Constituição, configuram-se como obstáculos intransponíveis às transformações constitucionais.

É notório, no entanto, que o homem encontra-se em constante evolução, assim como a sociedade em que vive, de forma que seus valores e anseios modificam-se no decurso temporal. Diante de tais modificações, surgem novas necessidades e novas normas são criadas para atendê-las. A Constituição, como “norma fundamental” de um Estado, também deve evoluir para manter-se adequada às novas realidades sociais e, dessa forma, manter-se eficaz. É neste viés que se encontra a problemática que intentamos solucionar: existe algum processo de mudança constitucional por meio do qual seja possível transpor as cláusulas pétreas, sem que seja ferido o princípio da supremacia da Constituição?

A hipótese por nós considerada é a de que as cláusulas pétreas podem ser superadas. Algumas correntes têm se firmado neste sentido, recorrendo para tanto, aos mecanismos legitimados democraticamente (referendo, *recall*, entre outros). Nós, porém, buscamos contribuir para o certame sob uma nova perspectiva: a da análise da linguagem e da mutação constitucional.

Como método de abordagem, para nortear o desenvolvimento da pesquisa, utilizamos, sobretudo, o método dialético, caracterizado por buscar uma contraposição entre uma tese e uma antítese. Assim, em nosso trabalho, observamos a Constituição Federal, com o intuito de verificar como se encontram relacionadas as cláusulas pétreas. Analisamos as interpretações doutrinárias acerca do tema da superação das cláusulas pétreas – tese –, fazendo uma avaliação crítica, sob o prisma da teoria da linguagem – antítese –, para finalmente, concluir demonstrando a possibilidade de sua superação – síntese.

O método de procedimento que adotamos foi o método bibliográfico, pois analisamos as obras de vários autores, nacionais e estrangeiros, como, por exemplo: Georg Jellinek, Hans Kelsen, Hsü Dau-lin, José Alfredo de Oliveira Baracho, Lourival Vilanova, Paulo de Barros Carvalho, Ricardo A. Guibourg, Riccardo Guastini, e Tárek Moysés Moussalem.

No tocante à técnica de pesquisa, recorreremos à documentação indireta. Foi utilizada como fonte primária a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enquanto as fontes secundárias se traduziram nas obras de diversos estudiosos, nacionais e estrangeiros, assim como publicações em revistas jurídicas.

A presente pesquisa foi dividida em 6 (seis) itens, sendo o primeiro, o presente intróito, e o último, as considerações finais.

No item 2 (dois), intitulado *Linguagem*, investigamos a teoria geral dos signos (Semiótica) e deslindamos sobre seus três planos: o sintático, o semântico e o pragmático. Posteriormente, discorreremos acerca dos três defeitos da Linguagem: ambigüidade, vagueza e carga emotiva. Verificamos ainda, os diferentes níveis de

linguagem (linguagem objeto e metalinguagem), e analisamos a teoria do discurso, a fim de aplicarmos seus conceitos ao Direito.

No item 3 (três), cujo título é *Constituição, reforma constitucional e cláusulas pétreas*, destinamo-nos à construção do objeto de nossa pesquisa, e para tanto, traçamos as definições dos conceitos de Constituição, de poder constituinte, de poder constituído, e de cláusulas pétreas. Investigamos os processos formais de mudança constitucional, quais sejam: a revisão constitucional e as emendas à Constituição.

No item 4 (quatro) denominado *Norma jurídica*, empreendemos relacionar o Direito, a linguagem e o conhecimento, e, partindo desta análise, definimos o conceito de norma jurídica como proposição prescritiva e a descrevemos em linguagem formalizada. Afirmamos que a norma jurídica não é o enunciado prescritivo, mas a interpretação dele extraída. Destacamos aqui o poder que os juízes detêm de criar normas jurídicas através da enunciação.

No derradeiro item 5 (cinco), cujo nome é *Mutação constitucional*, tecemos considerações concernentes aos processos informais de mudança na Constituição, que possuem o condão de transformá-la deixando seu texto incólume. Dentre eles, salientamos a mutação por interpretação constitucional, que pode ser realizada pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Com intento de pesquisar mais detidamente este tipo de mutação, discorreremos acerca da hermenêutica constitucional, com vistas a demarcar as especificidades da interpretação da Constituição. Finalmente, como verificado no item 4 (quatro), afirmamos que as normas jurídicas são, na realidade, interpretações do enunciado prescritivo, e, como as cláusulas pétreas estão dispostas em enunciados, para serem aplicadas, devem, anteriormente, ser interpretadas. Assim é que procedemos à concatenação da mutação por interpretação constitucional com as proposições extraídas dos dispositivos legais das cláusulas pétreas.

Destarte, utilizando-nos das definições traçadas no decorrer de toda a pesquisa, rumamos para responder como as cláusulas pétreas podem ser superadas, de forma a deixar invulnerável o princípio da supremacia da Constituição.

2 LINGUAGEM

2.1 A LINGUAGEM E O CONHECIMENTO CIENTÍFICO: NEOPOSITIVISMO LÓGICO E FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA

Antes de nos reportarmos propriamente à teoria da linguagem, é mister que se faça referência a uma corrente de pensamento que se formou no início do Século XX, em Viena: o Neopositivismo Lógico¹.

Na aludida cidade, vários cientistas e filósofos, de diferentes áreas, reuniam-se constantemente, às quintas-feiras, com o intuito de discutirem acerca da natureza do conhecimento científico. Tal questão revela-se, indiscutivelmente, pertencente ao campo da Filosofia da ciência. Este grupo, um tanto quanto heterogêneo, fez um verdadeiro intercâmbio de idéias de forma que os seus participantes chegaram a uma série de conclusões que serviram a vários ramos do conhecimento. Isso possibilitou que se falasse em uma Epistemologia Geral².

Destarte, a Filosofia foi reduzida à Epistemologia. Porém, os neopositivistas lógicos foram mais além e reduziram a Epistemologia à Semiótica³. Isso significa que a linguagem passou a ter importância determinante para o conhecimento científico e, portanto, deveria ser depurada para se tornar a mais precisa e rigorosa possível.

A origem do então denominado Círculo de Viena deu-se com a chegada de Moritz Schlick que, na cidade austríaca, ocupou a cátedra de Filosofia das Ciências Indutivas. Participavam das eruditas reuniões, entre outros: Rudolf Carnap, Hans Hahn e Otto Neurath. Estes, em homenagem ao regresso de Schlick da Universidade de Stanford, onde esteve lecionando como professor convidado em

¹ O neopositivismo lógico apresenta outras denominações, quais sejam: Positivismo lógico, Empirismo lógico, Empirismo contemporâneo e Filosofia analítica.

² Paulo de Barros Carvalho atenta para o fato de que “Epistemologia, aliás, é termo mais restrito que Teoria Geral do Conhecimento ou Gnosiologia, pois seu foco temático não é o simples conhecimento (doxa = crença, opinião), mas o saber qualificado como científico (episteme = conhecimento científico + logos = estudo, pensamento, reflexão)”. In CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I “lógica jurídica”*. São Paulo: PUC, 1999, p. 1.

³ Semiótica é a Teoria Geral dos Signos.

1929, escreveram o Manifesto: *O ponto de vista do Círculo de Viena*, que amplamente divulgado, fez com que o movimento ficasse conhecido como *Círculo de Viena*.

O texto do Manifesto do Círculo referia-se a uma concepção científica do mundo e determinava que seu alcance dependia da tomada de algumas medidas específicas. Paulo de Barros Carvalho destaca entre elas:

a) colocar a linguagem do saber contemporâneo sob rigorosas bases intersubjetivas; b) assumir uma orientação absolutamente humanista, reafirmando o velho princípio dos sofistas “o homem é a medida de todas as coisas”; e c) deixar assentado que tanto a Teologia, quanto a Filosofia, não poderiam ostentar foros de genuína validade cognoscitiva, formando, no fundo, um aglomerado de pseudoproblemas.⁴

Pode-se afirmar que a originalidade do pensamento do Círculo se traduz no fato de conceber o conhecimento empírico como a única forma de conhecer, somada à análise lógica da linguagem como instrumento sistemático da reflexão filosófica. Acerca do conhecimento empírico, Ricardo Guibourg *et al*⁵ destacam:

São proposições a posteriori todas aquelas cuja verdade (ou falsidade) não se estabelece a priori. Sua verdade ou sua falsidade dependem de questões de fato, e para conhecê-las é preciso recorrer à experiência, ao exame do mundo através de nossos sentidos. Por isso mesmo o conhecimento a posteriori da verdade ou da falsidade de tais proposições chama-se também de conhecimento empírico, é dizer, nascido da experiência.⁶ (Tradução nossa).

Quanto ao aspecto da linguagem, não podemos nos furtar de fazer alusão ao filósofo Ludwig Wittgenstein, cujo livro *Tractatus Lógico-Philosophicus*, datado de 1922, influenciou diretamente os neopositivistas, sobretudo, com sua proposição 5.6, que enuncia: “os limites da linguagem são limites do mundo”⁷.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I “lógica jurídica”*. São Paulo: PUC, 1999, p. 4.

⁵ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 117.

⁶ Texto original: Son proposiciones a posteriori todas aquellas cuya verdad (o falsedad) no se establece a priori. Su verdad o su falsedad dependen de cuestiones de hecho, y para conocerlas es preciso recurrir a la experiencia, al examen del mundo través de nuestros sentidos. Por esto mismo el conocimiento a posteriori de la verdad o de la falsedad de tales proposiciones suele llamarse también conocimiento empírico, es decir, nacido de la experiencia.

⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico filosófico e investigações filosóficas*. Tradução de M. S. Lourenço. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 611.

A obra supracitada apresenta escomunal importância, uma vez que inaugura a época da filosofia da linguagem. Assevera Tárek Moysés Moussallem que:

Com a publicação da obra *Tractatus Lógico-Philosophicus*, de Ludwig Wittgenstein, teve início a época da filosofia da linguagem, a partir da qual a linguagem iniciou o seu processo de independência em relação à realidade, passando a sobrepô-la. Essa fase, que chega até os dias atuais, é conhecida como o giro lingüístico.⁸

Destarte, o Neopositivismo Lógico enfatizou a linguagem, considerando-a como verdadeiro instrumento do saber científico e como meio de controle desse conhecimento. Nas palavras de Cláudio Eduardo Martyniuk⁹: “Começa uma época onde o centro de reflexão passa do ‘objeto da ciência’ para a ‘linguagem que utiliza a ciência’ para referir.”¹⁰ (Tradução nossa).

Os neopositivistas lógicos acreditavam, porém, que para que a linguagem realizasse com maestria a sua missão, ela deveria ser purificada, pois a linguagem natural, entendida como aquela utilizada no cotidiano, é incontestavelmente eivada de defeitos, como, a ambigüidade, a vaguidade e a carga emotiva¹¹.

Foram analisados os três planos da linguagem: 1) o plano sintático, que trata das relações entre os signos; 2) o plano semântico, que trabalha com a relação entre o signo e o objeto que ele representa; e 3) o plano pragmático, que se ocupa da relação entre o signo e os seus usuários. Nos estudos dos neopositivistas lógicos, dentre as três dimensões apontadas, a sintaxe e a semântica obtiveram posição de destaque, em detrimento da pragmática¹².

Estes afirmaram que um enunciado, para fazer parte de um discurso científico, deve ser bem formulado sintaticamente (o que significa respeitar as regras de formação e

⁸ MOUSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 26-27.

⁹ MARTYNUK, Cláudio Eduardo. *Positivism, hermeneutica y teoria de los sistemas*. Buenos Aires: Biblos, 1994, p. 36.

¹⁰ Texto original: Comienza una época donde el centro de reflexión “pasa del objeto de la ciencia” al “lenguaje que utiliza la ciencia” para referir.

¹¹ Entendemos que uma palavra apresenta-se *ambígua* quando possui mais de um significado e chamamos de *vaguidade* o fato de uma palavra não ter um significado preciso.

¹² Ao contrário do que ocorre na Filosofia da Linguagem Ordinária, que privilegia o plano pragmático, conforme veremos adiante.

de derivação¹³) e, simultaneamente, deve ser de possível verificação, ou seja, deve ser empiricamente verificável. Segundo a corrente de pensamento ora analisada, somente os enunciados verdadeiros podem compor o discurso científico: “Um enunciado terá sentido semântico se puder ser empiricamente verificável”¹⁴.

Cumprido mencionar que além do Neopositivismo Lógico, formou-se outra corrente que reduz a Filosofia à Linguagem, enfatizando a análise desta última. Trata-se da Filosofia da Linguagem Ordinária, que surgiu a partir de 1930 com os pensamentos de Wittgenstein em sua segunda fase. O autor escreveu a obra intitulada *Pesquisas Filosóficas* e nela defendeu que a linguagem natural não apresenta problemas; mas que estes subsistem nas reconstituições da linguagem feita pelos filósofos. Tais questões somente poderão ser assentadas através da compreensão do uso da linguagem por seus utentes. Nota-se aqui que a dimensão enfatizada será a pragmática.

Comparativamente pode-se afirmar que enquanto o objeto do Neopositivismo Lógico é a linguagem científica, confeccionada rigorosamente, a Filosofia da Linguagem Ordinária ocupa-se da linguagem comum. Ainda destacando as substanciais diferenças entre as duas correntes expostas, reiteramos que enquanto a primeira enfatiza os planos sintático e semântico da linguagem, a segunda privilegia o plano pragmático.

2.2 CLASSES DE LINGUAGEM

Compreende-se a língua como um sistema de signos e de regras para sua utilização. Ela pode ser examinada sob os enfoques: *sincrônico* (ponto de vista estático) e *diacrônico* (ponto de vista dinâmico, ou seja, aquele que permite verificar sua evolução ao longo da história)¹⁵.

¹³ Esses dois tipos de regras serão analisados no item 2.3.1.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I “lógica jurídica”*. São Paulo: PUC, 1999, p. 7.

¹⁵ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 24.

Já a linguagem, tomada na acepção aceita por Moussallem, constitui-se como “a capacidade de comunicação por meio de signos”¹⁶. Nota-se que a linguagem é constituída por signos, ela é um sistema de signos e deve ter o condão de transmitir uma mensagem. Assim, um conjunto de signos não se constitui, indeclinavelmente, em uma linguagem, pois para tanto, nas palavras de Guibourg *et al*¹⁷: “os signos devem estar ordenados em uma estrutura mais ou menos orgânica e terem atribuída certa função própria como partes da linguagem.”¹⁸ (Tradução nossa).

Percebe-se que para avançarmos em nossa análise, a resposta à indagação “o que é um signo?” torna-se imprescindível. O signo é a unidade de um sistema lingüístico. Ele é convencionalizado, é artificialmente criado pelos sujeitos para fazerem referência ao mundo que os circundam. Carvalho¹⁹ deslinda que o signo apresenta três espécies distintas: o *índice*, como o signo que possui conexão física com o objeto que indica; o *ícone*, que procura reproduzir o objeto ao qual faz referência; e o *símbolo*, que é construído arbitrariamente e aceito por convenção.

O supracitado autor aceita o posicionamento de Charles Sanders Peirce, quem originalmente distingue estas três espécies de signos:

Um signo é um ícone, um índice ou um símbolo. Um ícone é um signo que possuiria o caráter que o torna significante, mesmo que seu objeto não existisse, tal como um risco feito a lápis representando uma linha geométrica. Um índice é um signo que de repente perderia seu caráter que o torna um signo se seu objeto fosse removido, mas que não perderia esse caráter se não houvesse interpretante. Tal é, por exemplo, o caso de um molde com um buraco de bala como signo de um tiro, pois sem o tiro não teria havido buraco, quer tenha alguém ou não a capacidade de atribuí-lo a um tiro. Um símbolo é um signo que perderia o caráter que o torna um signo se não houvesse um interpretante. Tal é o caso de qualquer elocução de discurso que significa apenas por força de compreende-se que possui essa significação.²⁰

¹⁶ MOUSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 26.

¹⁷ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 16.

¹⁸ Texto original: los signos deben estar ordenados en una estructura más o menos orgánica, y tener atribuida cierta función propia como partes del lenguaje.

¹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I “lógica jurídica”*. São Paulo: PUC, 1999, p. 13

²⁰ PIERCE, Charles S. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990, p. 74.

De acordo com a classificação de Edmund Husserl, no signo, um suporte físico se associa a um significado e a uma significação. Entende-se que o suporte físico é a palavra falada ou escrita; o significado é aquilo a que o suporte físico se refere; e a significação é o conceito suscitado na mente humana, ou seja, consiste na idéia despertada pelo suporte físico^{21 22}.

Martynuik²³ menciona que um signo é um objeto físico e possui duas características primordiais: a primeira consiste em fazer referência a algo (designado); e a segunda é fazer referência a algo (designado) para alguém (intérprete).

Existem três planos (ou dimensões) a serem analisados nos sistemas sígnicos: o plano sintático, o plano semântico e o plano pragmático. Estes serão esmiuçados nos itens 2.3.1, 2.3.2 e 2.3.3. Examinados os conceitos de linguagem e signo, podemos proceder à verificação das classes da linguagem. Abordaremos a classificação apontada por Guibourg *et al*²⁴.

Segundo os referidos autores, têm-se duas classes principais de linguagens: a linguagem natural e a linguagem artificial. Esta última apresenta duas espécies distintas: a linguagem técnica e a linguagem formal.

A linguagem natural consiste naquela utilizada no cotidiano pelos sujeitos pertencentes a uma sociedade. Ela foi forjada gradual e espontaneamente no processo histórico de um grupo social. Esse tipo de linguagem caracteriza-se por apresentar ampla liberdade no tocante ao respeito às regras sintáticas. Apresenta-se, assim, pobre nos planos sintático e semântico, mas extremamente rica no plano pragmático, pois através dela, além de se transmitir descrições, se expressam emoções²⁵.

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I "lógica jurídica"*. São Paulo: PUC, 1999, p. 12.

²² O suporte físico, o significado e a significação compõem o triângulo básico de Ogden e Ricards (triângulo semiótico).

²³ MARTYNUIK, Cláudio Eduardo. *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*. Buenos Aires: Biblos, 1994, p. 36.

²⁴ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 20-24.

²⁵ Tal assertiva será verificada, de forma mais complexa, ao analisarmos as funções da linguagem.

Ela manifesta valores e inclinações ideológicas, além de apresentar defeitos, como a vaguidade, a ambigüidade e a carga emotiva.

Segundo Guibourg *et al*²⁶, tais defeitos possuem algumas vantagens, como o fato de a ambigüidade, ao permitir que uma única palavra apresente distintos significados, trazer certa economia de palavras; enquanto a vaguidade de uma palavra possibilita sua aplicação a vários contextos distintos, já que a palavra vaga não apresenta precisão de significado.

Conforme já pudemos observar, tais defeitos, apesar de terem pontos positivos, são obstáculos a um discurso científico, pois este último requer maior rigor, ou seja, maior precisão. Dessa forma, com intuito de superá-los, foram criadas as linguagens artificiais.

Observamos que as linguagens artificiais receberam esta denominação somente por se oporem à linguagem natural. Guibourg *et al*²⁷ esclarecem:

Cabe advertir que o uso desta terminologia em nada diz respeito acerca da relação entre a linguagem e a realidade. Falamos de 'linguagem natural' enquanto esta aparece como dado para os falantes de uma comunidade lingüística: desde que nascemos aprendemos a linguagem de nosso grupo social sem que possamos, de fato, intervir individualmente de modo apreciável em sua formação. Mas nem por isso deixamos de reconhecer que os símbolos são em princípio arbitrários e que não existem significados 'naturais' dos termos (ver 1.3.2). Neste último sentido, também a linguagem natural é, a seu modo, artificial.²⁸ (Tradução nossa).

Dentre as linguagens artificiais, apresentam-se a linguagem técnica e a linguagem formal.

²⁶ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 20-24.

²⁷ *Ibidem*, p. 21.

²⁸ Texto original: Cabe advertir que el uso de esta terminología en nada prejuzga acerca de la relación entre el lenguaje y la realidad. Hablamos de lenguaje "natural" en cuanto este aparece como *dado* para los hablantes de una comunidad lingüística: desde que nacemos aprendemos el lenguaje de nuestro grupo social sin que podamos, de hecho, intervenir individualmente de modo apreciable en su conformación. Pero no por esto dejaremos de reconocer que los símbolos son en principio arbitrarios y que no existen significados "naturales" de los términos (ver 1.3.2). En este último sentido, también el lenguaje natural es, a su modo, artificial.

A linguagem técnica, segundo o entendimento de Guibourg *et al*²⁹, poderia ser denominada “linguagem natural com termos técnicos”³⁰ (tradução nossa), pois ela é, na realidade, a linguagem natural acrescida de palavras técnicas, ou seja, palavras específicas utilizadas na comunicação científica. Luis Alberto Warat³¹ denota que outra denominação pertinente ao termo “linguagem técnica” seria “linguagem de estrutura especificada”.

Conforme explicitamos, esse tipo de linguagem possui como base o discurso natural, mas, agregado a este, utiliza termos que constituem a linguagem específica de cada ciência. Como exemplo, pode ser citada a linguagem do direito positivo, emanada do legislador e dos aplicadores do direito. Esse é o entendimento de Carvalho, senão vejamos:

Quanto ao direito positivo, aqui considerado na sua mais alta extensão, seja a linguagem do legislador das normas gerais e abstratas, seja aquela das normas individuais e concretas, ambas se enquadram no tipo de linguagem técnica. As regras emanadas do Poder Legislativo, em razão de sua compostura heterogênea, decorrência inevitável da representatividade política, revela presença menor de termos com acepção precisa e predominância incontestável do linguajar comum. Já as normas individuais e concretas, principalmente as exaradas pelo Poder Judiciário, costumam revestir-se de maior rigor, penetradas em maior intensidade por vocábulos próprios da Ciência do Direito. Isso, contudo, não lhes tira o caráter de linguagem técnica, ainda porque, significativa que seja a preponderância de termos e expressões artificialmente construídas, para responder à determinação ínsita que a disciplina da conduta reclama, mesmo assim jamais poderia adquirir foro de discurso científico, por não ser descritiva de objetos e sim prescritiva de comportamentos intersubjetivos.³²

A linguagem formal, por sua vez, é invocada quando se requer tamanha precisão, inalcançável pela linguagem técnica. Esse tipo de linguagem elimina os termos da linguagem ordinária, cotidiana, e emprega somente símbolos arbitrários. Daí advém a eliminação dos significados das linguagens idiomáticas, restando apenas as relações entre os citados símbolos, que são expressas em fórmulas. A linguagem da matemática e da lógica são exemplos claros de linguagens formalizadas. Ademais,

²⁹ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 22.

³⁰ Texto original: lenguaje natural com términos técnicos.

³¹ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 53.

³² CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I “lógica jurídica”*. São Paulo: PUC, 1999, p. 33.

nos ensina Carvalho que: “também as relações jurídicas podem exprimir-se mediante esquemas de linguagem formalizada”³³.

2.3 SEMIÓTICA: A TEORIA GERAL DOS SIGNOS

A semiótica é a teoria geral dos signos. Ela se ocupa de estudar os elementos representativos no processo de comunicação³⁴, desde os mais rudimentares aos mais complexos.

No item 2.2 pudemos esclarecer o conceito de signo e dissemos que este pode ser analisado sob três planos (ou dimensões), quais sejam: o plano sintático, o plano semântico e o plano pragmático. Esses três planos que compõem as partes da semiótica serão adiante observados.

2.3.1 O plano sintático

No plano sintático verificamos as relações entre os signos. De fato, a sintaxe ocupa-se dos signos com independência de seus significados. Ela é “a teoria da construção de toda a linguagem”³⁵. Qualquer linguagem encontra-se formada por três elementos, quais sejam: um conjunto de signos; regras de formação e regras de derivação.

As palavras são signos que devem se relacionar para formarem frases, portadoras de mensagens. A gramática de uma língua pertence ao campo sintático, uma vez que determina como combinar os signos. Porém, para que essas frases tenham sentido, do ponto de vista sintático, devem obedecer às regras de formação e de derivação.

As regras de formação são aquelas que determinam como devem ser combinados os signos elementares para formação de outros mais complexos. Uma vez

³³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I “lógica jurídica”*. São Paulo: PUC, 1999, p. 37.

³⁴ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 23.

³⁵ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 40.

respeitadas, permitem a construção de enunciados bem formados, sintaticamente significativos³⁶. Enquanto que as regras de derivação são aquelas que permitem produzir novas expressões utilizando-se outras, já dadas, como ponto de partida.

2.3.2 O plano semântico

No plano semântico são analisados os signos em relação com os objetos aos quais eles fazem referência (objetos designados). Trata-se do estudo do significado.

A relação entre uma palavra e seu significado é algo convencionalizado, aceito por um povo, não consistindo em algo que nos é dado naturalmente. A realidade lingüística é distinta da realidade física. Assim, o nome de alguma coisa não nos diz nada acerca da coisa em si, mas apenas sobre os costumes lingüísticos de uma comunidade³⁷. A respeito deste assunto, Guibourg *et al*³⁸ fazem interessante observação: “Dizemos então que as coisas mudam de nome, mas seria mais rigoroso dizer que nós mudamos o modo de nomear essa coisa.”³⁹ (Tradução nossa).

Dessa forma, entendemos que a relação entre palavra e coisa é artificial, engendrada através de escolhas sociais ou individuais. Na concepção de Guibourg *et al*⁴⁰, inventar nomes ou aceitá-los é traçar limites na realidade⁴¹.

2.3.2.1 Conceito e Classificação

Os seres humanos percebem, no mundo, uma quantidade infinita de coisas e, obviamente, não teria praticidade alguma determinar um nome próprio para cada uma delas. Assim, para economizar palavras, podemos agrupar os objetos em

³⁶ A combinação de signos “que se então” não tem sentido sintático, pois, não satisfaz as regras de formação da língua portuguesa.

³⁷ Basta observar que um mesmo objeto apresenta diferentes nomes em idiomas distintos.

³⁸ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 35.

³⁹ Texto original: Decimos entonces que las cosas cambian de nombre, pero sería más riguroso decir que nosotros cambiamos el modo de nombrar esa cosa.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 37.

⁴¹ Observamos que o autor parece aceitar a proposição 5.6 da obra *Tractatus Lógico-Philosophicus*, de Ludwig Wittgenstein, segundo a qual: “os limites da linguagem são limites do mundo”.

distintas classes (conjuntos), cada qual exigindo que o objeto apresente características específicas para delas fazerem parte. Dessa maneira, um objeto pertencerá a uma determinada classe quando reunir determinadas condições⁴².

A classificação é o ato intelectual de agrupar objetos em classes. Por exemplo, nos mais variados idiomas, a palavra *mesa* designa um mesmo conceito que agrupa diversos objetos, de distintos tipos, que correspondem ao conceito de mesa.

O conceito, por sua vez, só existe através da linguagem. Ele é a significação de um signo e não reproduz nem toca o objeto. Trata-se de uma pré-compreensão originada do mundo cultural, da linguagem que habitamos⁴³. Moussallem explicita que: “Não há que se falar em conceito de objetos da realidade. O conceito refere-se sempre a uma entidade lingüística (pré-interpretação), a ponto de se tornar estéril a busca de uma mística ‘essência das coisas’”⁴⁴.

Entende-se a classificação, do mesmo modo que o conceito, como um fato cultural ou até mesmo individual, dependendo da ocasião. Ela é fruto de decisões e não corresponde à natureza das coisas, por isso, não há que se falar em classificações verdadeiras ou falsas, mas, em classificações aceitas ou não aceitas, úteis ou inúteis, por exemplo.

A classificação possui vantagens e desvantagens. Podemos apontar, como vantagem, o fato de que as palavras de classe fazem as pessoas se recordarem das características comuns que diferentes objetos possuem; e como desvantagem, a tendência que essas palavras têm de obscurecer as diferenças que os objetos apresentam.

O posicionamento acima é atribuído ao filósofo John Hospers⁴⁵ que enuncia:

Quando empregamos palavras de classe, pois, agrupamos muitas coisas sob uma mesma denominação (assinalamos o mesmo rótulo impresso a

⁴² GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 39.

⁴³ MOUSALLEM, Tárek Moisés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 49.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁵ HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. Buenos Aires: Machi, 1964, p. 25.

muitas garrafas) sobre a base das características que essas coisas têm em comum. Ao usar a mesma palavra para nos referirmos a muitas coisas, tratamos estas (ao menos no momento) como se fossem todas iguais e ignoramos suas diferenças. Neste fato jazem as vantagens e desvantagens das palavras de classe.⁴⁶ (Tradução nossa).

2.3.2.2 Denotação (ou extensão) e Designação (ou conotação)

O matemático alemão Gottlob Frege distinguiu dois componentes do significado, quais sejam: a denotação (ou extensão) e a designação (conotação ou intenção). A denotação de uma palavra consiste no conjunto de todos os objetos ou entidades que “cabem” nela. Por exemplo, a denotação da palavra *palhaço*, pode ser *Bozo*, a denotação da palavra *país* pode ser, entre outras: *Brasil* ou *Alemanha*.

Por designação entende-se o conjunto dos requisitos, das razões, ou do critério de uso⁴⁷ de uma palavra de classe. Hospers⁴⁸ a considera mais importante do que a denotação. O autor assim declara:

De ambas referências, a designação é, com muito, a mais importante, pois as características que designam uma palavra determinam as coisas particulares as quais denotará. Se sabemos o que designa uma palavra, conhecemos as condições de sua aplicabilidade, ou seja sabemos em que condições podemos aplicar a palavra a uma certa coisa particular do universo e em que condições não o podemos fazer.⁴⁹ (Tradução nossa).

Tomando-se como exemplo a palavra *palhaço*, já utilizada anteriormente, podemos especificar como sua designação: nariz vermelho, peruca e roupas coloridas, sapatos enormes e boca pintada de vermelho.

⁴⁶ Texto original: Cuando empleamos palabras de clase, pues, agrupamos muchas cosas bajo una misma denominación (asignamos el mismo rótulo impreso a muchas botellas) sobre la base de las características que estas cosas tienen en común. Al usar la misma palabra para referirnos a muchas cosas, tratamos a éstas (al menos por el momento) como si fuesen todas iguales e ignoramos sus diferencias. En este hecho yacen las ventajas y las desventajas de las palabras de clase.

⁴⁷ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 42.

⁴⁸ HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. Buenos Aires: Machi, 1964, p. 34.

⁴⁹ Texto original: De ambas referencias, la designación es, con mucho, la más importante, pues las características que designan una palabra determinan las cosas particulares a las que denotará. Si sabemos lo que designa una palabra, conocemos las condiciones de su aplicabilidad, o sea sabemos em qué condiciones podemos aplicar la palabra a una cierta cosa particular del universo y em qué condiciones no lo podemos hacer.

Existem palavras que possuem designação e não possuem denotação, assim como há palavras que possuem denotação e não possuem designação. Observe os exemplos a seguir expostos.

A palavra *Górgona* possui designação: “mulheres monstruosas, com dentes enormes como os de javali, garras de bronze e cabelos de serpentes”⁵⁰. Porém, como não existem Górgonas, ou seja, como não há no mundo real entidades que possam ser chamadas por este nome, a palavra apontada não apresenta denotação. Ao contrário, se for observada a palavra *João*, temos que várias pessoas possuem este nome próprio, o que significa que a palavra apresenta denotação. Como, porém, não existe um critério de uso para denominar alguém *João*, sendo essa uma escolha livre, independente de quaisquer características específicas, tal palavra não apresenta designação.

2.3.2.3 Características definitórias

Nos aclara Guibourg *et al*⁵¹ que as características definitórias constituem-se nas partes da descrição de um objeto que integram o critério de uso do vocábulo que o denomina. Trata-se de características que definem a palavra. Definir uma palavra é indicar o seu significado. Na concepção de Hospers⁵²: “uma definição compreende várias características definitórias.”⁵³ (Tradução nossa).

Nem todas as características são definitórias, ou seja, aquelas do tipo que determinam que o objeto seja denominado de uma determinada maneira. Ao lado dessas, existem as características chamadas *concomitantes* ou *acidentais*.

As características concomitantes são aquelas que não possuem relevância para a denominação do objeto. Na definição traçada por Guibourg *et al*⁵⁴ elas: “são aquelas que nós não tomamos em conta para a classificação do objeto.”⁵⁵ (Tradução nossa).

⁵⁰ BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da Mitologia: histórias de deuses e heróis*. 28.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 147.

⁵¹ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 46.

⁵² HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. Buenos Aires: Machi, 1964, p. 34.

⁵³ Texto original: Una definición comprende varias características definitórias.

⁵⁴ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. Op. Cit, p. 47.

Deve ser frisado que não existem características absolutamente definitórias. Elas só serão definitórias em relação com determinado nome, sendo que tal é fruto da introspecção, pois, as classificações não encontram-se nos objetos, mas em nós⁵⁶. Por exemplo, se alguém é um exímio criminalista que em seu tempo livre escreve contos, para denominá-lo *advogado*, a primeira característica será definitória e a segunda, concomitante; mas, para chamá-lo de *escritor*, ocorre o contrário: a primeira característica será concomitante, enquanto que a segunda, será definitória.

2.3.2.4 Definição

Preliminarmente, para discorrermos acerca da definição, é necessário ressaltar as distinções entre este termo e o termo *conceito*.

Tivemos a oportunidade de mencionar, no item 2.3.2.1 da presente pesquisa, que o conceito é a significação de um signo. A definição consiste, diferentemente, no significado deste. Não definimos as coisas em si, senão, o conceito que temos das coisas. Nesse sentido, Moussallem afirma que: “O objetivo de se definir é explicitar o conceito (aqui entendido como o significado) das palavras (símbolos) empregadas no processo comunicacional, sempre empregando outras palavras.”⁵⁷

Assim, segundo Guibourg *et al*⁵⁸, temos que: “Definir uma palavra é indicar seu significado.”⁵⁹ (Tradução nossa).

Uma definição compõe-se de *definiendum*, que é a palavra a definir, e de *definiens*, que é a enunciação do significado. Para que uma definição seja empregada com sucesso, necessita-se conhecer o significado das palavras do *definiens*, pois essas indicarão o significado do *definiendum*.

⁵⁵ Texto original: Son aquellas que nosotros no tomamos en cuenta para la clasificación del objeto. .

⁵⁶ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 47.

⁵⁷ MOUSALLEM, Tárek Moisés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 58.

⁵⁸ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. Op. Cit, p. 53.

⁵⁹ Texto original: definir una palabra es indicar su significado.

Observamos, também, que o *definiendum* não pode fazer parte do *definiens*, pois com isso redundaríamos em definições circulares, que nada acrescentam ao conhecimento, como por exemplo: bola = bola; ou casa = casa.

Não há que se falar na dicotomia entre definições reais (que definem coisas) e definições nominais (que definem nomes), pois, como compartilhamos do entendimento de que somente os conceitos são definidos, e não as coisas em si, descartamos as definições reais. Moussallem corrobora este entendimento ao enunciar: "...Sendo a realidade constituída pela linguagem, a definição somente é possível no plano da continuidade lingüística, a ponto de se tornar supérflua a distinção entre definição nominal e definição real."⁶⁰

Diversos tipos de definições são apontados pela doutrina. Verificaremos os paralelos traçados entre as definições ostensivas e verbais; definições denotativas e intencionais e definições informativas e estipulativas.

As definições verbais são as mais corriqueiras, apresentando-se como aquelas que indicam o significado de uma palavra através de outras palavras; enquanto as definições ostensivas são construídas a partir da demonstração de exemplos, o que geralmente requer algum tipo de gesto. A preferência geralmente se dá às definições verbais, porém, as definições ostensivas são importantes para que se ensine/aprenda uma linguagem sem ter outra como apoio.

Já concluímos que definir uma palavra é indicar o seu significado e que o significado, por sua vez, possui dois componentes: a denotação (ou extensão) e a designação (conotação ou intenção). Quando nos reportamos às definições denotativas e intencionais nos referimos ao fato de que podemos enunciar quaisquer daqueles dois fatores (denotação ou conotação) para expressar uma definição.

A definição denotativa ou extensional enumera os objetos que formam a denotação da palavra, enquanto a definição intencional ou conotativa indica as características comuns que determinam que um objeto seja agrupado sob a mesma denominação

⁶⁰ MOUSALLEM, Tárek Moisés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 59.

da palavra a definir⁶¹, ou seja, ela indica as características que formam o critério de uso da palavra a definir. Como definição denotativa da palavra *cidade*, por exemplo, temos: Paris, Vitória, Nova York, entre outras. Nota-se que as definições ostensivas serão sempre denotativas (freqüentemente incompletas), porém, advertimos que a recíproca não é verdadeira. Entre estes dois tipos de definição há manifesta preferência pela definição intencional, pois, seria impossível se fazer uma enumeração completa das infindáveis coisas que compõem as diversas classes.

Guibourg *et al*⁶², distinguindo as duas definições, fazem alusão a um famoso provérbio chinês: “Se quiser acalmar a fome de uma pessoa por um dia, dê a ela um peixe; se quiser acalmá-la para sempre, ensina-lhe a pescar.”⁶³ (Tradução nossa). Os autores⁶⁴ aduzem que:

A definição extencional acalma nossa fome semântica (quando o faz) mediante a enumeração dos objetos a que certa palavra se refere; no entanto a definição intencional nos ‘ensina a pescar’ tais objetos (e qualquer outro que se apresente) através dos critérios de uso da palavra em questão.⁶⁵ (Tradução nossa).

A seguir, intentamos demonstrar as distinções entre as definições informativas e estipulativas. As definições informativas possuem outras duas denominações: descritivas ou lexicográficas. Elas visam, como o próprio nome sugere, informar acerca de um fato objetivo. Tais definições estão comportadas nos léxicos dos dicionários e descrevem o fato sobre o qual informam. Assim, possuem valor de verdade ou falsidade, pois informam os costumes lingüísticos de uma sociedade.

As definições estipulativas, por sua vez, são aquelas que, dentre as várias acepções de uma mesma palavra, são escolhidas pelo interlocutor. Elas têm o condão de introduzir novos termos científicos ou ainda, de precisar os limites de termos já existentes. Ressalta-se que as definições estipulativas apresentam como

⁶¹ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 58.

⁶² *Ibidem*, p. 59.

⁶³ Texto original: Si quieres calmar el hambre de una persona por un día, dale un pescado; si quieres calmarla para siempre, enséñale a pescar.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 59-60.

⁶⁵ Texto original: La definición extencional calma nuestra hambre semântica (cuando lo hace) mediante la enumeración de los objetos a que cierta palabra se refiere; em tanto la definición intensional nos “enseña a pescar” tales objetos (y cualquier otro que se presente) a través de los criterios de uso de la palabra em cuestión.

subespécies as definições persuasivas ou emotivas. Esse último tipo de definição liga-se à carga emotiva das palavras⁶⁶.

2.3.2.5 Defeitos da Linguagem: a ambigüidade e a vaguidade

Existem abundantes defeitos da linguagem que prejudicam a comunicação entre os indivíduos. Três deles, apontados na doutrina de Carlos Santiago Niño⁶⁷, nos preocupam especialmente para o desenrolar de nossa pesquisa, quais sejam: a ambigüidade, a vaguidade e a carga emotiva⁶⁸.

Por ora, nos ocuparemos de discorrer acerca dos dois primeiros defeitos apontados. A ambigüidade de uma palavra consiste no fato desta possuir mais de um significado. Apresenta-se como um problema de designação. Segundo o magistério de Warat: “a ambigüidade, por outro lado, é um caso particular de incerteza designativa”⁶⁹. Assim, quando uma palavra apresenta mais de uma designação, mais de um significado, ou seja, quando uma mesma palavra é utilizada com sentidos diferentes, podemos dizer que ela é ambígua (ou polissêmica). Por exemplo, a palavra *prato* é ambígua, pois, pode significar vasilha, comida, instrumento musical, entre outras coisas. Também a palavra *manga* é ambígua, pois, pode designar uma fruta, ou parte da vestimenta que cobre o braço, total ou parcialmente.

Em relação ao defeito da vaguidade, pode-se dizer que uma palavra é vaga quando, em determinados casos, não temos a certeza de sua aplicação. A vaguidade consiste na falta de precisão do significado de uma palavra. Ela apresenta-se como um problema de denotação. A denotação de um termo possui três zonas: 1) zona de luminosidade positiva: em que não existem dúvidas da inclusão do objeto na denotação; 2) zona de luminosidade negativa: onde se tem certeza que os objetos não fazem parte da denotação; e 3) zona de incerteza (ou zona de penumbra): em que há dúvidas quanto ao objeto entrar ou não na denotação.

⁶⁶ Este tema será abordado no item 2.3.3.2.

⁶⁷ NIÑO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 8.ed. Barcelona: Ariel, 1997, p. 14-16.

⁶⁸ A carga emotiva consiste em um defeito da linguagem verificado no plano pragmático, por tanto, a analisaremos separadamente, no item 2.3.3.2.

⁶⁹ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 78.

Moussallem faz menção ao tema:

...Dessarte, há circunstâncias em que as palavras possuem perfeita aplicabilidade à linguagem constitutiva do real, da mesma forma que há casos em que a inaplicabilidade da palavra é hialina, é a chamada zona de certeza das palavras. Mas existem situações outras nas quais a linguagem da realidade social não subsome perfeitamente ao conceito da palavra, tornando incerta sua aplicabilidade: é a chamada zona de penumbra.⁷⁰

O problema da vaguidade encontra-se justamente nessa zona de incerteza, sendo a própria condição de imprecisão. O termo *frio*, por exemplo, apresenta vaguidade. Podem ser detectadas situações em que não há como negar que se encaixam nessa denotação (-10°C); outras que se excluem (40° C); porém, existem situações de temperatura em que não sabemos determinar exatamente se se encaixam ou não em tal denotação.

2.3.3 O plano pragmático

A pragmática é a parte da semiótica que se ocupa da relação entre os signos e os seus usuários. De acordo com o entendimento de Guibourg *et al*⁷¹: "...A pragmática é a parte da semiótica que trata da origem dos signos, de seus usos e dos efeitos que eles produzem na conduta dentro da qual aparecem."⁷² (Tradução nossa). Neste plano, as questões principais se estabelecem em torno dos modos de significar, usos ou funções da linguagem.

Quando alguém (emissor) diz algo (mensagem) a outrem (receptor), busca produzir algum efeito neste, busca influenciá-lo; embora muitas vezes não seja bem-sucedido em sua empreitada, pois, para tanto, necessita da confluência de diversos fatores, como, por exemplo, o fato do emissor e do receptor compartilharem do mesmo código lingüístico (idioma). A pergunta que paira é: de que maneira o emissor quer

⁷⁰ MOUSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 55.

⁷¹ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 65.

⁷² Texto original: ...la pragmática es la parte de la semiótica que trata del origen de los signos, de sus usos y de los efectos que ellos producen en la conducta dentro de la cual aparecen.

influenciar? ou, mais precisamente, conforme formulada por Guibourg *et al*⁷³: “Que classe de influência se busca com a mensagem?”⁷⁴ (Tradução nossa).

A pergunta sugere a existência de muitas maneiras mediante as quais alguém pode influenciar outrem. O emissor da mensagem pode querer informar, perguntar, pedir, persuadir, etc; de forma que a linguagem pode apresentar distintas funções: informativas, descritivas, expressivas, operativas, entre outras.

2.3.3.1 Funções da linguagem

Dentre as variadas funções que a linguagem cumpre no processo de comunicação, elegemos apenas seis, para os limites de nossa pesquisa, as quais passaremos a analisar.

A linguagem descritiva ou informativa serve para informar o receptor acerca de situações do mundo real. Segundo a opinião de Carvalho⁷⁵, constitui-se no veículo adequado para transmitir notícias. Ela leva proposições, afirmadas ou negadas, à mente do receptor. Seus enunciados apresentam valor de verdade ou de falsidade.

A linguagem que apresenta função operativa ou performativa, por sua vez, realiza uma mudança direta na realidade, ela concretiza uma ação. Um exemplo típico seria o pronunciamento feito pelo sacerdote numa cerimônia de casamento: *eu vos declaro marido e mulher*. Tal é o ato em si e não apresenta escopo de informar.

No tocante à linguagem expressiva, temos que esta é utilizada para manifestar sentimentos ou emoções. O emissor utiliza-se, para tanto, das interjeições. Os exemplos dessa linguagem são os mais variados: *ai!*, *meu Deus!*, *quem me dera!*, *fora!*, *Nossa Senhora da Penha!*, etc. Não há que se falar aqui em valores de verdade ou de falsidade.

⁷³ GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 67.

⁷⁴ Texto original: *¿qué clase de influencia se busca con el mensaje?*

⁷⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofía do Direito I “lógica jurídica”*. São Paulo: PUC, 1999, p. 17.

Julgamos relevante fazer alusão, também, à linguagem afásica, que nas palavras de Carvalho:

Consiste num conjunto de enunciados que alguém dirige contra a mensagem de outrem visando obscurecê-la, confundi-la perante o entendimento de terceiros, ou a dificultar sua aceitação, por meio de recursos lingüísticos variados, tudo no pressuposto de que o discurso que sofre o impacto da linguagem afásica seja claro, estando em condições de ser devidamente apreendido.⁷⁶

Numa visão positiva, tal linguagem pode ser utilizada para encobrir o vazio de significação de certas mensagens.

A linguagem propriamente persuasiva tem a intenção primeira de convencer, induzir. No Direito, ela assume grande importância e chama-se *discurso judicial*. A lógica da linguagem persuasiva é a lógica da argumentação.

Finalmente, observamos que a linguagem prescritiva de condutas só alcança fatos e condutas possíveis, expedindo ordens dirigidas ao comportamento humano. Ela abrange tanto as condutas intra-subjetivas como as condutas intersubjetivas. Tais ordens são válidas ou não-válidas (lógica deôntica), e não verdadeiras ou falsas (lógica apofântica).

Ressaltamos que embora haja uma função preponderante nas manifestações lingüísticas, estas dificilmente apresentam uma única função.

2.3.3.2 O terceiro defeito da linguagem: a carga emotiva

No item 2.3.2.5 registramos que faríamos no presente, a exposição do terceiro vício da linguagem: a carga emotiva, por este situar-se na dimensão pragmática. De certo, falar da carga emotiva de determinada palavra (signo) é falar dos efeitos que esta produz nos seus usuários.

⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I "lógica jurídica"*. São Paulo: PUC, 1999, p. 25.

Nos reportamos, há pouco, à função expressiva ou emotiva da linguagem. Dessarte, as palavras encontram-se associadas a reações emotivas, que podem ser positivas ou negativas, dependendo dos valores aos quais elas estejam culturalmente ligadas. Há palavras neutras e palavras emotivamente favoráveis ou desfavoráveis, mesmo que sinônimas.

Por exemplo, a palavra *desempregado* possui carga emotiva desfavorável, assim, se alguém diz: “estou desempregado procurando um trabalho”, desperta nas pessoas ao seu redor sentimento de comiseração; porém, transmitindo a mesma informação com uso de palavras distintas, tal sentimento alheio pode vir a desaparecer. Então, se o mesmo interlocutor afirma: “estou disponível no mercado para expandir novos horizontes”, sem o uso da palavra de carga desfavorável, independente de ter informado exatamente a mesma coisa, deixa de produzir nos outros aquele sentimento de piedade.

Outros exemplos podem ser citados. Ninguém duvida da forte carga emotivamente positiva que as palavras *direito* e *justiça*⁷⁷ trazem à mente humana; assim como é notório que as palavras *bastardo* e *caduco* (em detrimento das palavras *idoso* ou *ancião*) produzem emoções negativas.

Verifica-se que o vício ora apresentado possibilita a manipulação emotiva da linguagem, em que o homem trabalha com eufemismos ou com difemismos para transformar a realidade e persuadir seus semelhantes. Niño⁷⁸, a esse respeito, aduz que:

Quando uma palavra tem carga emotiva, esta prejudica seu significado cognoscitivo. Porque a gente estende ou restringe o uso do termo para abarcar com ele ou deixar de fora de sua denotação os fenômenos que aprecia ou rechaça, segundo seja o significado emotivo favorável ou desfavorável.⁷⁹ (Tradução nossa).

⁷⁷ Tomamos a palavra “justiça” na acepção de ideal a ser perseguido, de princípio moral em nome do qual o direito deve ser respeitado.

⁷⁸ NIÑO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 8 ed. Barcelona: Ariel, 1997, p. 16.

⁷⁹ Texto original: Cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo. Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable.

2.4 NÍVEIS DE LINGUAGEM

Dissemos que as palavras referem-se a coisas ou a classes de coisas, porém, as palavras podem referir-se também a palavras, ou seja, os signos podem fazer referência aos próprios signos. Assim, diante da notável necessidade de se refletir acerca da própria linguagem, foi preciso estabelecer distintos níveis desta.

A linguagem em que se fala, ou seja, aquela que faz referência às coisas, é chamada de linguagem-objeto; enquanto que a linguagem que fala acerca da linguagem-objeto, ou seja, a linguagem que fala sobre palavras, é denominada de metalinguagem. O enunciado: “cama tem quatro letras”, é uma metalinguagem, pois, a palavra *cama* faz referência à própria palavra e não àquilo a que esta se refere.

A nomenclatura acima acolhida (linguagem-objeto e metalinguagem) é obra, principalmente, do filósofo Bertrand Russell. Outras denominações também bastante difundidas: *uso* ou *dizer* e *menção* ou *mostrar*, são atribuídas a Wittgenstein e empregadas hodiernamente, como se pode verificar no magistério de Martynuik⁸⁰:

...No enunciado ‘sela’ tem quatro letras, a palavra sela entre aspas não faz referência às selas, senão à palavra com que se faz referência às selas, e afirma que a palavra com que se faz referência às selas tem quatro letras. Neste caso, a palavra não é usada, senão mencionada.⁸¹ (Tradução nossa).

Esclarecem-nos Guibourg *et al*⁸² que quando se investiga uma linguagem, a linguagem investigada é chamada de linguagem-objeto e a linguagem na qual formulam-se os resultados da investigação chama-se metalinguagem.

Essa distinção apresenta suma importância, pois, caso não houvesse diferentes níveis de linguagem, as reflexões sobre esta poderiam conduzir a paradoxos, como, por exemplo, ao famoso paradoxo do mentiroso, referido expressamente na Bíblia

⁸⁰ MARTYNUIK, Cláudio Eduardo. *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*. Buenos Aires: Biblos, 1994, p. 6.

⁸¹ Texto original: ...En el enunciado “silla tiene cuatro letras”, la palabra ‘silla’ entrecomillada no hace referencia a las sillas, sino a la palabra con que se hace referencia a las sillas, y afirma que la palabra con que se hace referencia a sillas tiene cuatro letras. En este caso, la palabra no es usada sino mencionada.

⁸² GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 26.

Sagrada, mais precisamente na Epístola de Paulo a Tito. No versículo 12, capítulo 1, do referido livro, está escrito: “Foi mesmo dentre eles, um seu profeta que disse: Cretenses, sempre mentirosos, feras terríveis, ventres preguiçosos”⁸³. O profeta ao qual o texto faz referência é Epimênides de Creta (600 - 500 a.C.).

O paradoxo reside no fato de um cretense dizer que os cretenses sempre mentem. Ora, considerando que Epimênides é cretense, ele próprio está incluído dentre os mentirosos. Dessa forma, se a afirmação que ele faz é verdadeira, ela é falsa; e se é falsa, é verdadeira.

Para resolver o paradoxo, deve ser utilizada a metalinguagem. Deste modo, se um ateniense proferisse a mesma frase citada acima, significando que “os cretenses sempre mentem”, não haveria contradição alguma, podendo ser verdadeira ou falsa tal assertiva. Por sua vez, as condições de veracidade dessa frase devem ser enunciadas em um outro nível de linguagem, o que sugere dizer que pode haver “metalinguagem de metalinguagem”⁸⁴ numa cadeia sucessória infinita. Isso significa que a posição de metalinguagem é relativa.

2.4.1 Os níveis da linguagem normativa

A teoria da hierarquia das linguagens possui significativa importância para o Direito, pois as normas expressam-se em linguagem.

As normas jurídicas constituem-se em linguagem-objeto. Acerca deste assunto, Carvalho⁸⁵ ressalta que: “Mas o direito positivo não é, em si, metalinguagem. Suas proposições prescritivas apontam para fatos e para condutas intersubjetivas, entidades extralingüísticas. Sua natureza, portanto, é de linguagem-de-objeto”⁸⁶.

⁸³ TITO, 12: 1.

⁸⁴ A metalinguagem da linguagem-objeto, passa a ser a linguagem-objeto da metalinguagem de nível posterior.

⁸⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I “lógica jurídica”*. São Paulo: PUC, 1999, p. 25.

⁸⁶ As denominadas “linguagens-de-objetos” são aquelas que apontam apenas para coisas, nunca se referindo a outras linguagens, assim, estas sempre se alocam na linguagem-objeto.

Uma vez considerado o direito positivo como linguagem-objeto, permite-se que se indague a respeito da metalinguagem referida às normas. Afirmamos que existem duas classes distintas: a metalinguagem prescritiva e a metalinguagem descritiva. A metalinguagem prescritiva seriam normas que falam acerca de normas; na realidade, esses tipos de normas cumprem uma função metalingüística. Como exemplo, podemos citar, no ordenamento jurídico pátrio, a Lei Complementar 95 de 1998, que alude à técnica legislativa.

Por outro giro, no tocante à metalinguagem descritiva fazemos referência à doutrina de Hans Kelsen⁸⁷, segundo a qual há diferenciação entre as normas e as regras jurídicas. Segundo os ensinamentos do referido jurista, as normas jurídicas são as disposições advindas do legislador, enquanto que as regras jurídicas são as proposições confeccionadas pelos juristas. Para este efeito, a ciência do Direito é considerada metalinguagem (descritiva), pois, fala acerca do direito positivo que é a linguagem-objeto.

Ressalta-se que Hans Kelsen, ao fazer distinção entre as normas jurídicas e as regras jurídicas, foi o primeiro a utilizar os conceitos de linguagem-objeto e de metalinguagem no campo da ciência do Direito, embora não os tenha mencionado expressamente.

2.5 ANÁLISE DO DISCURSO

Antes de adentrarmos nas definições dos conceitos de Constituição e de Cláusulas Pétreas, é mister examinarmos ainda a teoria do discurso.

Definições de conceitos como: enunciado, proposição, enunciação, enunciação-enunciada e enunciado-enunciado, são imprescindíveis e basilares para a evolução de nossa pesquisa. Com intuito de realizar precisa abordagem do tema, faremos alusão, principalmente, às considerações realizadas por Moussallem⁸⁸.

⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 84-90.

⁸⁸ MOUSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, 185 p.

O enunciado é definido como o suporte físico de um signo, o que seria, mais precisamente, a palavra escrita ou falada⁸⁹. Na concepção de Carvalho, o enunciado é:

...Um conjunto de fonemas ou grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação.⁹⁰

A proposição, por sua vez, corresponde à significação do suporte físico, ou seja, consiste na idéia que o suporte físico desperta na mente humana. Para Moussallem, ela “é a construção mental do sentido do enunciado”⁹¹.

O enunciado é produzido através de uma atividade a qual denominamos enunciação. “A enunciação seria o ato produtor de enunciados, enquanto o enunciado, o produto de tal ato”⁹². A enunciação, entendida como atividade de produção de enunciados, esvai-se no tempo e no espaço, deixando para nossa análise somente as suas marcas. Essas marcas, que possibilitam a reconstituição da enunciação, são denominadas *atos enunciativos*.

Moussallem⁹³, à luz dos ensinamentos de Manar Hamad, destaca que existem, dentro de um conjunto de enunciados, duas espécies destes: a enunciação, aqui entendida como *enunciação-enunciada*, pois, conforme verificamos, a enunciação propriamente dita se esvai no tempo e no espaço; e o enunciado mesmo (*enunciado-enunciado*). Fala-se em dois conjuntos no texto-objeto de estudo: o das enunciações-enunciadas, que são os enunciados que contêm as marcas que remetem à enunciação; e o dos enunciados-enunciados que se constituem nos enunciados que não possuem as marcas da enunciação.

Notamos que o texto-objeto do Cientista do Direito é o texto normativo. Neste distinguem-se os enunciados-enunciados, formados pelos próprios dispositivos legais, da enunciação-enunciada, formada pelos fatos enunciativos que nos

⁸⁹ Vide item 2.2.

⁹⁰ CARVALHO, Paulo de. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 19-20.

⁹¹ MOUSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 77.

⁹² Ibidem, p. 78.

⁹³ HAMAD, Manar. *L'énonciation: procès et systèmes*. Paris: Langages, 1983, p. 35-46. Apud Ibidem, p. 79.

reportam à produção normativa (enunciação). Através de sua enunciação-enunciada pode-se descobrir o tempo e o espaço em que o texto jurídico foi produzido, assim como o procedimento legislativo e o órgão que o elaborou.

O supracitado autor esclarece:

Assim, as projeções da enunciação nos enunciados pertencentes ao direito positivo são quatro: (1) o órgão competente (ac-tante), (2) o espaço, (3) o tempo e (4) o procedimento (forma) previsto pelo ordenamento jurídico para a produção de suas unidades.⁹⁴

⁹⁴ MOUSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 80.

3 CONSTITUIÇÃO, REFORMA CONSTITUCIONAL E CLÁUSULAS PÉTREAS

3.1 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO: AS VARIADAS ACEPTÕES DO TERMO “CONSTITUIÇÃO”

O termo *Constituição* é empregado para designar coisas diferentes, ou seja, ele é ambíguo. Definir seu conceito⁹⁵ não é tarefa fácil. Dessa forma, após observarmos algumas dentre as diversas acepções existentes, escolheremos uma delas para os lindes de nossa pesquisa. Antes, porém, de adentrarmos mais profundamente nesta análise, ressaltamos que o conceito de Constituição é definido em três diferentes sentidos: sociológico, político e jurídico. Defendendo o sentido estritamente sociológico, encontra-se Ferdinand Lassalle, para quem a Constituição verdadeira de um Estado é “a soma dos fatores reais do poder que regem esse país”⁹⁶. No sentido político, tem-se a doutrina de Carl Schmitt que a considera como “a unidade política de um povo”⁹⁷. Já no sentido estritamente jurídico, observa-se a corrente de pensamento liderada por Hans Kelsen, segundo a qual a Constituição “representa o escalão de direito positivo mais elevado”^{98 99}, constituindo-se em um conjunto de normas que tem o condão de regular a criação de outras normas.

Descartamos, de plano, a tese forjada por Lassalle em 1862, pois, de acordo com o seu entendimento, as questões constitucionais fogem completamente do campo jurídico. Para ele, a Constituição jurídica não passa de um “pedaço de papel”¹⁰⁰, de forma que somente deve ser levada em consideração a chamada *Constituição real do Estado*. Esta, por sua vez, é formada pelos fatores reais de poder dominantes no país. Nota-se que esses fatores reais de poder, como o poder social e o poder econômico, encontram-se no mundo fático, portanto, no mundo do ser.

⁹⁵ Vide item 2.3.2.4.

⁹⁶ LASSALLE Apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

⁹⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 29.

⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoría Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 247.

⁹⁹ Fazemos alusão à Constituição no sentido jurídico-positivo, pois, em seu sentido lógico-jurídico esta é entendida como a norma hipotética fundamental, que é o fundamento lógico transcendental de validade da Constituição jurídica-positiva.

¹⁰⁰ Do original, em alemão: *ein Stück papier*.

Compartilhamos da afirmação de Konrad Hesse¹⁰¹, contrária ao pensamento de Lassalle, segundo a qual assumir uma posição em que a Constituição jurídica sucumbe diante da Constituição real é o mesmo que negar a Constituição jurídica e, em consequência disso, negar o *status* de ciência normativa do Direito Constitucional. Pois, na hipótese acima considerada, a Ciência do Direito Constitucional seria estudiosa do mundo do *ser* e não do mundo do *dever-ser*. Nas palavras do supracitado autor:

Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser.¹⁰²

Consideramos a Constituição como entidade normativa, portanto, residente no mundo do dever-ser. Isto, conforme adiante explanaremos, não importa em dizer que ela encontra-se alheia à realidade social.

Riccardo Guastini¹⁰³ destaca quatro significados principais para a palavra *Constituição*, os quais passaremos a analisar.

Em sua primeira acepção, o termo em apreço significa “ordenamento político do tipo liberal ou liberal-garantista”, em que a Constituição é considerada um limite ao poder político. Neste sentido, conserva-se a definição originária de Constituição, advinda da interpretação do artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, que assim preceitua: “toda sociedade onde não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição.”¹⁰⁴ (Tradução nossa). Verifica-se que, diante desta acepção, um Estado somente possui Constituição se cumprir as duas seguintes condições: 1) possuir um sistema de garantias dos direitos, que em observação à realidade histórica do Século XVIII seriam as garantias da liberdade burguesa, como, por

¹⁰¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, 34 p.

¹⁰² *Ibidem*, p. 11.

¹⁰³ GUASTINI, Riccardo. *Estúdios de teoría constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001, p. 30.

¹⁰⁴ Texto original: Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

exemplo, o reconhecimento dos direitos fundamentais e a participação do povo no poder legislativo através de representação; e 2) garantir a separação ou divisão dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Acerca desse assunto, Schmitt¹⁰⁵ reconhece que:

A chamada divisão de poderes [...], com sua distinção entre Legislação, Administração e Justiça, é considerada desde o século XVIII, em um sentido especial, como conteúdo necessário de uma Constituição liberal e autêntica. Contém a garantia orgânica contra o abuso de poder do Estado.¹⁰⁶ (Tradução nossa).

Atualmente, não se emprega a palavra *Constituição* nesse sentido.

A segunda acepção que merece destaque é aquela que considera a Constituição como o “conjunto de normas jurídicas que caracterizam e identificam todo o ordenamento”. Neste sentido, entende-se o termo como o conjunto de normas fundamentais que caracterizam o ordenamento jurídico. Essa concepção, de cunho politicamente neutro, é mencionada por Schmitt¹⁰⁷, quando explicita uma das definições de Constituição em sentido absoluto¹⁰⁸, senão vejamos: “Constituição em sentido absoluto pode significar uma regulação legal fundamental, é dizer, um sistema de normas supremas e últimas (Constituição = normas de normas).”¹⁰⁹ (Tradução nossa). Nessa concepção, a Constituição é estritamente normativa, ela faz parte do mundo do dever-ser. Constitui-se numa normatização da vida do Estado, ou, mais precisamente, ela própria é o Estado.

Kelsen entende a Constituição desta maneira. O autor defende que a ordem jurídica apresenta um sistema escalonado de diferentes níveis de normas jurídicas. Ele explica que:

¹⁰⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p.61.

¹⁰⁶ Texto original: La llamada división de poderes, que después (§ 15, pág 186) discutiremos, con su distinción entre Legislación, Administración y Justicia, es considerada desde el siglo XVIII, en un sentido especial, como contenido necesario de una Constitución liberal e auténtica. Contiene la garantía orgánica contra el abuso del poder del Estado.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 33.

¹⁰⁸ Segundo o autor, o termo *Constituição* pode ser tratado sob dois tipos de conceitos: sob o conceito relativo e sob o conceito absoluto, este último foi denominado dessa forma por oferecer um todo (verdadeiro ou pensado). Assim, a Constituição em sentido absoluto pode significar duas coisas: a concreta maneira de ser resultante de qualquer unidade política existente; e uma regulação legal fundamental.

¹⁰⁹ Texto original: Constitución en sentido absoluto puede significar una regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas (Constitución = normas de normas).

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas num mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até bicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nesses termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.¹¹⁰

Considerando o nível Estatal, a Constituição é a norma máxima, o fundamento primeiro de validade de todas as outras normas, daí dizer que “a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado”¹¹¹.

Quanto à norma hipotética fundamental, podemos asseverar que esta é criação kelseniana. Ela é considerada o fundamento de validade da própria Constituição. A qualidade de *hipotética* significa que ela não se encontra na realidade jurídico-positiva, sendo norma pressuposta, pensada. Pois, como para os positivistas, o fundamento de validade de uma norma só pode advir de outra norma, a norma mais elevada de todas jamais poderá ser posta por uma autoridade, visto que a competência desta para tanto, teria que provir de outra norma mais elevada ainda. Ela representa o corte metodológico, realizado pelo autor para sua análise específica do Direito, que possui o condão de evitar que se regresse *ad infinitum*. O corte metodológico é providência indispensável a qualquer ciência, pois possibilita o estudo do objeto. Segundo elucubração de Moussallem:

Corte metodológico é o ato lingüístico delineador da linguagem do objeto de estudo. Vale ressaltar que a aludida incisão ocorre mediante o processo de abstração, operação lingüística consistente em prescindir partes de um todo. Ademais, essa separação é medida arbitrária do sujeito cognoscente. Não se encontra sujeita a contestações. É pressuposto epistemológico.¹¹²

Dessa forma, o cientista trabalha com “pontos-limites”¹¹³ em sua investigação. Existe o ponto-início, considerado o ponto de partida da investigação; e há, também, o ponto-fim que é o ponto de chegada daquela, de maneira que só interessa ao

¹¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 247.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 247.

¹¹² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 34.

¹¹³ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o Sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

cientista aquilo que se encontra entre esses dois pontos, desprezando-se o que existe anterior e posteriormente a eles.

A norma hipotética fundamental é justamente o ponto-início da investigação do Direito que Kelsen desenvolve em sua Teoria Pura. O autor propõe-se a investigar a Ciência do Direito desprovida de tudo o que é extrajurídico. Vejamos esta colocação em suas próprias palavras:

A Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição.

A função dessa norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo desses atos como seu sentido objetivo.¹¹⁴

Em relação ao conteúdo da Constituição, este se apresenta sem importância para a teoria analisada, assim como o conteúdo das normas jurídicas criadas com base nela; não importa se a ordem jurídica é justa ou injusta. Assim, qualquer conteúdo pode ser Direito. Segundo o supracitado autor “na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo”¹¹⁵. O valor jurídico é determinado pelo próprio ordenamento. Isso implica que as normas jurídicas não são válidas diante daquilo que versam, mas este atributo é analisado de forma que uma norma apresenta validade se é criada da maneira determinada por outra norma¹¹⁶.

Há que se distinguir aqui a concepção kelseniana de Constituição material e de Constituição formal. A Constituição material consubstancia-se nas normas positivas que regulam a produção das normas jurídicas gerais. Tal Constituição pode ser criada através de um ato legislativo, gerando a Constituição escrita, ou por via

¹¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 225.

¹¹⁵ Ibidem, p. 225.

¹¹⁶ A norma que determina como deve ser criada outra norma constitui-se no fundamento imediato de validade desta última.

consuetudinária, resultando em uma Constituição não escrita. Nada impede que este tipo de Constituição comporte tanto normas escritas como normas não escritas.

A Constituição em sentido formal, por sua vez, constitui-se em um documento com esta denominação (*Constituição*), que contém, além daquelas normas citadas acima, normas referentes a diversos assuntos considerados politicamente importantes, e preceitos que garantem que as normas constitucionais só podem ser alteradas ou revogadas através de um processo diferenciado, mais rigoroso. Pelo exposto, podemos concluir que a teoria Kelseniana acerca da definição da Constituição, a enxerga, exclusivamente, sob a óptica normativa.

Schmitt¹¹⁷ apresenta severas críticas em relação à acepção ora analisada do termo *Constituição*. Segundo o referido autor, hodiernamente, não há que se falar da Constituição como uma unidade normativa e coisa absoluta, ou seja, entendida como uma codificação fechada. Essa posição pode ser verificada em suas palavras:

Mas já hoje não existe a fé na possibilidade de um sistema de prescrições normativas definitivamente justo, abarcando o Estado em sua totalidade. Hoje se encontra estendida a consciência oposta; que o texto da Constituição é independente da situação política e social do momento de sua elaboração. [...] Com a fé na codificação e unidade sistemática desaparece também o puro conceito normativo de Constituição tal como o supõe a idéia liberal de um absoluto Estado de Direito. [...] A Constituição se transforma agora em uma série de distintas leis constitucionais positivas.¹¹⁸ (Tradução nossa).

A terceira acepção que abordaremos será o uso do termo *Constituição* como “um documento normativo que possui este nome”. Guastini¹¹⁹ ressalta que o texto constitucional formula e compila a maior parte das normas materialmente constitucionais de determinado ordenamento. Dessa forma, em consonância com esta opinião, o autor considera a Constituição como um tipo de código da matéria

¹¹⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 35.

¹¹⁸ Texto Original: Pero ya hoy no existe la fé en la posibilidad de un sistema de prescripciones normativas definitivamente justo, abarcando al Estado en su totalidad. Hoy se encuentra extendida la conciencia opuesta; que el texto de toda Constitución es independiente de la situación política y social del momento de su elaboración. [...] Con la fé en Codificación e unidad sistemática desaparece también el puro concepto normativo de Constitución tal como lo supone la Idea liberal de un absoluto Estado de Derecho. [...] La Constitución se transforma ahora en una serie de distintas leyes constitucionales positivas.

¹¹⁹ GUASTINI, Riccardo. *Estúdios de teoría constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001, p. 33-36.

constitucional. Neste ponto, cumpre-nos explicar que as normas materialmente constitucionais são tratadas, aqui, como aquelas que versam sobre a estrutura do Estado, a organização dos órgãos do Estado e os direitos fundamentais, ou seja, correspondem às *normas fundamentais* de um ordenamento jurídico, consideradas em uma de suas acepções¹²⁰.

Segundo o supracitado autor¹²¹, o código constitucional apresenta três principais distinções dos outros textos normativos, quais sejam: 1) a Constituição apresenta nome próprio que a individualiza no ordenamento; 2) ela possui conteúdo característico, em grande parte materialmente constitucional, como, por exemplo, normas de direitos fundamentais e normas sobre a criação de leis; 3) por fim, a Constituição tem destinatários típicos, como os órgãos constitucionais supremos (chefe de Estado, Congresso Nacional, Corte constitucional).

Compartilhamos, no entanto, da crítica segundo a qual o uso da palavra *Constituição*, no sentido de documento escrito, faz com que ela seja considerada inexistente em países com ordenamento jurídico do tipo consuetudinário. Corroborando este entendimento, Guastini¹²² aduz que:

...Observa-se que quando se emprega o vocábulo “Constituição” no sentido de código constitucional, não se pode dizer que todo Estado está necessariamente provido de uma Constituição. É verdade, sem embargo, que a maioria dos Estados contemporâneos possuem um código constitucional. [...] Em nossa época são raros ou raríssimos os Estados que não o possuem: cumpre citar o exemplo da Grã-Bretanha, cujo direito constitucional é em grande parte consuetudinário (e portanto não codificado).¹²³ (Tradução nossa).

¹²⁰ Entre as diversas acepções de *norma fundamental*, as principais são: todas as disposições politicamente importantes em dado momento histórico; norma inviolável; norma que só pode ser reformada sob condições especiais; e, a norma última, de mais alto escalão dentro do ordenamento jurídico.

¹²¹ GUASTINI, Riccardo. *Estúdios de teoría constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001, p. 35-36.

¹²² *Ibidem*, p. 36.

¹²³ Texto original: ...Se observa que cuando se emplea el vocablo “Constitución” en el sentido de código constitucional, no se puede decir que todo Estado esté necesariamente provisto de una Constitución. Es verdad, sin embargo, que la gran mayoría de los Estados contemporâneos poseen un código constitucional. [...] En nuestra época son raros o raríssimos los Estados que no lo poseen: se suele citar el ejemplo de Gran Bretaña, cuyo derecho constitucional es en gran parte consuetudinário (y por tanto no codificado).

Passaremos a analisar a quarta acepção do vocábulo *Constituição*, entendida agora como “particular texto normativo dotado de certas características formais, ou seja, de um peculiar regime jurídico”.

Neste sentido, tratamos da Constituição como uma fonte de direitos diferente de qualquer outra, por apresentar particulares características formais. A primeira característica é o seu singular procedimento de criação: ela é estabelecida pelo poder constituinte. O poder constituinte pode ser depreendido conforme a definição engendrada por Canotilho, segundo a qual:

O poder constituinte entendido como **soberania constituinte do povo**, ou seja, o poder de o povo, através de um acto [sic] constituinte, criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política, parece hoje uma evidência...¹²⁴

A segunda característica diz respeito à sua peculiar forma de modificação, que é dificultada por formalidades e processos especiais determinados previamente nela própria. Tal característica apresenta-se própria das Constituições rígidas¹²⁵.

Diverso sentido do termo, que adquire notoriedade, é aquele que procede da definição do conceito positivo de Constituição, forjada e adotada por Schmitt¹²⁶. O autor assevera que para traçar a definição de um conceito de Constituição é necessário fazer a diferenciação entre esta e a lei constitucional. Para ele, a Constituição é a decisão política fundamental de um Estado (estrutura, órgãos, direitos fundamentais, etc), e as leis constitucionais são os demais dispositivos do texto da Carta Magna que não versam acerca dessas matérias.

Este tipo de Constituição surge através de ato do poder constituinte, que institui a forma e o modo da unidade política. Porém, esta unidade política existe anteriormente, ela não é criada com a Constituição, pois a sua essência não está em nenhum tipo de norma, mas encontra-se contida na decisão política do titular do poder constituinte que, em uma democracia, é o povo. Em concordância com o

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 68.

¹²⁵ Ao contrário das Constituições flexíveis, que podem ser alteradas facilmente por meio do mesmo processo utilizado para a elaboração das leis.

¹²⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p.45.

pensamento de Canotilho: “só o povo entendido como sujeito constituído por pessoas – mulheres e homens – pode ‘decidir’ ou deliberar sobre a conformação de sua ordem político-social”¹²⁷. Por outro lado, as leis constitucionais pressupõem a existência anterior de uma Constituição; elas precisam de uma decisão política prévia para sua validade.

A distinção entre Constituição e leis constitucionais demonstra significado prático através dos seguintes exemplos, dentre outros, expostos por Schmitt¹²⁸:

a)[...] Podem reformar-se as leis constitucionais, mas não a Constituição como totalidade[...]; d)[...] um conflito constitucional propriamente dito não afeta a cada uma das muitas particularidades da lei constitucional, senão só à Constituição como decisão política fundamental; [...].¹²⁹ (Tradução nossa).

Esta definição positiva de Constituição, em nossa concepção, peca por ser unilateral. Neste caso, somente o seu aspecto político foi observado. Assim, não concordamos em adotá-la.

Por fim, intentamos traçar uma definição que nos atenda teoricamente. Considerando que a unilateralidade foi nossa crítica central às definições já então explicitadas, trataremos de demonstrar uma visão mais eclética acerca da Constituição.

Para galgar este caminho, inicialmente observaremos algumas considerações de Miguel Reale¹³⁰, no que concerne aos dois tipos de realidades existentes: a realidade natural e a realidade cultural. Tais realidades referem-se a dois mundos: o mundo *dado* e o mundo *construído*. O mundo dado corresponde ao mundo da natureza, o qual não depende da inteligência ou da vontade humana para existir; por outro lado, o mundo construído, ou o mundo da cultura, é fruto mesmo do homem,

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 71.

¹²⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p.49-51.

¹²⁹ Texto original: a)[...] pueden reformarse las leyes constitucionales, pero no la Constitución como totalidad [...]. d)un conflicto constitucional propiamente dicho no afecta a cada una de las muchas particularidades de la ley constitucional, sino solo a la Constitución como decisión política fundamental [...].

¹³⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23-32.

que com sua inteligência e atuação volitiva interfere na natureza para alcançar objetivos específicos.

Nesses dois mundos temos leis de diferentes tipos. No mundo natural, podemos identificar as leis naturais, como as leis da física e as leis da matemática. Estas são sínteses do fato natural ou “retratos do fato”¹³¹, já que as ciências naturais são descritivas da realidade. Verifica-se aqui, que o fato é mais importante que a própria lei descoberta, de forma que, se o fato contrariar a lei, esta última sucumbe diante dele.

No mundo cultural, diversamente, a lei prevalece sobre o fato que com ela conflitar. As leis culturais não são descobertas, mas criadas pelo homem para suprir suas necessidades. Segundo Reale¹³² pode-se identificar dois tipos de leis culturais: aquelas que enunciam juízos de valor com base nos fatos observados (leis sociológicas, históricas, econômicas, etc); e as normas éticas, que expressam um juízo de valor que se liga a uma sanção, por corresponderem a normas que determinam comportamentos humanos¹³³. As normas do direito são normas éticas.

Foi dito que as normas éticas prevêm uma sanção para o caso de seu descumprimento, o que significa que elas apresentam como característica primordial a possibilidade de sua violação. Bem, se essas normas podem ser violadas, isso significa que elas enunciam algo que *deva-ser* e não algo que necessariamente *tenha que ser*¹³⁴. Assim, as normas do direito, como normas éticas, encontram-se no mundo do dever-ser.

Os mundos do ser e do dever-ser são distintos e não se tocam, daí dizer que a validade de uma norma jurídica encontra-se no mundo do dever-ser, sendo indagação do jurista; e a efetividade ou eficácia da norma, situa-se, diferentemente, no plano do ser, sendo preocupação precípua do sociólogo.

¹³¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28.

¹³² *Ibidem*, p. 35.

¹³³ A Ética é a ciência normativa dos comportamentos humanos.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 35.

Diante desta assertiva, porém, cumpre-nos esclarecer que apesar do *ser* não tocar o *dever-ser*, esses mundos não podem ser totalmente alheios um ao outro, sob pena de se criar normas inócuas, estéreis. Reside aqui a arte de distinguir, sem, todavia, separar. Eles devem se *observar*. Enquanto o mundo do *dever-ser* deve reconhecer as mudanças sociais e as necessidades delas decorrentes, ocorridas no plano da realidade; os componentes da sociedade devem estar atentos às orientações normativas para que não se frustrate a finalidade última do Direito que é garantir a paz social.

Feitas essas considerações, concluímos que a Constituição é um conjunto de normas jurídicas (mais precisamente, um conjunto de enunciados prescritivos) hierarquicamente superior a todas as outras normas constantes do ordenamento jurídico de um Estado, sendo assim, seu fundamento de validade último. Dessa forma, ela pertence ao mundo do *dever-ser*, enquanto norma positivada. Adotamos, até então, a posição Kelseniana, porém, quanto ao fundamento de validade da própria Constituição, acreditamos que este advém do poder que emana do povo. Para nós, a Constituição é feita pelo povo, entendido este como o titular do Poder Constituinte, e para atendê-lo. O Direito sozinho não é capaz de responder satisfatoriamente às questões concernentes à origem, à criação e ao fundamento de validade da Constituição mesma. Neste ponto deve-se recorrer à óptica política.

Reiteramos que a Constituição é feita pelo povo e para o povo. Por isso, concordamos com Hesse quando ele diz que: “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”¹³⁵. Assim, não há que isolar a norma da realidade, pois, tal atitude levaria a um Estado “artificial”, criado de maneira abstrata e teórica somente. Devem ser consideradas, para a criação da Constituição as realidades (ou “leis”, nomenclatura utilizada por Hesse) sociais, históricas, políticas, sociológicas, e econômicas do povo. O mesmo autor assevera que: “A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se”¹³⁶. Concordamos com essa colocação porque, neste caso, não se as verificariam satisfeitas no plano da eficácia.

¹³⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 14.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 18.

3.2 O PODER CONSTITUINTE

Uma vez traçada a definição do conceito de Constituição, revela-se impreterível a necessidade de tecermos considerações acerca do poder constituinte. Antes de analisarmos seus conceitos político e jurídico, e de adentrarmos em sua teoria à luz das doutrinas da soberania nacional e da soberania popular, respectivamente, faremos alusão ao poder constituinte material e ao poder constituinte formal, tal como observa o jurista português Jorge Miranda¹³⁷.

O poder constituinte material é a própria idéia de Direito, ou seja, a nova concepção de Direito a ser alcançada. Este antecede, lógica e historicamente, o poder constituinte formal, entendido como o poder de criação da Carta Magna, consoante aquela inovadora idéia de Direito. O referido autor esclarece:

Precede-o logicamente, porque a idéia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os factos [sic], a legitimidade a legalidade. E precede-o historicamente, porque [...] há sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa idéia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa idéia ou desse regime...¹³⁸

Assim, é que à criação de uma Constituição formal precede a idéia de Direito, ou seja, a nova concepção de Direito, que se consubstancia naquilo que Miranda denomina de poder constituinte material. Este, uma vez estabelecido, dá azo à sua formalização através do ato constituinte, este último definido por Ferreira Filho como “o ato pelo qual se edita uma nova organização fundamental, uma nova Constituição...”¹³⁹.

¹³⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo II: Constituição e inconstitucionalidade*. 3.ed. Coimbra: editora Coimbra, 1996.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 74.

¹³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder Constituinte*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79.

3.2.1 Definição do conceito político e do conceito jurídico de Poder Constituinte.

A doutrina tradicional, como a de Paulo Bonavides¹⁴⁰, trata de dois conceitos de poder constituinte, a saber: o conceito político e o conceito jurídico. O primeiro identifica-se com o poder constituinte originário, enquanto o segundo refere-se ao poder constituinte constituído (ou derivado).

O poder constituinte originário é aquele investido na tarefa de criar a Constituição, e, conseqüentemente, o Estado. Trata-se de um poder *supra legem*, ou seja, que se encontra acima de qualquer norma jurídica até então existente e que virá a obrigar os poderes constituídos. Entende-se que este poder é ilimitado formalmente, porém, quanto às limitações materiais, há controvérsias. Os positivistas pugnam pela ilimitação jurídica do poder constituinte, pois, para estes não há direito anterior à sua atuação. Por outro giro, para os adeptos do jusnaturalismo, o poder constituinte originário é condicionado às normas primeiras do Direito Natural, por estas estarem, indiscutivelmente, enraizadas no âmago do ser humano. Dessa forma, para esta corrente de pensamento, direitos como o direito à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, por exemplo, não podem ser negados, e menos ainda, vulnerados pelo Estado, sob pena de estar-se diante de normas jurídicas ilegítimas.

Outra limitação é aquela que diz respeito à ação do poder constituinte ser plenamente coerente com os fatores ideológicos, econômicos, etc, que levaram à sua atuação. Este é o entendimento de Miranda, senão vejamos:

...Mesmo se a idéia de Direito é de democracia pluralista, o órgão encarregado de fazer a Constituição formal não goza de uma margem de liberdade plena; não adstrito, decerto, a um determinado e único sistema de direitos fundamentais, de organização econômica, de organização política ou de garantia da constitucionalidade, está sujeito a um limite – o da coerência com o princípio democrático e da sua preservação (não pode estabelecer uma Constituição não democrática).¹⁴¹

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo II: Constituição e inconstitucionalidade*. 3.ed. Coimbra: editora Coimbra, 1996, p. 72-73.

Ferreira Filho¹⁴², ao expor a opinião de Paul Bastid, afirma que existem limites de fato e limites de direito ao poder constituinte. Os limites de fato orientam aqueles que estabelecem a Carta Magna, a não “ir de encontro” às concepções enraizadas na comunidade, para que não haja falta de adesão a ela, que neste caso, tornar-se-ia letra morta. Já os limites de direito, dizem respeito ao Direito Internacional, que, como não é superior ao direito interno, encontra-se na mesma situação dos direitos naturais acima descritos.

Concordamos com a idéia de que existem alguns direitos que podem ser considerados suprapositivos. Estes se consubstanciam naqueles que perfazem o arcabouço de conquistas da humanidade, como o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à dignidade; e que não devem ser negados pelo Estado, pois, do contrário, estar-se-ia retrocedendo.

Cumpre-nos por ora, adentrarmos na análise do titular do poder constituinte: Quem detém o poder de criar a Constituição? De escolher o rumo do Estado? Diante destas indagações, observamos que só aquele que possui o poder supremo do Estado é quem pode estabelecer a organização Estatal. Assim, verificamos ser impossível falar nessa titularidade sem abordar a definição de soberania, aqui considerada na acepção de Miranda, segundo a qual: “significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico”¹⁴³. Compartilhamos com Ferreira Filho¹⁴⁴ da idéia de que o povo, como sujeito da soberania, é o titular do poder constituinte, sendo importante destacar que nem sempre o titular do poder é seu exercente.

Quanto à definição do conceito jurídico de poder constituinte, já tivemos a oportunidade de sinalizar que se trata do poder constituído ou poder constituinte derivado. Tal será o objeto de análise do item 3.3. Este poder, que se consubstancia no poder de reforma da Constituição, encontra-se vinculado ao ordenamento jurídico, que o limita formal e materialmente.

¹⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder Constituinte*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 76.

¹⁴³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo II: Constituição e inconstitucionalidade*. 3 ed. Coimbra: editora Coimbra, 1996, p. 76.

¹⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. Cit*, p. 30.

3.2.2 A teoria do poder constituinte em consonância com a doutrina da soberania nacional e com a doutrina da soberania popular

Oportunamente asseveramos que o poder constituinte está ligado ao conceito de soberania, sendo seu titular aquele que a detém. Nota-se que o poder constituinte, como forma de organização de uma sociedade, sempre existiu. Uma teoria própria criada para legitimá-lo, porém, surgiu historicamente no século XVIII. Tal teoria pode ser analisada sob duas ópticas: segundo a doutrina da soberania nacional ou de acordo com a doutrina da soberania popular.

A doutrina da soberania nacional está atrelada aos franceses, destacadamente ao abade Emmanuel Joseph Sieyès¹⁴⁵, que preconizou que o poder constituinte e os poderes constituídos deveriam ser atribuídos a diferentes órgãos. Daí a célebre segregação entre poder constituinte (poder constituinte originário) e poder constituído (poder constituinte constituído ou derivado) realizada pelo referido autor. Segundo seu entendimento, o poder constituinte antecede aos poderes constituídos e encontra-se superior a eles, pois os cria. Uma vez formulada a Constituição, a Constituinte dissolve-se¹⁴⁶ e aquela deve ser ratificada pelo titular do poder constituinte, aos olhos de Sieyès: a nação.

Nota-se que alguns autores entendem que o poder constituinte nunca desaparece. Nas palavras de Ferreira Filho:

O Poder Constituinte não desaparece com sua obra realizada. Ele permanece depois dela. É isso o que se chama permanência do Poder Constituinte. A *nação* não fica submetida à Constituição que ela estabeleceu, pelo seu Poder Constituinte. Só os poderes constituídos por ela é que ficam submetidos à Constituição. Decorre disso que a nação pode mudar a Constituição sempre que bem lhe parecer.¹⁴⁷

O poder constituinte é entendido, classicamente, como um poder ilimitado e incondicionado. É ilimitado, pois não há que respeitar os limites que possam ter sido impostos pelo direito anterior. Leia-se aqui “direito positivo”, já que o supracitado

¹⁴⁵ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *?Qué es el estado llano? Versión castellana de José Rico Godoy*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1998, 147 p.

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 142.

¹⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder Constituinte*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 12-13.

autor considera necessário acatar os limites afirmados pelo direito natural¹⁴⁸. Seu incondicionamento, por sua vez, deve-se ao fato de que a nação pode manifestar sua vontade livremente, sem seguir qualquer forma prefixada¹⁴⁹.

No que concerne à teoria do poder constituinte de acordo com a doutrina da soberania popular, temos que considerar duas vertentes: a francesa e a americana. A versão francesa, parte das considerações feitas por Rousseau em sua obra intitulada *Considerações sobre o governo da Polônia*. Afirma o autor que deve haver solenidade tanto para estabelecer as leis constitucionais como para revogá-las e que não há lei fundamental que obrigue a soberania do povo nem o contrato social. Para esta versão não há hierarquia entre o poder constituinte e os poderes constituídos, sendo apenas dois momentos da exteriorização da vontade geral. Aqui se confunde o poder constituinte com a Constituinte (o poder confunde-se com o órgão) ao se delegar os poderes da soberania (que são, na realidade, indelegáveis) a uma Assembléia e ao se identificar os representantes do povo com o próprio povo, o que dispensava a sanção popular após a formulação da Carta Constitucional. Por outro lado, a versão americana entende que a Constituinte possui poderes limitados e que, portanto, a Constituição por ela elaborada deve ser submetida à apreciação popular¹⁵⁰.

3.2.3 Novas perspectivas acerca do Poder Constituinte

Até o presente instante, temos demonstrado as mais clássicas considerações traçadas a respeito do poder constituinte. No entanto, não podemos nos furtar de tecer mais algumas linhas a respeito deste tão profícuo tema. Para fazermos uma análise mais detida acerca das novas perspectivas em que se apresenta o poder constituinte no cenário da modernidade, aludiremos ao magistério do filósofo e cientista político Antonio Negri, que na década de 1980, dedicou-se a discorrer sobre a “genealogia” deste conceito, tão utilizado.

¹⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder Constituinte*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 14.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 14.

¹⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 134-135.

O autor italiano¹⁵¹ denota que o poder constituinte, considerado como a fonte das normas constitucionais e, também, como o próprio sujeito desta produção de normas, desempenha atividades onipotentes e expansivas. Este, assim como a democracia¹⁵², resiste à constitucionalização, sendo, portanto, um conceito estranho ao direito. Dessa forma, Negri¹⁵³ busca definir o conceito de poder constituinte enquanto conceito de uma crise, e para alcançar este fim, propõe-se a analisar: 1) “as articulações da definição jurídica de poder constituinte”; e 2) “o problema do poder constituinte do ponto de vista do constitucionalismo”.

Em sua concepção, aquela clássica definição de poder constituinte, traçada pela ciência do direito (segundo a qual o poder constituinte consubstancia-se no poder de fazer a Constituição de um Estado), constitui-se num verdadeiro e inadmissível paradoxo. Ele assevera que estamos “diante de um poder que surge do nada e organiza todo o direito”¹⁵⁴. Explicamos: a ciência jurídica, inicialmente, entende este conceito como absoluto, para depois passar a impor-lhe limites. A crítica reside, principalmente, na ação de se limitar temporal e espacialmente o poder constituinte, entendendo-o como um poder extraordinário, que só atua em determinadas ocasiões, e que fica reduzido à norma de produção do direito, dentro do poder constituído. Assim: “...Do ponto de vista objetivo: uma parafernália jurídica cobre e desnatura o poder constituinte”¹⁵⁵.

Por outro giro, analisando a crise pela óptica do direito subjetivo, o supracitado autor assegura que a originalidade e a inalienabilidade, que são inerentes ao poder constituinte, desnaturam-se, assim como se perde o nexo de ligação existente entre este e o direito de resistência. É que, para ele, o poder constituinte é “engolido” pelo conceito de nação e pela idéia de representação¹⁵⁶. Neste sentido Negri deslinda que:

¹⁵¹ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 7.

¹⁵² Negri afirma que “a democracia é teoria do poder absoluto, ao passo que o constitucionalismo é teoria do governo limitado, e, portanto, prática da limitação da democracia”. Ibidem, p. 8.

¹⁵³ Ibidem, p. 8.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 9.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 10.

¹⁵⁶ O autor afirma que o poder constituinte, absorvido pelo conceito de nação, parece manter sua originalidade em alguns aspectos, porém, trata-se apenas de um sofisma. Ibidem, p. 10.

O carácter ilimitado da expressão constituinte é limitado na sua gênese, porquanto submetido às regras e à extensão relativa do sufrágio; no seu funcionamento, porquanto submetido às regras parlamentares; no seu período de vigência, que se mantém funcionalmente delimitado, mais próximo à forma da ditadura clássica do que à teoria e às práticas da democracia: em suma, a idéia de poder constituinte é juridicamente pré-formada quando se pretendia que ela formasse o direito, é absorvida pela idéia de representação política quando se almejava que ela legitimasse tal conceito...¹⁵⁷

De acordo com o autor¹⁵⁸, o poder constituinte deve ser mantido com intuito de dar sentido ao sistema jurídico e de servir como referência democrática. O problema está em se controlar a “irreduzibilidade do fato constituinte, dos seus efeitos, dos valores que exprime”. Para solucionar a questão, três correntes de pensamento foram firmadas.

A primeira delas enxerga o poder constituinte como um poder transcendente face ao poder constituído. Esta se configura na posição clássica, segundo a qual o poder constituinte antepõe-se ao ordenamento constitucional, estando alocado no mundo do ser (*Sein*) e não do dever-ser (*Sollen*)¹⁵⁹. Assim: “...O poder constituinte funda o primeiro [o poder constituído], mas o faz através de um nexos causal imediatamente rompido, de modo que a autonomia do ordenamento jurídico constituído é absoluta”¹⁶⁰.

A transcendência pode ser verificada em seu grau mínimo, na posição adotada por Jellinek, para quem o poder constituinte, ao querer o direito e a Constituição, quer também a regulação e, por conseguinte, a limitação de sua própria força. Ou, em seu grau máximo, de acordo com o pensamento de Kelsen, segundo o qual o direito regula sua própria produção, e assim, o poder constituinte não guarda qualquer relação com o processo formal de reprodução das normas. Tanto num quanto no outro caso, há uma verdadeira negação do poder constituinte, pois seu conceito sofre redução ética, realizada por Jellinek, ou redução sociológica, feita por Kelsen¹⁶¹.

¹⁵⁷ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 11.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 12.

¹⁵⁹ Nós adotamos esta posição.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 12.

¹⁶¹ Ibidem, p. 13-14.

A segunda corrente, ainda na visão do autor, acredita que o poder constituinte é imanente ao poder constituído, ou seja, ao sistema jurídico-constitucional. Verificam-se dois acontecimentos simultâneos: enquanto o poder constituinte move a dinâmica constitucional, são intensificadas operações para neutralizá-lo, como as operações de abstração transcendental e as operações de concentração temporal, que buscam, respectivamente, diluí-lo ou concentrá-lo em um evento isolado. A posição que sustenta o grau mínimo de imanência do poder constituinte ao sistema jurídico é desenvolvida por John Rawls. Um maior grau de imanência, porém, pode ser verificado nas posições de Ferdinand Lassalle e de Hermann Heller¹⁶². Aqui, o poder constituinte é absorvido pela Constituição, o que de certa forma, no entender de Negri¹⁶³, o neutraliza, pois a sua originalidade fica absorvida pelo Estado.

Finalmente, a terceira corrente a qual nos propusemos a analisar assevera que o poder constituinte é integrado, constitutivo, coextensivo e sincrônico ao direito constituído. Nas palavras de Negri, esta tese teórica:

...É a de que o elemento histórico-institucional deve ser considerado como um princípio vital: por conseguinte, longe de ser puramente factual, ele é prefigurado e percebido, no seu próprio caráter de originalidade, como implicitamente constituído pela legalidade (pelo direito positivo). O fato normativo é, assim, violentamente afastado de sua inessencialidade e da características consuetudinárias e orgânicas nas quais a tradição o reconhecia, para ser, ao contrário, concebido – com gradação máxima e mínima – em termos de uma atividade de cujo desenvolvimento emana a ordem jurídica.¹⁶⁴

O supracitado doutrinador destaca que no pensamento de Santi Romano reside o grau mínimo desta dinâmica; e no institucionalismo francês, o grau máximo. Alguns autores chegaram a um equilíbrio, como Constantino Mortati, para quem “a Constituição jurídica é implantada sobre a Constituição social, enquanto esta é formada por um conjunto de grupos e de forças”¹⁶⁵. Assim, a Constituição formal somente deve ser interpretada, modificada e até mesmo substituída, sempre a partir da Constituição material.

¹⁶² NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 15-16.

¹⁶³ Ibidem, p. 16.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 18.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 19.

Na concepção de Negri, este modo de pensar o poder constituinte também o neutraliza. Senão vejamos:

Contudo, para onde vai o caráter originário e libertador do poder constituinte quando nos defrontamos com esta pesadíssima imagem do jogo político como base material da Constituição? Este jogo não poderia produzir, como produziu, sinistras figuras de poder totalitário? Para onde vai então a referência íntima e continua do poder constituinte à democracia e a uma política que se constitui nos cenários da potência da multidão? Para onde vai o seu caráter criativo e irresistível? [...] Transcendente, imanente ou coextensiva, a relação que a ciência jurídica (e, através dela, o ordenamento constituído) quer impor ao poder constituinte atua de modo a neutralizá-lo, a mistificá-lo, ou melhor, de esvaziá-lo de sentido.¹⁶⁶

Passaremos a analisar o problema do poder constituinte sob o ponto de vista do constitucionalismo. Segundo Negri¹⁶⁷, o poder constituinte e a democracia - esta última entendida como poder absoluto - estão intimamente relacionados. Esses dois conceitos, no entanto, encontram-se divorciados do conceito de constitucionalismo, uma vez que este se apresenta como o conceito de um governo limitado¹⁶⁸. Acerca da incongruência apontada entre a democracia e o constitucionalismo, o autor assevera:

...Este último [o constitucionalismo] define a ordem social e política como o conjunto articulado, seja de ordens sociais distintas, seja de poderes jurídicos e políticos distintos: o paradigma do constitucionalismo é sempre o da “constituição mista”, da mediação da desigualdade e na desigualdade, portanto um paradigma não democrático.¹⁶⁹

Enquanto o paradigma do poder constituinte traduz-se numa força capaz de romper o equilíbrio preexistente e toda continuidade, trazendo em si a idéia de que o passado não possui o condão de explicar o presente; o constitucionalismo apenas conhece o passado, apoiando-se nele. Neste ponto reside implacável crítica à aspiração do constitucionalismo em regular juridicamente o poder constituinte:

A pretensão do constitucionalismo em regular juridicamente o poder constituinte não é estúpida apenas porque quer – e quando quer – dividi-lo; ela o é sobretudo quando quer bloquear sua temporalidade constitutiva.¹⁷⁰

¹⁶⁶ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 19.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 21.

¹⁶⁸ O autor entende que o governo é limitado pelo controle jurisdicional dos atos administrativos e pela organização do poder constituinte pela lei. Ibidem, p. 20

¹⁶⁹ Ibidem, p. 21.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 21.

Por todo o exposto, fica evidenciado que, para Negri, nem através do prisma das doutrinas jurídicas, nem por intermédio do constitucionalismo, a crise do poder constituinte pode ser resolvida, de forma que a ciência jurídica, tenta superá-la inutilmente.

Ressaltamos, no entanto, que apesar de discorrermos acerca desta nova visão que desponta acerca do poder constituinte, o fazemos a título de enriquecimento, pois a nossa posição se coaduna com a postura tradicional, explanada ao longo do item 3.2, e reafirmada no decorrer de toda a pesquisa.

3.3 CONSTITUIÇÃO RÍGIDA, PODER CONSTITUÍDO E MUDANÇA CONSTITUCIONAL

3.3.1 Definição do conceito de Constituição rígida

Dissemos no item 3.1 que a Constituição não pode estar divorciada da vida social. É notório que a sociedade tem evoluindo dia-a-dia diante das mudanças ocorridas nos mais variados campos da realidade humana (tecnologia, medicina, etc) e, em decorrência desta inegável dinâmica social, são criadas novas legislações acerca de diferentes aspectos. Pergunta-se: a Constituição também deve acompanhar estas transformações sociais? Tocamos em assunto delicado e merecedor de nossa reflexão.

A Constituição, como norma primeira de uma ordenação estatal, deve ter preservada a sua supremacia, assim como a certeza e a segurança jurídica dela provenientes. Dessa forma, não é aconselhável que se a modifique freqüentemente. Por outro lado, as mudanças serviriam justamente para conservá-la enquanto norma plenamente eficaz e evitar que ela sucumba por não mais atender aos anseios da sociedade. Assim, para que a Constituição evolua sem perder, no entanto, a sua estabilidade, lança-se mão da rigidez constitucional, apresentada como sua característica formal.

Uma Constituição rígida é aquela que somente pode ter seus enunciados alterados, aditados ou suprimidos mediante procedimento especial, pré-estabelecido e dificultado em relação ao processo determinado para a alteração das leis infraconstitucionais¹⁷¹. Schmitt¹⁷² as define da seguinte maneira:

Qualificam-se, sem embargo, de Constituições rígidas aquelas em que está prevista constitucionalmente a possibilidade de reformas ou revisões constitucionais; mas esta reforma ou revisão se encontra ligada a supostos ou procedimentos especiais de maior dificuldade.¹⁷³ (Tradução nossa).

Decorrem, da rigidez constitucional, algumas importantes conseqüências. Segundo os apontamentos de Raul Machado Horta dela emanam: "...permanência jurídica da Constituição e superioridade jurídica das leis constitucionais sobre as leis ordinárias, acarretando repulsa a toda lei contrária à Constituição"¹⁷⁴. Diante disso, fica destacada a supremacia da Carta Magna. Nas palavras do referido autor:

Ao conteúdo político das Constituições escritas, a rigidez acrescenta conteúdo jurídico. Assim concebido, o texto constitucional passa a ser a fonte e a referência obrigatória do ordenamento jurídico, impondo a hierarquização das normas em duplo grau: no topo, no grau superior, postam-se as leis Constitucionais (Constituição Federal e dos Estados-Membros, no Estado Federal); em escala descendente, as leis ordinárias (leis federais, leis estaduais).¹⁷⁵

Em sentido oposto ao das Constituições rígidas, verificamos as denominadas *Constituições flexíveis*, que são aquelas que podem ser modificadas pelo mesmo procedimento utilizado para a alteração das leis infraconstitucionais.

Torna-se mister investigarmos, adiante, quais são os processos mediante os quais a Constituição pátria pode ser alterada.

¹⁷¹ Realçamos que Canotilho chama este procedimento dificultado de *processo agravado*.

¹⁷² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p.4.

¹⁷³ Texto original: Se, califican, sin embargo, de Constituciones rígidas aquellas en que está prevista constitucionalmente la posibilidad de reformas o revisiones constitucionales; pero esta reforma o revisión se encuentra ligada a supuestos o procedimientos especiales de mayor dificultad.

¹⁷⁴ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 126 -127.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 126 -127.

3.3.2 Poder Constituído e Mudança Constitucional

Nosso ponto de partida acerca deste tema será uma interessante indagação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a qual intentamos solucionar:

Ademais, será que, **emendando** uma Constituição, não se estará **revendo** o seu texto, ou procedendo à **reforma** deste? Ou quando se **reforma** ou se **revê** este texto não se estará a **emendá-lo**?¹⁷⁶ (Grifos nossos).

Assentimos que os termos *reforma*, *emenda* e *revisão* abrigam um conhecido vício de linguagem: a ambigüidade¹⁷⁷. Assim, cada um deles possui vários significados, sendo utilizados para designar coisas distintas, o que importa afirmar que a eles não foram destinados significados nem critérios de uso específicos. Este defeito da linguagem ultrapassa os léxicos dos dicionários e cria uma imprecisão na própria doutrina do Direito Constitucional, em que os juristas não entraram num consenso para a aplicação daquelas palavras¹⁷⁸.

Acreditamos que a questão levantada por Ferreira Filho vem demonstrar a falta de demarcação do “terreno lingüístico” que os três diferentes termos irão “pisar”. A maior dificuldade, no entanto, reside no fato de que, por vezes, eles são utilizados como sinônimos. Dessa forma, a solução encontrada por nós é a de se definir os conceitos de *reforma*, *emenda* e *revisão* para os lindes da discussão que o doutrinador apresentar. Trata-se de proceder ao recorte da episteme e assim, escolher uma definição, um significado, dentre os vários possíveis. Seguindo esta orientação, para atender aos limites de nossa pesquisa, utilizaremos a nomenclatura *reforma* como gênero que possui como espécies a *emenda* e a *revisão*. Este entendimento é corroborado por Pinto Ferreira:

¹⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma, revisão e emenda constitucional no Direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 223, p. 53- 74, jan-mar. 2001, p. 55.

¹⁷⁷ A ambigüidade e os demais vícios de linguagem foram tratados nos itens 2.3.2.5 e 2.3.3.2.

¹⁷⁸ Atendo-nos somente a nosso direito positivo pátrio podemos asseverar que os termos descritos não foram satisfatoriamente abalizados ao longo de nossa história. Examinamos que em nossa Constituição Monárquica, datada de 1824, e na Constituição Republicana de 1891, seus respectivos artigos 174 e 90 utilizaram o termo *reforma* para designar o poder constituinte derivado (ou poder constituído); de forma divergente, as Constituições Federais de 1934 (art. 178, § 1º, a, b), de 1946 (art. 127), de 1967 (art. 50) e de 1988 (art. 60) usam a palavra *emenda*. A Constituição de 1937 (art. 174) adotou o termo *emenda*, mas, utilizou as expressões *reforma* e *modificação* como seus sinônimos. Finalmente, o termo *revisão* surgiu na efêmera Carta de 1934 (art. 178, § 2º), e foi novamente mencionada na Constituição de 1988 (art. 3º do Ato das disposições Constitucionais transitórias).

O Direito Constitucional positivo brasileiro distingue os seguintes conceitos: reforma, revisão e emenda. A reforma é a categoria genérica, que assume duas modalidades: a) a revisão; b) a emenda. A revisão é uma alteração mais profunda e mais extensa da Constituição, e a emenda é uma modificação mais restrita, sem a extensibilidade da primeira.¹⁷⁹

Para que possamos adentrar na investigação da definição do conceito de reforma e de suas respectivas espécies, constitui-se etapa preliminar discorrer acerca da diferenciação entre o poder constituinte e o poder constituído.

Conforme já explicitamos, a dicotomia entre poder constituinte e poder constituído é atribuída ao francês Emmanuel-Joseph Sieyès¹⁸⁰ que, em seu livro: *Que é o terceiro Estado?*, tratou dessas duas categorias: *potestas constituens* (poder constituinte) e *potestas constituta* (poder constituído). Estas definições foram instauradas em um momento de luta contra a monarquia absoluta, assim, o referido autor, com sua fórmula *pouvoir constituant*, transfere a soberania do monarca para a nação. Consonante observação de Canotilho:

Os momentos fundamentais da teoria do poder constituinte de Sieyès são os seguintes: (1) recorre de um poder constituinte da nação entendido como poder originário e soberano; (2) plena liberdade da nação para criar uma constituição, pois a nação ao “fazer uma obra constituinte”, não está sujeita formas, limites, ou condições preexistentes.¹⁸¹

Pelo exposto, Sieyès confere caráter de ilimitável ao poder constituinte, entendido este como inalienável e incondicionado; e, em contra partida, sugere que os poderes constituídos são limitados e condicionados pela Constituição (criada pela nação). Neste sentido, expõe Canotilho: “Os poderes conformados e regulados por esta constituição criada pelo poder constituinte (inclusive o poder de rever ou emendar a constituição – poder de revisão) seriam **poderes constituídos**”¹⁸².

¹⁷⁹ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 583.

¹⁸⁰ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *?Qué es el estado llano?* Versión castellana de José Rico Godoy. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1998.

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 69.

¹⁸² Ibidem, p. 69.

O poder constituinte, no momento da criação da Constituição, institui o poder de reforma constitucional, conferindo-o a um órgão constituído e dando-lhe a incumbência de adequar a Constituição às novas necessidades que irão surgir. O poder constituído^{183 184} é entendido, assim, como o poder de modificar a Constituição e resulta do próprio texto constitucional^{185 186}. Nota-se que ele possui posição distinta do poder constituinte (originário) e do poder legislativo ordinário, pois se sobrepõe a este e não apresenta a plenitude criadora daquele¹⁸⁷.

Com o desígnio de definir o objeto de nossa apreciação, Ferreira Filho tece oportunos comentários acerca do poder constituído:

Não pode ser ele visto como o próprio Poder Constituinte que origina a Constituição. Não apresenta os caracteres deste. Não é nem inicial, nem ilimitado, nem incondicionado. Ao contrário, é derivado da Constituição, limitado e condicionado pela Constituição, portanto, pelo Poder originário que a estabeleceu.¹⁸⁸

No tocante à definição de *reforma constitucional*, Georg Jellinek¹⁸⁹ aponta: “Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionais.”¹⁹⁰ (Tradução Nossa). Concordamos com a colocação do autor, uma vez que entrevemos a reforma constitucional como qualquer alteração formal feita na Constituição, obedecendo-se, para tanto, o procedimento pré-estabelecido na própria Carta Magna e as limitações ali pré-fixadas. Consoante prévias considerações, ela é manifestação do poder constituído e obra do poder constituinte.

¹⁸³ O poder de emendar a Constituição, dado pelo Poder Constituinte originário ao Congresso Nacional, órgão constituído, fez com que a este poder fossem concedidas várias denominações, dentre elas: poder de reforma constitucional, poder de emenda constitucional, poder constituinte instituído, poder de revisão, poder constituído e poder constituinte derivado. Nesse sentido, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 67.

¹⁸⁴ Raul Machado Horta não concorda com as críticas feitas à expressão “Poder constituinte derivado ou instituído” segundo as quais a denominação de “constituinte” deve ser reservada ao Poder originário, criador da Constituição. In HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 107.

¹⁸⁵ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 18.

¹⁸⁶ Alguns autores, como Duguit e Verdel discordam. Para estes o poder de reforma constitucional é o próprio Poder constituinte (originário) que permanece presente na Constituição.

¹⁸⁷ HORTA, Raul Machado. Op. Cit, p. 107.

¹⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma, revisão e emenda constitucional no Direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 223, p. 53- 74, jan-mar. 2001, p. 60.

¹⁸⁹ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Tradução de Cristian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

¹⁹⁰ Texto original: Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas.

Feitas estas observações, examinaremos as duas espécies de reforma constitucional já mencionadas: as emendas à Constituição e a revisão constitucional.

3.3.2.1 Emendas à Constituição e Revisão Constitucional

As emendas à Constituição cumprem importante papel na manutenção da Carta Magna porque elas pretendem adequá-la à realidade social dos novos tempos, para assim, conservar a sua eficácia. Através das emendas é possível modificar certos pontos da Constituição, sem, contudo, alterar a sua essência. Este procedimento deve ser utilizado com demasiada prudência, e somente para atender aos anseios sociais incontestavelmente necessários, para que não seja banalizado. Pois, como bem observa Hesse¹⁹¹, uma Constituição instável inspira desconfiança, o que sugere que a própria estabilidade da Constituição é condição de sua eficácia.

No direito positivo brasileiro, as emendas representam o único procedimento de reforma da Constituição¹⁹², tendo seu processo de elaboração preceituado no artigo 60 da CR, conforme apreciaremos.

No que concerne à iniciativa de proposta de emenda, esta deve ser: de um terço, no mínimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (artigo 60, I, CR); do Presidente da República (artigo 60, II, CR) e de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas pela maioria relativa de seus membros (artigo 60, III, CR)¹⁹³.

De acordo com o que determina o § 2º do artigo 60 da CR, a proposta de emenda à Constituição obedece ao sistema bicameral, uma vez que deve ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos. A sua aprovação

¹⁹¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 22.

¹⁹² Adiante explicaremos que a revisão constitucional já foi aplicada e se esgotou.

¹⁹³ Existem doutrinadores que admitem a aplicação da iniciativa popular e do referendo nessa matéria, por força de interpretação sistemática da Constituição. Da análise dos artigos 1º, 14 e 49, XV, da CR, entendem que a utilização desses institutos de participação popular em matéria de emendas à Constituição dependerá do desenvolvimento e da prática da Democracia participativa. Nesse caso, a iniciativa popular deverá obedecer aos termos estabelecidos no artigo 60, § 2º, CR. Nesse sentido, SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65-66.

requer a aprovação de três quintos dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal). Posterior promulgação deverá ser feita pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (artigo 60, § 3º, CR).

Destarte, a aprovação de emenda à Constituição exige maioria qualificada (três quintos) em detrimento da maioria simples, requerida para a aprovação das leis ordinárias, e da maioria absoluta, exigida para a aprovação das leis complementares. Isso caracteriza o processo dificultado para a reforma da Constituição, típico das Constituições rígidas como a nossa. Este procedimento tem o propósito de conservar a Carta Magna o máximo possível, evitando sua desestabilização. Conforme entendimento de Schmitt¹⁹⁴: “no requisito de reforma dificultada há uma certa garantia de duração e estabilidade.”¹⁹⁵ (Tradução nossa).

Reportaremos-nos, doravante, à apreciação da segunda espécie de reforma à Constituição: a revisão¹⁹⁶.

A Carta Magna de 1934, em seu artigo 178, pela primeira vez, dispôs acerca da *revisão* constitucional. Ao diferenciá-la das emendas, cujo procedimento era distinto, as conferiu o condão de alterar as matérias de cerne político, mais importantes do que aquelas que foram destinadas a serem reformadas mediante emendas. Assim como a referida Constituição, a revisão também foi efêmera em nosso direito positivo, desaparecendo nas Constituições subseqüentes e vindo a ser mencionada novamente, e de forma lacônica, apenas na Carta de 1988, fora de seu corpo. Ela encontra-se enunciada no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Este dispositivo preceitua que a revisão estaria prevista para ocorrer cinco anos após a promulgação da Constituição, ou seja, ela já se realizou e, como norma transitória, se esgotou.

¹⁹⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 74.

¹⁹⁵ Texto original: En el requisito de reforma dificultada hay una cierta garantía de duración y estabilidad.

¹⁹⁶ Este termo é utilizado preferencialmente pelos portugueses, e serve para designar o que no Brasil chamamos de *reforma* (a exemplo de Canotilho, *in* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998).

O procedimento da revisão disposto no art. 3º da A.D.C.T, é simplificado em relação àquele das emendas, pois, exige maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Conforme este processo foram criadas seis emendas denominadas *emendas de revisão*.

Além das emendas à Constituição e da revisão constitucional, temos ainda, a mutação constitucional com outra maneira de modificar a Constituição. Esta, porém, será objeto de análise em capítulo subsequente.

3.4 LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA E AS CLÁUSULAS PÉTREAS

Temos visto que a Constituição pode ser reformada através de procedimento dificultado e pré-estabelecido nela própria. Porém, não é qualquer de seus preceitos que podem ser modificados. O poder reformador é subordinado ao Poder constituinte (originário) e instituído por este, e, como tal, encontra-se eivado de limitações. Neste sentido, aludimos ao comentário de Uadi Lammêgo Bulos:

...Portanto, do ponto de vista jurídico, é engano acreditar que os depositários do limitado poder reformador, investidos na laboriosa tarefa de modificar a Constituição, a fim de adaptá-la a novas realidades fáticas, tudo podem fazer.¹⁹⁷

Não há simplicidade na tarefa de modificar a Constituição. Conforme considerações do supracitado autor¹⁹⁸, quando se pensa em reformá-la, três questões devem ser ponderadas: “o que se quer reformar”; “o que se deve reformar” e o “que se pode reformar”. Acrescentamos às três questões, mais duas: *como* se deve reformar, que concerne às limitações formais da reforma (a Constituição só pode ser reformada estando em perfeita congruência com o procedimento estabelecido na Carta Magna); e, *quando* não se pode reformar, questão que diz respeito às limitações circunstâncias da reforma. Quanto a este tipo de limitação, a Carta de 1988 veda a

¹⁹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Dez anos de Constituição: em torno das cláusulas de inamovibilidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 217, p. 119-134, jul-set. 1999, p. 128.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 129.

criação de emendas na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (artigo 60, § 1º, CR)¹⁹⁹.

Realizados os comentários acerca das limitações formais e circunstâncias ao poder de reforma, resta-nos adentrar na perquirição das limitações materiais (explícitas e implícitas). Quando nos propomos a esquadrihar o que pode ser reformado na Constituição, em resposta a questão “o que se pode reformar”, concluímos, por ser consectário lógico daquela indagação, que existe algo que não pode ser objeto de reforma. Assim, existem dispositivos insuscetíveis de modificação formal, que perfazem um núcleo duro, irreformável da Constituição. A Constituição Federal pátria de 1988, traz em seu bojo as denominadas cláusulas pétreas ou cláusulas de inamovibilidade²⁰⁰. Elas são as limitações materiais explícitas ao poder de reforma, elencadas no artigo 60, §4º, I, II, III e IV da CR, que enuncia que: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais”. Nestes pontos, em que o legislador constituinte de 1988 criou limites ao poder reformador, a Constituição apresenta rigidez máxima.

Torna-se mister investigarmos lingüisticamente o significado da expressão *cláusulas pétreas*. Em uma análise etimológica, pode-se afirmar que a palavra *cláusula* é proveniente do latim *clausula,ae*, e significa, dentre outras possíveis acepções: “artigo, parágrafo, ou disposição de uma lei”²⁰¹. O termo *pétreas*, também possui raiz latina, proveniente de *petrèus*, que significa “de pedra, que tem aspecto ou resistência de pedra”²⁰². Dessa forma, de acordo com os léxicos dos dicionários a expressão *cláusulas pétreas* vem significar *disposições de pedra*.

A idéia que o *nomen juris cláusulas pétreas* suscita na mente humana, ou seja, sua significação, não é de fácil apreensão. Porém, acreditamos que a definição mais

¹⁹⁹ A Constituição do Império, em seu artigo 174, estabeleceu uma terceira espécie de limite: o *limite temporal*, que estabelecia que a Constituição só poderia ser reformada após quatro anos de sua vigência. Este não fará parte de nosso objeto de análise.

²⁰⁰ Utilizamos aqui a expressão de Uadi Lammêgo Bulos, in BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 36.

²⁰¹ HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Versão 1.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

²⁰² *Ibidem*.

próxima para o conceito da referida expressão vem a ser o de disposição intransponível, intangível, irreformável, ou ainda, imodificável. De toda sorte, não é uma tarefa fácil aquela de definir *cláusulas pétreas*, pois, tal expressão é eivada de vícios de linguagem. O termo *pétrea*, por exemplo, apresenta carga emotivamente negativa e encontra-se numa zona de penumbra, o que infere sua vaguidade.

O ser humano sente-se desafiado com a latente impossibilidade de suplantar determinados obstáculos, e uma vez os qualificando de intransponíveis, desperta o intermitente desejo de superá-los. Este é um importante ponto de análise, pois, o simples fato do homem qualificar tais dispositivos de *pétreos*, em nada impede que estes sejam superados, pois, conforme verificamos oportunamente, o nome das coisas não nos diz nada acerca das coisas mesmas, mas apenas dos costumes lingüísticos de um povo.

As coisas não possuem natureza, misticamente considerada em si próprias, mas elas são aquilo que dissermos que elas são. Queremos dizer com isso, que as cláusulas pétreas não possuem natureza de pedra em si considerada (e nem qualquer outra natureza, já que é fruto exclusivo da criação humana), elas são aquilo que o legislador determinou por força normativa que elas fossem. Ademais, ressaltamos que o direito apresenta-se no mundo da cultura, no mundo do construído, ou seja, ele é obra dos seres humanos. Dessa forma, se o legislador constituinte determinou a existência de dispositivos que são intransponíveis, estes o serão, e o são, por força normativa e não porque doutrinariamente encerram a nomenclatura *pétrea*.

Quando nos remetemos ao § 4º do artigo 60, deparamos com o enunciado “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”. A expressão *tendente a abolir*, por ser ambígua, podendo gerar diversas interpretações, também merece análise lingüística. O que seriam propostas de emendas *tendentes a abolir*? Abolir é o mesmo que “fazer cessar; tornar extinto; anular; banir; suprimir; eliminar; tirar”²⁰³. Ora, o dispositivo visa claramente impedir que os pontos abarcados pelos incisos subseqüentes sejam extintos. No entanto, é a palavra *tendente* que na

²⁰³ HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Versão 1.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

polemizada frase, causa dificuldade de precisão. O termo *tendente* é sinônimo de propenso e significa: “*dirigir-se; encaminhar-se; aproximar-se de; ter por fim, ter em vista; destinar-se*”²⁰⁴. Diante destes significados, as interpretações variam. Alguns doutrinadores²⁰⁵ acreditam que deve ser rejeitada proposta de emenda que “se encaminhe ainda que remotamente, tenda para a sua abolição”; enquanto outros²⁰⁶ compreendem a expressão como sinônima de “que se aproxime de abolir”. Concordamos com a segunda corrente de entendimento, segundo a qual a proibição fica mais próxima da abolição ou da completa eliminação daqueles preceitos. Assim, compactuamos com o seguinte entendimento de Ferreira Filho:

Resulta disto que estes princípios, desde que não sejam eliminados, podem ter o seu regime de aplicação alterado, sem que se infrinja a proibição. Na verdade, esta posição tem por si a experiência. A proibição de sequer deliberar sobre propostas tendentes a abolir a “forma federativa” não impediu, sob a Constituição de 1946 (que a enunciava – art. 217, § 6º), reforma tributária que certamente alterava a estrutura da federação brasileira, pois afetava concretamente a autonomia dos Estados.²⁰⁷

Oportunamente, analisamos o artigo 60, §4º, I, II, III e IV, da CR, que assim enuncia: “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais*”. O intuito da criação desses limites foi, precipuamente, a manutenção da integridade da Carta Magna, uma tentativa de proteger seu núcleo duro (essencial) e garantir as conquistas jurídicas e políticas historicamente realizadas.

A proteção da forma federativa foi preservada desde a Constituição de 1891 até os dias atuais (exceto pela Carta Magna de 1937) e veda que o país se transforme em Estado unitário. A manutenção do voto secreto, periódico e universal visa resguardar a Democracia, pois, é expressão dela própria. A proibição da separação dos poderes significa, segundo nosso entendimento, a proibição da supressão de qualquer deles, seja o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário. Quanto à preservação dos direitos e

²⁰⁴ HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Versão 1.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 69.

²⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma, revisão e emenda constitucional no Direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 223, p. 53- 74, jan-mar. 2001, p. 66.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 66.

garantias individuais, tem-se a intenção de protegê-los como um todo, não se limitando aos direitos referidos no Título II da Constituição Federal.

Além das limitações materiais explícitas acima abarcadas, a doutrina refere-se às limitações materiais implícitas, mas há que se dizer que não há um consenso acerca de quais seriam elas exatamente. Alguns doutrinadores ampliam bastante este rol e outros há que só admitem os consectários lógicos advindos do enunciado prescritivo²⁰⁸, como: as limitações relativas ao titular do Poder Constituinte, as concernentes ao titular do poder reformador, as atinentes ao processo da própria emenda e as referentes aos direitos fundamentais do homem.

Acreditamos, no entanto, que esta imprecisão definitória promana do fato de que as limitações materiais implícitas são frutos exclusivos da interpretação do enunciado prescritivo em questão. Ocorre que este permite a construção de diversas proposições, entendidas como construções mentais do sentido do enunciado²⁰⁹. As proposições podem ser ou não normas jurídicas dependendo, para tanto, de quem seja o seu agente produtor. Se a proposição é realizada pelos destinatários da norma ou por juristas, não encerra norma jurídica, pois, fica caracterizada, no caso em apreço, como metalinguagem descritiva do direito positivo. Por outro lado, se a proposição advém de um julgador, que interpreta o enunciado para posterior aplicação, por estar ele vinculado a uma estrutura normativa de poder (Poder Judiciário), emite normas jurídicas (sentença, acórdão, jurisprudência, súmula).

Por todo o exposto, para que se obedeça à ordem jurídica vigente e seu escalonamento, segundo o qual a Constituição Federal resume-se na norma jurídica positiva de mais alto escalão, sendo o derradeiro fundamento de validade de todas as outras normas jurídicas, concluímos que as chamadas cláusulas pétreas, como limitações materiais explícitas ao poder de reforma da Constituição, são formalmente intocáveis. Ademais, qualquer modificação que atente aos limites constitucionais estabelecidos, sejam eles formais ou materiais, está sujeita ao controle de constitucionalidade, exercido pelo Poder Judiciário.

²⁰⁸ Neste sentido, SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma Constitucional*. Salvador: livraria progresso, 1954, p. 93. Apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 7.

²⁰⁹ Vide item 1.5, p. 27.

Esclarecemos que as modificações constitucionais não ocorrem somente através de reforma, ou seja, pela via formal, sendo possível que estas também se realizem informalmente, através, por exemplo, de novas interpretações dadas ao texto da Lei Maior. Este tipo de mudança na Constituição é denominado *mutação constitucional*, definida por Jellinek²¹⁰ como: “...a modificação que deixa incólume seu texto sem mudá-lo formalmente, que se produz por fatos que não têm que ir acompanhados pela intenção, ou consciência de tal mutação.”²¹¹ (Tradução Nossa).

Já afirmamos que as cláusulas pétreas são obstáculos intransponíveis pela reforma constitucional, porém, indagamos: o mesmo ocorre perante a mutação constitucional? Ou mais precisamente: as cláusulas de inamovibilidade podem ser superadas através da mutação constitucional?

Esta é a questão-chave de nossa pesquisa, a qual diligenciamo-nos a responder em capítulo porvindouro.

²¹⁰ JELLINEK. Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Tradução de Cristian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

²¹¹ Texto original: [...] la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia de tal mutación.

4 A NORMA JURÍDICA

4.1 CONHECIMENTO, LINGUAGEM E DIREITO

Sobalçamos a linguagem em nossa pesquisa e, diante da imprescindibilidade de seu estudo, desafiamo-nos a traçar o indiscutível paralelo existente entre esta, o conhecimento e o Direito, aqui entendido como ciência.

Constitui-se fato notório aquele do homem estar sempre envolto num mundo físico, num mundo dado, natural. Mas também é certo que este mundo é representado através de signos e transformado por meio de ações humanas em prol de um objetivo, de um fim desejável. Toda mudança provocada no mundo cru²¹² pelo ser humano, tendo em vista uma finalidade, constitui-se em *cultura*. Assim, certo está que o homem habita também um mundo cultural que, por sua vez, só existe por causa da linguagem. Quando nascemos, nos encontramos diante das convenções já pactuadas entre os homens e passadas de uma geração à outra. Os signos já estão devidamente convencionados e simplesmente nos adequamos àquela realidade lingüística e, por assim dizer, cultural existente. A própria tradição só é possível mediante a linguagem. O homem não tem acesso às coisas ou aos acontecimentos, mas à linguagem sobre as coisas e acerca dos acontecimentos, daí dizer que: “A linguagem é o universo humano”²¹³. Assim é o direito: ele trabalha com interpretação, ou seja, com linguagem. Corroborando nosso entendimento, Moussallem observa que:

Entender a realidade humana como uma continuidade lingüística torna-se de vital importância para a compreensão do homem e do direito na medida em que ambos não trabalham com os acontecimentos físicos, mas somente com a interpretação ou versão, por fim linguagem.²¹⁴

A linguagem possui o condão de construir a realidade, o que faz com que o conhecimento esteja intrinsecamente relacionado a ela. Quando nos reportamos ao conhecimento, devemos ter em mente que ele é adquirido por intermédio da

²¹² Utilizamos esta expressão, forjada por Reale, para designar o mundo natural. In REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

²¹³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 26.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 28.

linguagem no interior de um processo comunicacional. Ele consiste numa relação entre linguagens, entre significações²¹⁵. Esta relação ocorre entre a linguagem do sujeito cognoscente, que percebe o objeto e o transmuta em dado estruturado em linguagem; e a linguagem do sujeito destinatário²¹⁶, que deve compreender o código lingüístico emitido pelo sujeito cognoscente; sobre a linguagem do objeto.

Moussallem²¹⁷ afirma que para haver conhecimento, necessariamente deve haver a interposição do plano lingüístico. Desta forma, não há, em sua concepção, conhecimento apenas na experiência ou na realidade, sendo que o conhecimento reside somente no plano do enunciado. Em suas palavras: “o mundo circundante é constituído pela linguagem porque esta se encontra inevitavelmente atrelada ao conhecimento”²¹⁸.

Diferençamos o conhecimento vulgar do conhecimento científico, também, através da linguagem que é destinada a um e a outro. Enquanto utilizamos para o conhecimento comum a linguagem ordinária, aplicada no cotidiano das pessoas, no conhecimento científico empregamos uma linguagem mais rigorosa²¹⁹.

Frisamos anteriormente (item 3.1) que o Direito faz parte do mundo cultural, e como conhecimento, encontra-se constituído por linguagem. Como o termo *Direito* é evitado de ambigüidade, esclarecemos: o Direito como direito positivo e como Ciência do Direito são vertidos em linguagem. Na primeira acepção tem-se a linguagem em sua função prescritiva; enquanto na segunda, apresenta-se a linguagem em sua função descritiva. Trata-se de dois níveis distintos de linguagem (linguagem-objeto e metalinguagem, respectivamente).

²¹⁵ Vide item 2.2.

²¹⁶ O destinatário pode ser fictício.

²¹⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 29-30.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 30.

²¹⁹ Além da linguagem rigorosa, o conhecimento científico pressupõe um método específico e um corte metodológico capaz de traçar o ponto-início e o ponto-fim de um determinado estudo.

4.2 ENUNCIADO, PROPOSIÇÃO E NORMA JURÍDICA

O Direito positivo apresenta-se em linguagem na forma de enunciados prescritivos. Um enunciado, conforme já explicitamos²²⁰, é o suporte físico de um signo. Segundo Eurico Santi:

Enunciado é o modo expressional frásico, conjunto de palavras que, relacionadas, cumprem com o requisito de serem significativas. Caracteriza-se por apresentar concretude existencial mediante um suporte físico, dado integrante da relação sígnica-comunicacional que, como o próprio nome sugere, tem natureza física, material: as ondas sonoras, na linguagem oral; o depósito de tinta no papel, na comunicação escrita; o espaço condutor visual por onde trafegam os fótons, na comunicação mímica ou meramente iconográfica.²²¹

O enunciado refere-se a algo (significado) e suscita em nossa mente uma idéia ou um conceito (significação). Este conceito (significação), advindo da interpretação do enunciado, corresponde ao que chamaremos de proposição. Dessa forma, a proposição nada mais é do que a própria significação do enunciado. Assim, enquanto um texto, por exemplo, é um enunciado; aquilo que apreendemos da leitura do mesmo consiste em sua proposição. Norberto Bobbio também faz esta distinção: “Por proposição entendemos um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade [...]. Por enunciado entendemos a forma gramatical e lingüística pela qual determinado significado é expresso”²²².

O supracitado autor²²³ declara que uma mesma proposição pode advir de vários enunciados distintos. Exemplificamos: se dissermos “Pedro considera Júlia uma pessoa intransigente” ou “Júlia é considerada uma pessoa intransigente por Pedro”, embora a forma gramatical tenha se alterado, ou seja, embora os enunciados sejam distintos, o entendimento extraído deles é o mesmo, o que importa dizer que a proposição não se modifica. O mesmo ocorre quando dizemos a mesma coisa em diferentes idiomas: o enunciado na língua italiana: “andiamo a casa mia”, é diferente do enunciado em português: “vamos à minha casa”, porém, a significação

²²⁰ Vide item 2.5.

²²¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 30.

²²² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3.ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 72.

²²³ *Ibidem*, p. 72.

(proposição), aquilo que se extrai dos enunciados, continua sendo o mesmo. Echave et al²²⁴ compartilham deste entendimento. Tais autores expõem o tema com clareza:

Suponhamos agora três enunciados: “faz frio”, “il fait froid”, “it is cold”. Salta aos olhos que eles são diferentes: estão compostos por palavras distintas, e até correspondem a diversos idiomas. Mas também advertimos que os três têm algo em comum: querem dizer o mesmo. E para isto não é necessário sequer recorrer a outras linguagens: “o presidente da Bolívia foi derrubado pelo exército” e “o exército derrubou o presidente da Bolívia” são também enunciados distintos que querem dizer o mesmo: é dizer, têm o mesmo significado²²⁵. Quando vários enunciados têm o mesmo significado, dizemos que eles expressam a mesma proposição.²²⁶ (Tradução nossa).

Bobbio²²⁷ considera ainda que um único enunciado pode manifestar diversas proposições, dependendo, por exemplo, do contexto em que o enunciado é exprimido. Se dissermos a um amigo: “gostaríamos de comer uma porção de batatas fritas”, este entenderá que temos o desejo de comer batatas fritas; a frase funcionará como informativa de uma desejo; mas, se dissermos a mesma frase a um garçom, este entenderá que ele deve trazer uma porção de batatas fritas à mesa; a frase funcionará como imperativa.

Transportando para o Direito as definições dos conceitos de enunciado e de proposição, importa-nos esclarecer que a norma jurídica é a proposição que extraímos dos textos de direito positivo. Ela é a significação dos textos de direito positivo. Enquanto o texto de direito positivo, criado pelo Poder Legislativo, é o enunciado prescritivo, a norma jurídica, que será aplicada efetivamente pelo Poder Judiciário, é proposição jurídica. Corroborando nosso entendimento, Carvalho denota que:

A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como

²²⁴ ECHAVE, Delia Teresa; GUIBOURG, Ricardo A.; URQUIJO, Maria Eugenia. *Lógica, proposición y norma*. 5.ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 36.

²²⁵ Echave et al utilizam o termo *significado* para designar *significação*.

²²⁶ Texto original: Supongamos ahora tres enunciados: “hace frio”, “il fait froid”, “it is cold”. Salta a la vista que ellos son diferentes: están compuestos por palabras distintas, y hasta corresponden a diversos idiomas. Pero también advertimos que los tres tienen algo em común: quieren decir lo mismo. Y para esto no hace falta siquiera recurrir a otros lenguajes: “el presidente de Bolivia fue derrocado por el ejército” y “el ejército derrocó al presidente de Bolivia” son también enunciados distintos que quieren decir lo mismo: es decir, tienen idéntico significado. Cuando varios enunciados tienen el mismo significado, decimos de ellos que expresan la misma proposición.

²²⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3.ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 72.

resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. Vejo os símbolos lingüísticos marcados no papel, bem como ouço a mensagem sonora que me é dirigida pelo emissor da ordem. Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, no qual associo idéias ou noções para formar um juízo, que se apresenta, finalmente, como proposição. [...] a norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito.²²⁸

Dessa forma, um texto de direito positivo pode encerrar diversas interpretações. Isso implica no fato de que, de um único enunciado prescritivo, poderão advir diferentes normas jurídicas, consoantes com as significações apreendidas pelos sujeitos cognoscentes, entendidos estes, como os intérpretes do direito. Isto caracteriza que a norma jurídica é sempre implícita, necessitando ser descoberta através da interpretação do texto de direito positivo. Riccardo Guastini²²⁹ concorda com a nossa posição, segundo a qual a norma jurídica é fruto da interpretação. O autor italiano denomina: "... 'Disposição' cada enunciado advindo de uma fonte do direito e 'norma' em sentido amplo (não a disposição mesma, mas) o seu conteúdo de sentido, o seu significado que é uma variável dependente da interpretação".²³⁰ (Tradução nossa). Dessa forma, segundo nos aventa Moussallem²³¹, o termo *disposizione* (*disposizione*) equivale ao nosso *enunciado*, enquanto o termo *norma* se identifica com o mesmo sentido em que consideramos o vocábulo.

Reportando-nos ao triângulo semiótico, temos que: os textos de direito posto ocupam o tópico de suporte físico; os comportamentos humanos, aos quais o direito positivo se reporta, encontram-se no lugar do significado (correspondente com o mundo circundante); e as normas jurídicas (consustanciando-se nas construções dos aplicadores do direito, que são apreendidas da interpretação dos textos de direito positivo), conforme já analisamos, preenchem o local da significação²³².

Note-se que não é sempre que uma proposição encerra-se em uma norma jurídica. Segundo Enrico Santi:

²²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8.

²²⁹ GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmática delle fonti*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1998, p. 16. Apud MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 85.

²³⁰ Texto original: ...Disposizione ogni enunciato appartemente ad una fonte del diritto e norma in sensu lato (non la disposizione stessa, ma) il suo contenuto di senso, il suo significato, che è una variabile dipendente dell'interpretazione.

²³¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 85.

²³² CARVALHO, Paulo de Barros. Op. Cit, p. 9.

Norma é uma estrutura lógico-sintática de significação, que conceptua fatos e condutas, representando-os como significações objetivas. Proposição é a significação do enunciado. Como juízo significativo que é, apresenta necessariamente uma estrutura lógica. A proposição normativa (jurídica ou prescritiva) revela estrutura hipotética (implicacional) geral ou individual, é sua forma lógica. Tem composição dual. Suas partes, elementos que inexistem por si só, podem estar dispersos na legislação positiva integrando corpos jurídicos os mais diversos.²³³

Assim, a norma jurídica consiste naquela proposição prescritiva que possui a forma implicacional, “associando a um possível dado fáctico (sic) uma relação jurídica”²³⁴. Ela encontra-se relacionada ao sistema de direito positivo como um todo. Isso significa que para se chegar à norma jurídica o intérprete deve enxergar o ordenamento jurídico em sua totalidade, pois, uma norma jurídica pode advir da junção de dois ou mais enunciados prescritivos. Tal assertiva é corroborada por Carvalho:

Se pensarmos que a norma é um juízo hipotético-condicional (se ocorrer o fato X, então deve ser a prestação Y), formado por várias noções, é fácil concluir que nem sempre um só texto (de lei, p. ex) será suficiente para transmitir a integridade existencial de uma norma jurídica. Às vezes, os dispositivos de um diploma definem uma, algumas, mas nem todas as noções necessárias para a integração do juízo e, ao tentar enunciá-lo verbalmente, expressando a correspondente proposição, encontramos-lo incompleto, havendo a premência de consultar outros textos do direito em vigor.²³⁵

Dessarte, cumpre-nos diferenciar os enunciados prescritivos, as significações isoladas e as normas jurídicas. Carvalho²³⁶ elucida que o direito manifesta-se em três distintos planos ou subsistemas (jurídicos), quais sejam: 1) o subsistema das formulações literais; 2) o subsistema de significações isoladas de enunciados prescritivos; e 3) o subsistema das normas jurídicas.

Analisaremos, à luz de Carvalho²³⁷, mais detidamente, cada um desses subsistemas. Antes, porém, esclarecemos que a definição do conceito de sistema, por nós aceito, é aquele formulado por Carvalho e ligeiramente modificado por Moussallem, segundo o qual: “Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada [por meio da linguagem],

²³³ SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.31.

²³⁴ *Ibidem*, p.32.

²³⁵ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 9.

²³⁶ *Idem*. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 59.

²³⁷ *Ibidem*, p. 59-73.

teremos a noção fundamental de sistema”²³⁸. Ressaltamos que o sistema de direito positivo é distinto do sistema da Ciência do Direito, sendo que cada um deles apresenta uma lógica específica: enquanto o sistema de direito positivo (prescritivo) corresponde à lógica deôntica, ou seja, à lógica do dever-ser; o sistema da Ciência do Direito (descritivo) corresponde à lógica alética ou apofântica. Isso implica dizer que as valências das normas jurídicas e das proposições da Ciência do Direito são diferentes, as primeiras são validas ou não-validas; e no caso da Ciência do Direito são utilizados os valores de verdade ou falsidade²³⁹.

Retornando à análise proposta, temos que o primeiro subsistema – o das formulações literais ou o do conjunto de enunciados, tomados no plano da expressão – como a própria denominação sugere, consiste no sistema dos enunciados prescritivos. Tais enunciados correspondem ao suporte físico das significações e consubstanciam-se nos artigos, parágrafos, incisos, alíneas, ou seja, em todo o conjunto de palavras, representados nos documentos (normativos) produzidos pelos órgãos criadores do direito.

Para que os enunciados sejam claros, facilitando assim, a interpretação, eles devem ser sintaticamente bem formados, o que requer que sejam observadas as regras de formação e as regras de derivação do idioma utilizado²⁴⁰. Carvalho²⁴¹ demonstra que a grande importância do texto, como suporte físico das significações, está no fato de que este é o único dado objetivo para os que fazem parte da comunidade comunicacional. E afirma que: “Os textos jurídico-positivos, nessa dimensão de análise, vão constituir conjuntos finitos de enunciados prescritivos, racionalmente organizados na forma de sistema”²⁴².

O segundo subsistema ora analisado diz respeito às significações dos enunciados prescritivos, ou seja, às suas proposições. Trata-se de análise que reside no plano do conteúdo, em que os enunciados são entendidos isoladamente, em sua individualidade semântica. Verifica-se que aqui ainda não reside a norma jurídica.

²³⁸ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 64.

²³⁹ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 3-4.

²⁴⁰ Sobre as regras de formação e de derivação, vide item 2.3.1.

²⁴¹ Idem. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 63.

²⁴² Ibidem, p. 67.

Carvalho esclarece: “penso que, no âmbito desse subdomínio, não se deva falar, ainda, em normas jurídicas, dado o arcabouço lógico peculiar a tais entidades”²⁴³. Como bem explica Moussallem: “Não há ainda nesse âmbito (S2) regulamentação de conduta intersubjetiva. Existem significações com referência prescritiva à linguagem da realidade social sem contudo possuir capacidade de regulá-la”²⁴⁴.

Por fim, no subsistema das normas jurídicas (*stricto sensu*), o intérprete promove:

...A contextualização dos conteúdos obtidos no curso do processo gerativo, com a finalidade de produzir unidades completas de sentido para as mensagens deônticas.²⁴⁵

Essas unidades são as normas jurídicas.

Assim, o exegeta lê os enunciados prescritivos, desta leitura advém suas significações, isoladamente consideradas, para, só então, compor as normas jurídicas, que são “significações construídas a partir dos textos positivados e estruturados consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas”²⁴⁶.

Na concepção de Carvalho: “as normas jurídicas são unidades de sentido deôntico obtidas mediante o grupamento de significações organizadas em um arquétipo formal de implicação”²⁴⁷. Fala-se em sentido deôntico porque a lógica das normas em geral, seja elas morais ou jurídicas, é a lógica deôntica, cujos modais são: obrigação (O); permissão (P) e proibição (V); o que significa que as normas jurídicas apresentam o mínimo do dever-ser em três possíveis condutas a serem reguladas: as condutas de obrigar, de permitir ou de proibir. O intérprete, assim, na missão de criar normas, deve construir, através da estrutura implicacional destas, o sentido deôntico do texto de direito posto.

²⁴³ CARVALHO. Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 67.

²⁴⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 84.

²⁴⁵ CARVALHO. Paulo de Barros. Op. Cit, p. 70.

²⁴⁶ Ibidem, p. 22.

²⁴⁷ Ibidem, p. 22.

4.3 ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA: A NORMA JURÍDICA PRIMÁRIA E A NORMA JURÍDICA SECUNDÁRIA

A norma jurídica, como dissemos, possui estrutura implicacional. Em linguagem formalizada, ela apresenta-se desta maneira: $[D (p \rightarrow q)]$. Isso significa que se acontecer um fato p , *deve-ser* (\rightarrow) a conseqüência q . Observamos assim, que a norma jurídica apresenta uma hipótese (pressuposto) e uma tese (conseqüente).

A hipótese descreve situações de possível ocorrência enquanto a tese prescreve uma relação modalizada pelo functor relacional deôntico em um dos seus três modais possíveis, quais sejam: obrigatório (O); permitido (P) ou proibido (V). Segundo Lourival Vilanova: “A tese, normativamente vinculada à hipótese, tem estrutura interna de proposição prescritiva. É a relação em que um sujeito S' fica face a outro sujeito S'' ”²⁴⁸.

O Conseqüente (tese) possui a estrutura interna $S' R S''$, em que R (functor relacional) é o functor deôntico modalizado [obrigatório (O); permitido (P) ou proibido (V)], e S' e S'' são os sujeitos de direito. Já a relação que vincula a proposição-hipótese e a proposição-tese sofre incidência de functor deôntico não modalizado (neutro).

Retomando a estrutura da norma jurídica – $[D (p \rightarrow q)]$ – temos²⁴⁹:

- 1) D e \rightarrow = são sincategoremas (constantes ou invariantes), são *dever-ser* não modalizado que ligam a hipótese à tese;
- 2) p = é a hipótese, o antecedente da norma jurídica que descreve um fato de possível ocorrência ou já ocorrido, lícito ou ilícito;
- 3) q = é a tese ou o conseqüente da norma jurídica. É a relação jurídica entre dois sujeitos de direito apresentando incidência de functor modalizado [obrigatório (O);

²⁴⁸ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 98.

²⁴⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 87.

permitido (P) ou proibido (V)]. Na estrutura interna da tese (S' R S''), temos: a) R = categorema (variável) modalizado [obrigatório (O); permitido (P) ou proibido (v)]; b) S' e S'' = sujeitos de direito.

A norma jurídica compõe-se de duas partes, daí dizer que ela apresenta estrutura dual. Essas partes são: a norma jurídica primária e a norma jurídica secundária. A norma jurídica primária prescreve um dever se houver a ocorrência do fato previsto no suposto; e a norma jurídica secundária prescreve uma sanção, que deve ser aplicada pelo Estado-juiz, caso haja descumprimento da conduta estatuída na norma primária. Vilanova deslinda acerca desta distinção entre norma primária e secundária ao afirmar que:

Naquela, estatuem-se as relações deonticas direitos/deveres, como conseqüência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fácticas [sic] ou situações já juridicamente qualificadas; nesta, preceituam-se as conseqüências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida.²⁵⁰

Nota-se que a norma primária e a norma secundária apresentam a mesma estrutura formal (lógico-sintática), qual seja: [D (p → q)]. Diferindo, no entanto, no que diz respeito às suas composições semânticas.

Recordamos que as normas jurídicas são normas éticas e, como tais, possuem a primordial característica de poderem ser descumpridas. No entanto, o sistema de direito positivo, certo dessa possível ocorrência, cria normas que invocam, neste caso, a participação do Estado-juiz. Esta atuação do Estado-juiz encontra-se no conseqüente da norma secundária²⁵¹. A norma secundária traz em seu antecedente a descrição do descumprimento da relação jurídica da norma primária (presente no conseqüente desta); e em seu conseqüente, traz uma atuação do Estado-juiz. De acordo com Moussallem, esta atuação do Poder judiciário produz uma outra norma que pode ter como objetivo uma conduta humana ou uma norma. É inegável a

²⁵⁰ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 111.

²⁵¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 87.

função criadora de direito positivo que se estabelece com a aplicação da norma secundária. O citado autor aduz que:

A norma primária descreve fatos lícitos estatuidando direitos e deveres, e a norma secundária descreve fatos ilícitos prescrevendo a possibilidade de atuação do Estado-juiz, chamada tradicionalmente de sanção.²⁵²

Como não há norma jurídica sem sanção, podemos afirmar que a norma primária carente da norma secundária perde seu caráter de juridicidade. Nas palavras de Vilanova: “Se de uma norma jurídica suprimi-se a norma secundária sancionadora da norma primária, fica a norma primária desprovida de juridicidade”²⁵³.

Pelo exposto, a norma jurídica completa é formada pela junção das duas normas acima analisadas: a norma primária e a norma secundária.

Verificamos, a seguir, a norma jurídica completa, em linguagem formalizada²⁵⁴:

$$D\{[F \rightarrow (S' R S'')] \vee [-(S' R S'') \rightarrow (S' R' S''')]\}$$



Norma Primária



Norma Secundária

As representações acima significam:

D = functor deôntico não-modalizado (sincategorema).

F = antecedente da norma jurídica primária. Descreve um fato de possível ocorrência no mundo.

→ = nexos de imputação jurídica; operador implicacional (sincategorema).

(S' R S'') = conseqüente da norma primária. Relação jurídica de índole material.

²⁵² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 88.

²⁵³ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 113.

²⁵⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Op. Cit, p. 91-92.

R = variável functorial relacional (categorema) que pode ser: obrigatório (O), permitido (P) ou proibido (V).

S' = sujeito ativo, detentor de um direito subjetivo (categorema).

S'' = sujeito passivo, detentor de um dever jurídico (categorema).

v = disjuntor includente (uma, outra ou ambas as normas). Demonstra que as duas regras são válidas no sistema, mesmo que só uma seja aplicada no caso concreto, sendo que a aplicação de uma exclui a aplicação da outra²⁵⁵.

- (S' R S'') = antecedente da norma secundária. Descreve o descumprimento da relação jurídica primária.

- = negador da relação R.

(S' R' S''') = conseqüente da norma secundária; relação jurídica de direito processual.

R' = variável functorial relacional (categorema). Pode ser obrigatório (O), permitido (P) ou proibido (V).

S''' = o Estado-juiz como sujeito passivo (deve dar a prestação jurisdicional).

4.4 NORMAS GERAIS, INDIVIDUAIS, ABSTRATAS E CONCRETAS

Com intuito de dar maior completude ao exame da norma jurídica, é mister volvermos nossa atenção para algumas de suas possíveis classificações. Observaremos então, o que significam as normas jurídicas gerais, individuais, abstratas e concretas. O primeiro passo para diferencarmos estes quatro tipos de normas é o de verificar que as normas abstratas e concretas são vistas sob o prisma

²⁵⁵ CARVALHO. Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 33.

do antecedente normativo (hipótese), enquanto que as normas gerais e individuais são analisadas sob a ótica do conseqüente normativo (tese).

Uma norma será abstrata quando o fato jurídico descrito no antecedente esteja explicitado em enunciado conotativo (ou designativo), ou seja, quando houver no antecedente normativo somente a indicação de classes com as características que um episódio precisa possuir para ser considerado fato jurídico. Ao passo que, uma norma concreta, possui enunciado denotativo referente a um acontecimento ocorrido, ou seja, a situação descrita na hipótese ocorreu no mundo real. Este evento ocorrido deve ser relatado em linguagem hábil subsumido ao enunciado conotativo.

No que concerne às normas individuais e gerais, conforme já dito anteriormente, estas serão analisadas à luz do conseqüente normativo (tese), mais detidamente, no que diz respeito aos sujeitos passivos da relação jurídica. A norma jurídica é dita geral, quando apresenta sujeito passivo indeterminado, ou seja, dirige-se a um conjunto indeterminado de pessoas; e é classificada de individual, quando os sujeitos da relação jurídica são bem determinados. Dessa forma, a norma individual é destinada a certa pessoa ou a certo grupo de pessoas identificadas²⁵⁶.

4.5 O PODER CRIADOR DOS JUÍZES

Frente à definição de norma jurídica traçada e de sua classificação primordial para os lindes de nossa pesquisa, resta-nos inquirir acerca do poder criador dos juízes. Mais precisamente, intentamos verificar se o juiz possui o condão de criar normas jurídicas.

O juiz tem como atividade jurisdicional aquilo que chamamos de *enunciação*²⁵⁷. A enunciação ou a atividade humana (aplicação-atividade, ou seja, atividade exercida pelo órgão competente designado pelo direito positivo para produzir normas

²⁵⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 102.

²⁵⁷ Retomando o conceito de *enunciação*, segundo o qual esta consiste no ato de criar enunciados, recordamos que ela se esvai no tempo deixando somente suas marcas, as quais chamamos de *atos enunciativos*.

jurídicas), é fonte do Direito. Ratificando nosso entendimento, Moussallem deslinda: “...A lei está para o enunciado, assim como o procedimento legislativo, judicial ou administrativo está para a enunciação. Esta é a fonte do direito, ao passo que aquele é o produto”²⁵⁸. Diante disso, afirmamos, de plano, que os juízes criam normas jurídicas através da aplicação do direito (procedimento judicial).

Esclarecemos: a atividade jurisdicional encerra-se no ato de aplicação do direito positivo (aplicação-atividade) e consubstancia-se em enunciação. Logo, é ato gerador de normas jurídicas, uma vez que aplicar o direito, interpretando-o, é criar direito²⁵⁹. De acordo com Guastini²⁶⁰:

Assim, por exemplo, a legislação é obviamente criação de normas (gerais), mas é ao mesmo tempo também aplicação de normas, e precisamente de normas constitucionais. A jurisdição, por sua vez, é sim aplicação de normas (legislativas), mas é ao mesmo tempo também criação de normas individuais.²⁶¹ (Tradução nossa).

Se os juízes, por sua vez, criam normas jurídicas ao aplicar o direito, paira ainda uma dúvida no tocante ao tipo de normas geradas pela sua atuação. Responde-se: sempre que houver o descumprimento da relação jurídica material disposta no conseqüente da norma jurídica primária, o juiz pode ser chamado a atuar, aplicando o direito por intermédio da norma secundária (relação processual). Dessa forma, não há que se olvidar que ele cria somente normas jurídicas *concretas*, podendo estas ser gerais ou individuais.

Finalmente, destacamos que o produto da enunciação (enunciado) desempenhada pelos juízes é a sentença, o acórdão, a jurisprudência, enfim, as decisões entendidas como documentos normativos.

²⁵⁸ MOUSSALLEM, Tarek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 156.

²⁵⁹ Segundo Moussallem, o processo de positivação do direito se efetiva através da aplicação dele. *Ibidem*, p. 105.

²⁶⁰ GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmática delle fonti*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1998, p. 64. *Apud Ibidem*, p. 105.

²⁶¹ Texto original: Così, ad esempio, la legislazione è ovviamente creazione di norme (generalì), ma è al contempo anche applicazione di norme, e precisamente di norme costituzionali. La giurisdizione, a sua volta, è sì applicazione di norme (legislative), ma è al contempo anche creazione de de norme individuali.

Salientamos que as considerações que temos feito neste capítulo, serão de grande valia para a análise da questão-cerne de nossa pesquisa, uma vez que as cláusulas pétreas, como direito positivo que são, apresentam-se em forma de enunciados prescritivos. Assim, o texto de direito positivo que as trazem (art. 60, § 4^a da CR) enseja diversas proposições, o que significa dizer que distintas normas jurídicas podem ser dali extraídas, dependendo, no entanto, da interpretação do sujeito competente para produzi-las. Em capítulo ulterior discorreremos acerca deste tema.

5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No item 3.3, ao discutirmos acerca das mudanças que podem ocorrer na Constituição, referimo-nos à possibilidade de sua reforma, através, principalmente, das emendas constitucionais. Salientamos, já adiantando na ocasião o objeto do presente capítulo, que ao lado dos processos formais, fixados na própria Constituição e responsabilidade do poder constituído (ou poder constituinte derivado), apresentam-se os processos informais de mudança constitucional. Aqueles ocorrem sempre conscientemente, mediante alterações do texto constitucional, enquanto estes, muitas das vezes, são realizados de forma espontânea, pois se consubstanciam num procedimento paulatino.

Tanto os processos formais quanto os processos informais têm o condão de adequar a Constituição às novas necessidades que surgem naturalmente do processo evolutivo dos homens e, conseqüentemente, da sociedade em que vivem. Como bem dito pelo juiz norte-americano Cooley²⁶²: “posto que o povo muda, também tem que mudar a Constituição.”²⁶³ (Tradução nossa). Ocorre que, mesmo o texto constitucional permanecendo inalterado, a significação dele extraída é cambiante, pois com o passar do tempo novos valores vão surgindo e outros deixam de sê-los. É aqui que abrimos espaço à mutação constitucional, por tratar-se de processo que muda o alcance das disposições constitucionais, sem modificá-las textualmente, por intermédio da interpretação constitucional, da legislação infraconstitucional e dos costumes constitucionais²⁶⁴. Sua importância consiste em permitir a convivência harmônica da sociedade com a Carta Magna, fazendo esta evoluir e, assim, acompanhar as mudanças sociais, posto que amolda o texto constitucional à atual realidade.

No presente capítulo, abordaremos o tema da mutação constitucional, com intuito de demonstrar sua importância para a superação das cláusulas pétreas.

²⁶² COOLEY Apud DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Basauri: Instituto Vasco de Administración Pública, 1932, p. 100.

²⁶³ Texto original: puesto que el pueblo cambia, también tiene que cambiar su Constitución.

²⁶⁴ Oportunamente explicaremos que não aceitamos os costumes constitucionais.

5.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A expressão *mudança constitucional* foi forjada por Laband, que desafortunadamente, não se preocupou em defini-la com precisão. Feito este, que mais tarde foi realizado por Georg Jellinek²⁶⁵. O referido autor, introduziu o seu conceito paulatinamente na doutrina. Ele entende a mudança da Constituição como: “a modificação que deixa incólume seu texto sem mudá-lo formalmente, que se produz por fatos que não têm que ir acompanhados pela intenção ou consciência de tal mudança.”²⁶⁶ (Tradução nossa). Desta definição extraímos que a mudança constitucional é o processo que muda o alcance do texto da Constituição, sem, contudo alterá-lo, ou, dito de outra forma, na mudança se verifica nova significação para o mesmo enunciado prescritivo.

Hsü Dau-Lin²⁶⁷, esclarecendo o alcance da mesma expressão, afirma que a mudança constitucional: “...se trata da incongruência que existe entre as normas constitucionais por um lado e a realidade constitucional pelo outro.”²⁶⁸ (Tradução nossa). Ele separa a Constituição escrita da real situação constitucional e considera que, no caso de mudança, há uma verdadeira tensão entre elas, ou seja, há uma relação incorreta entre a norma e a realidade, pois ambas não mais coincidem. Ressalta-se que a mudança atinge, preponderantemente, às Constituições rígidas, uma vez que as Constituições flexíveis podem ser facilmente modificadas e, no caso das Constituições consuetudinárias, elas próprias são a real situação constitucional. O supracitado autor chinês²⁶⁹ entende existir quatro classes distintas de mudança da Constituição, quais sejam: 1) mudança mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição – neste caso ignora-se um artigo da Constituição ou se contradiz certa prescrição constitucional; 2) mudança mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente – no caso em apreço, os

²⁶⁵ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Tradução de Cristian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

²⁶⁶ Texto original: ...la modificacion que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia de tal mutación.

²⁶⁷ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Basauri: Instituto Vasco de Administración Pública, 1932, p. 29.

²⁶⁸ Texto original: ...se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por outro.

²⁶⁹ Ibidem, p. 31.

sujeitos aos quais a Constituição atribuiu certos direitos, encontram-se impossibilitados de exercê-los; 3) mutação mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição – esta pode ser realizada pela reforma material da Constituição, pela legislação ordinária, pelos regulamentos dos órgãos estatais superiores, ou, pela prática efetiva do órgão estatal correspondente; e 4) mutação mediante sua interpretação – no que concerne a este tipo de mutação, a norma constitucional (para nós, o enunciado prescritivo) permanece intacta, porém, a prática constitucional é distinta, uma vez que, as normas da Constituição passam a ter conteúdo diferente do inicialmente querido pelo constituinte (nova significação). Tal classe de mutação é característica dos Estados Unidos da América, favorecida, principalmente, pela estreita relação existente entre os juízes e a Constituição; e pela incontestável rigidez constitucional. Esta última classificação sobremaneira nos interessa.

Todavia, não existe pacificidade doutrinária no tocante à classificação ou às modalidades de mutação existentes. Jellinek²⁷⁰, diversamente de Dau-lin, entende haver: 1) mutação da Constituição pela prática parlamentar, pela administração e pela jurisdição; 2) mutação da Constituição mediante a prática constitucional; e 3) mutação da Constituição por desuso de faculdades estatais. Dentre os juristas brasileiros, Milton Campos considera como processos de mutação constitucional: a complementação legislativa; a construção judiciária; e o consenso costumeiro. Enquanto Meirelles Teixeira, de forma análoga, adota como processo de alteração não formal da Constituição: a interpretação constitucional; os costumes; e as leis complementares.

Nota-se que nem mesmo a terminologia utilizada para abarcar a mutação constitucional é uniforme. Ela apresenta diversas nomenclaturas, como: *processos não formais*; *processos informais*; *processos indiretos*; *mudança material*; *revisão informal*; dentre outras²⁷¹. No magistério de Canotilho, é denominada *transição constitucional*. Senão vejamos:

²⁷⁰ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Trad. de Cristian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

²⁷¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 12-13.

Considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto Constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.²⁷²

Com intento de abalizar o campo de análise desta pesquisa e de se chegar ao resultado pretendido, discorreremos acerca de três modalidades distintas de mutação por interpretação constitucional: administrativa, legislativa e judicial; sendo que daremos ênfase a esta última.

5.2 MUTAÇÃO POR INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Dau-lin²⁷³ afirma: "...que uma mutação da Constituição pode produzir-se mediante sua interpretação."²⁷⁴ (Tradução nossa). Em verdade, temos visto que um dos tipos de mutação constitucional é aquele que ocorre por via da interpretação. Este é caracterizado pela mudança de sentido ou do alcance do enunciado prescritivo sem a alteração formal do mesmo. Atribui-se, dessa forma, um novo conteúdo, uma nova significação ao texto constitucional, objeto da interpretação. Para Anna Ferraz:

Em resumo, ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição.²⁷⁵

Trata-se de extrair novas proposições (significações) dos mesmos enunciados prescritivos, ou seja, consiste na criação de novas normas jurídicas a partir do mesmo enunciado prescritivo, pois como já expusemos, e corrobora Friedrich Müller²⁷⁶, não há identidade entre a norma e o texto da norma. Tais proposições, para que sejam qualificadas de constitucionais, não podem conflitar com o espírito da Constituição²⁷⁷. Este é o limite da mutação. Explicamos: a interpretação de um

²⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1214.

²⁷³ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Basauri: Instituto Vasco de Administración Pública, 1932, p. 87.

²⁷⁴ Texto original: ...una mutación de la Constitución puede producirse mediante su interpretación.

²⁷⁵ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 57.

²⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53-55.

²⁷⁷ Consideramos a expressão "espírito da Constituição" muito vaga e ambígua, motivo pelo qual a empregaremos em sentido uniforme. Em nossa concepção o espírito da Constituição consiste

texto tem como parâmetro o próprio texto, o que significa dizer que a significação de um enunciado é aquilo que este suscita na mente do sujeito cognoscente (conceito). Não pode ser proposição aquilo que o enunciado não suscita na mente do ser humano, logo, podemos afirmar que o texto (enunciado) possui uma elasticidade de interpretação. Esta elasticidade do texto constitucional é o limite da mutação constitucional, assim, ela pode chegar até onde esta permitir.

Interpretar a Constituição é demasiadamente importante, pois a interpretação adequada a Carta Magna ao contexto social de cada época, tornando-a atual e, simultaneamente, evita a necessidade de se recorrer aos processos formais de mudanças constitucionais, que no caso de países que possuem Constituição rígida como o nosso, são muito dificultosos e morosos. No entanto, esta não é tarefa fácil e para nela se lograr êxito, cumpre-nos empregar os métodos e conceitos clássicos da interpretação, somados aos métodos peculiares da interpretação constitucional. Desvelaremos-nos a discorrer acerca das interpretações do texto constitucional realizadas, principalmente, pelo Poder Judiciário. Sem nos esquecer, todavia, da lição de Dau-lin²⁷⁸, segundo a qual, os intérpretes da Constituição não se reduzem aos juízes:

Desde logo, a interpretação da Constituição não se reserva, exclusivamente aos tribunais. Senão que qualquer que se estabeleça uma questão constitucional está interpretando a Constituição. E toda autoridade estatal que decide se uma questão em conflito é constitucional ou puramente política, está interpretando a Constituição.²⁷⁹ (Tradução nossa).

Por essa razão, nos reportaremos também às mutações constitucionais produzidas pelos poderes Executivo e Legislativo.

Do exposto percebe-se que para analisarmos satisfatoriamente o tema proposto não podemos nos furtar de discorrer acerca da hermenêutica constitucional.

naquele entendimento extraído da unidade do texto constitucional: seus objetivos e alcances expostos.

²⁷⁸ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Basauri: Instituto Vasco de Administración Pública, 1932, p. 92.

²⁷⁹ Texto original: Desde luego, la interpretación de la Constitución no se reserva, exclusivamente, a los tribunales. Sino que cualquiera que se plantee una cuestión constitucional está interpretando la Constitución. Y toda autoridad estatal que decide si una cuestión en conflicto es constitucional o solamente política, está interpretando la Constitución.

5.2.1 A hermenêutica Constitucional

5.2.1.1 Definição dos conceitos de Hermenêutica e de Interpretação

Etimologicamente, a palavra *Hermenêutica* procede do grego *Hermeneúein* e significa interpretar. A origem do termo deriva de Hermes (Mercúrio), deus grego, filho de Zeus (Júpiter) e de Maia, que era incumbido da tarefa de trazer as mensagens de Zeus²⁸⁰. Embora a origem da palavra *hermenêutica* possa suscitar a idéia de que ela significa o mesmo que *interpretação*, Carlos Maximiliano nos chama à atenção para o fato de que os dois termos não são sinônimos. A Hermenêutica consiste na “teoria científica da arte de interpretar”²⁸¹. Ela tem o condão de descobrir e de fixar os processos de interpretação; ela fixa os princípios que regem a interpretação. Enquanto esta última consiste na aplicação da hermenêutica. Para o referido autor:

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.
Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio.²⁸²

Compartilha desta distinção Paulo Nader, ao assinalar que:

Enquanto a hermenêutica é teórica e visa a estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando os ensinamentos da hermenêutica. Não se confundem, pois, os dois conceitos apesar de ser muito freqüente o emprego indiscriminado de um e de outro.²⁸³

Na mesma linha de compreensão encontra-se Barroso, ao delinear que:

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A interpretação é atividade prática de revelar o

²⁸⁰ BULFINCH, Thomas. O livro de ouro da Mitologia: histórias de deuses e heróis. Rio de Janeiro: Ediouro, 28 ed, 2002, p. 14.

²⁸¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1.

²⁸² *Ibidem*, p. 9.

²⁸³ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 255.

conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto.²⁸⁴

Acerca do assunto, Carvalho²⁸⁵ faz uma interessante observação ao demonstrar que quando nos reportarmos genericamente aos meios, aos critérios e aos esquemas de interpretação, estaremos lidando com a hermenêutica; ao passo que se estivermos analisando um certo dispositivo legal e ali aplicarmos os métodos, os critérios ou os princípios estabelecidos pela hermenêutica, estaremos diante de caso de interpretação.

Anna Ferraz, acerca da interpretação, assume que:

Interpretar consiste em atribuir significado a coisas, sinais, fatos, ou acontecimentos; quer dizer desentranhar o sentido de uma expressão, explicar ou aclarar o sentido de coisas, fatos, sinais e acontecimentos; dar o significado do vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir, por outras palavras, um pensamento exteriorizado.²⁸⁶

Podemos concluir que interpretar é criar, na medida em que se retiram do texto suas possíveis significações. Todo texto de direito positivo, para ser aplicado no caso concreto (gerando uma norma individual e concreta), deve ser, anterior e necessariamente, interpretado. Pelo que já expusemos, a norma jurídica é a própria proposição (significação) do enunciado prescritivo, ou, do texto de direito positivo (suporte físico). Assim, não há que se falar em norma jurídica sem interpretação, pois ela é fruto direto desta operação mental. Por outras palavras: da interpretação dos enunciados prescritivos é que surgem as normas jurídicas que serão aplicadas ao caso em tela. Concordamos com a posição de Moussallem, segundo a qual: “aplicar o direito positivo é produzir normas jurídicas”²⁸⁷. Carvalho, corroborando o entendimento do autor, deslinda:

Aplicar o direito é dar curso ao processo de positivação, extraindo de regras superiores o fundamento de validade para a edição de outras regras. É o ato mediante o qual alguém interpreta a amplitude do preceito geral,

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103.

²⁸⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 94-95.

²⁸⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 19.

²⁸⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 105.

fazendo-o incidir no caso particular e sacando, assim, a norma individual. É pela aplicação que se constrói o direito em cadeias sucessivas de regras, a contar da norma fundamental, axioma básico da existência do direito enquanto sistema, até as normas particulares, não passíveis de ulteriores desdobramentos, e que funcionam como pontos terminais do processo derivativo de produção do direito.

A aplicação das normas jurídicas se consubstancia no trabalho de relatar, mediante o emprego de linguagem competente, os eventos do mundo real-social (descritos no antecedente das normas gerais e abstratas), bem como as relações jurídicas (prescritas no conseqüente das mesmas regras).^{288 289}

Nota-se que temos sempre presente na interpretação e na aplicação do direito o labor do homem que escolhe uma interpretação específica, dentre aquelas possíveis, para compor a norma jurídica.

Conforme idéia constante em toda extensão de nossa pesquisa - a de que o direito apresenta-se como linguagem - não podemos deixar de analisar o tema da interpretação de acordo com esta óptica. Para tanto, recorreremos ao magistério de Carvalho²⁹⁰.

Reportando-nos aos três planos da semiótica, quais sejam: o sintático, o semântico e o pragmático, verificamos que: a) o plano *sintático* é aquele que cuida do relacionamento dos signos (no caso da linguagem escrita, os signos – as letras/ as palavras - são do tipo *símbolo*) entre si. No caso da linguagem jurídica, em se tratando de normas, o aspecto sintático encontra-se presente nas articulações das normas entre si; b) No plano *semântico*, estamos diante da análise do signo em relação com os objetos aos quais eles se referem. Trata-se do estudo do significado. A semântica, no caso da linguagem do direito, trata da relação entre as normas jurídicas e os fatos e comportamentos tipificados; c) O plano *pragmático*, por sua vez, ocupa-se da relação entre os signos e os seus usuários. Na linguagem jurídica, a pragmática trata das formas como os utentes da linguagem a empregam na comunidade para motivar os comportamentos.

Os distintos métodos de interpretação, os quais teremos oportunidade de adiante esquadriñar, operam nos planos da semiótica. A interpretação *literal* e a

²⁸⁸ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 94-88.

²⁸⁹ Carvalho utiliza a expressão “linguagem competente” para designar aquela linguagem exigida coercitivamente pelo direito posto.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 98-100.

interpretação *lógica* pertencem ao plano sintático; as análises acerca da denotação e da conotação das expressões e vocábulos jurídicos encontram-se no plano semântico; os métodos *histórico* e *teleológico* situam-se nos níveis semântico e pragmático; por fim, o método *sistemático* de interpretação abrange os três planos, operando nos níveis sintático, semântico e pragmático, motivo pelo qual Carvalho²⁹¹ considera-o o principal método de interpretação. O autor denota que para que haja uma interpretação satisfatória, o exegeta deve percorrer estes três planos da linguagem do direito:

De qualquer modo, a exegese dos textos legais, para ser completa, tem de valer-se de incursões nos níveis sintático, semântico e pragmático da linguagem jurídica, única forma de chegar-se ao conteúdo intelectual, lembrando-nos sempre que a interpretação é um ato de vontade e um ato de conhecimento e que, como ato de conhecimento, não cabe à Ciência do Direito dizer qual é o sentido mais justo ou correto, mas, simplesmente, apontar as interpretações possíveis.²⁹²

Tércio Sampaio Ferraz Júnior concorda com Carvalho no que concerne à observação dos três níveis semióticos quando se proceder à interpretação jurídica. Ele define a interpretação como sendo a seleção de “possibilidades comunicativas da complexidade discursiva”, e afirma que para lograr êxito neste processo é necessário decodificar os signos (símbolos) no seu uso. Segundo o autor:

...Isso significa conhecer-lhes as regras de controle da denotação e conotação (regras semânticas), de controle das combinatórias possíveis (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas).²⁹³

Além da definição dos conceitos de hermenêutica e de interpretação, existe um outro valioso conceito, cuja definição devemos traçar para satisfazer os lindes de nossa pesquisa: trata-se da definição do conceito de *construção*. Deixamos essa discussão, no entanto, para posterior momento, quando nos ocuparemos de investigar a mutação por interpretação judicial.

²⁹¹ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 100.

²⁹² *Ibidem*, p. 98.

²⁹³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 260-261.

5.2.1.2 As especificidades das normas constitucionais

Há poucas linhas, afirmamos que toda norma jurídica é fruto da interpretação, de forma que para aplicá-las, os enunciados prescritivos que as guardam devem ser, impreterivelmente, interpretados. A Constituição, entendida como um conjunto de enunciados prescritivos, também não pode prescindir de interpretação para ser compreendida e aplicada.

Isso significa que todo e qualquer preceito necessita ser interpretado. Por mais claro que pareça o texto de direito positivo, nunca se dispensa o ato interpretativo, pois este é inerente à cognição. Dessa forma, repudiamos a máxima latina *in claris cessat interpretatio*, assim como o entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual: “Onde não existem dúvidas, não se interpreta...”²⁹⁴. No sentido de coadunar com este nosso entendimento, destacamos a seguinte observação realizada por Reale: “Antes da aplicação não pode deixar de haver interpretação, mesmo quando a norma legal é clara, pois a clareza só pode ser reconhecida graças ao ato interpretativo”²⁹⁵.

A interpretação constitucional, cujo objeto, na opinião de Barroso²⁹⁶, é determinar o significado das normas da Constituição formal e material do Estado, constitui-se em uma espécie da interpretação jurídica. Assim, na árdua tarefa de interpretar a Carta Magna, o exegeta utiliza-se dos métodos clássicos, gerais, de interpretação. Além destes, porém, são invocados princípios específicos da interpretação constitucional devido às complexidades e especificidades que as normas constitucionais possuem. Nesta linha, Baracho aduz que:

Os diversos conceitos de Constituição, **a natureza específica das disposições fundamentais**, que estabelecem regras de conduta de caráter supremo e que servem de fundamento e base para as outras normas do ordenamento jurídico, contribuem para as diferenças entre a interpretação jurídica ordinária e a constitucional.²⁹⁷ [Grifo nosso]

²⁹⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 53-54.

²⁹⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 298.

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 106.

²⁹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha universitária, 1979, p. 54.

Resta-nos saber quais são estas particularidades que as normas constitucionais guardam. Barroso²⁹⁸ destaca quatro delas, acerca das quais faremos exposição: a) a superioridade hierárquica; b) a sua linguagem; c) o conteúdo específico; e d) o caráter político.

No que concerne à supremacia da Constituição, fazemos alusão ao magistério de Hans Kelsen. O jusfilósofo Austríaco, em sua Teoria Pura do Direito, entende que a ordem jurídica apresenta estrutura hierárquica, escalonada, com distintos níveis de normas jurídicas. Nesta estrutura, a norma de inferior hierarquia possui o seu fundamento de validade na norma de superior hierarquia (norma que regula a produção da primeira), e assim ocorre sucessivamente, até finalmente se chegar à norma hipotética fundamental, que é o fundamento de validade último da ordem jurídica. Dentro da ordem jurídica do Estado, a norma fundamental (última) é a Constituição. Assim, esta se apresenta como o fundamento de validade de todas as normas jurídicas constantes do ordenamento jurídico estatal, consubstanciando-se na norma positiva de mais alto escalão. Destarte, nenhuma norma jurídica jamais poderá conflitar com os preceitos constitucionais, sob pena de não serem válidas. Para a proteção da supremacia da Constituição é que dispomos dos mecanismos de controle de constitucionalidade²⁹⁹.

Outra característica de que dispõem as normas constitucionais é a que se refere à sua linguagem. A Constituição abarca normas do tipo principiológica e esquemática. Estes tipos de normas possuem linguagem eivada de abstração, o que dá margem a diversas interpretações. A Carta Maior apresenta conceitos, princípios e valores que vão evoluindo junto às mudanças sociais ao longo do tempo. Neste sentido, Loewenstein assevera: “toda Constituição é, em si, uma obra humana incompleta, além de ser obra de compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam de sua formação”³⁰⁰. Tais conceitos, como os de igualdade, liberdade,

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 107.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 107.

³⁰⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traduzido por Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1976. Apud FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 22.

dignidade da pessoa humana, por apresentarem os defeitos da vagueza e da ambigüidade, concedem ao intérprete um amplo campo de atuação.

Em relação ao conteúdo das normas constitucionais, Barroso³⁰¹ destaca que muitas destas disposições apresentam estrutura diversa das normas dos outros ramos do direito. No caso das normas constitucionais, ao lado das normas de conduta situam-se as *normas de organização*, cuja característica primordial é a de não gerar direito subjetivo, pois, sua função é estruturar o Estado organicamente e disciplinar a criação e a aplicação das normas de conduta. Verifica-se na Constituição, também, a presença de normas do tipo *programática*. Estas se caracterizam por não determinar condutas ao Poder Público, mas por apenas indicar valores a serem protegidos e os fins sociais que se deseja alcançar.

Finalmente, em relação ao caráter político da Constituição, este advém, em primeira análise, de sua origem. Ela é criada pelo Poder Constituinte (originário), que é um poder essencialmente político. Barroso³⁰² afirma que as normas constitucionais são políticas também quanto ao seu objeto (*esforço de juridicização do fenômeno político*) e quanto aos resultados de sua aplicação. Isso não significa que a interpretação constitucional tenha caráter político. Este é um trabalho jurídico. O intérprete, enquanto Corte Constitucional, deve se ater às conseqüências políticas de suas decisões, porém, nunca poderá decidir de forma contrária ao direito. Assevera o autor que: "...Em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está vinculado ao direito"³⁰³.

5.2.1.3 Métodos, classificações e definições aplicados na interpretação constitucional

Sistematizamos nossa abordagem acerca das definições e classificações mais utilizadas, e dos métodos de que dispõem o exegeta para interpretar a Constituição, da seguinte maneira: a) inicialmente, faremos algumas considerações acerca da

³⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 108.

³⁰² *Ibidem*, p. 110 -112.

³⁰³ *Ibidem*, p. 112.

diferenciação entre *interpretação autêntica* e *não-autêntica*, realizada por Hans Kelsen, e sobre a *interpretação orgânica* e *não-orgânica*; b) discorreremos sobre o *subjetivismo* e o *objetivismo* norte-americano (ativistas *versus* originalistas); c) aludiremos aos métodos clássicos de interpretação traçados por Savigny: o *gramatical*, o *lógico*, o *sistemático*, o *histórico* e o *teleológico*; d) falaremos acerca da *interpretação evolutiva*; e) em seguida, nos reportaremos ao tema da analogia e do costume; para, em tópico separado, analisar finalmente, os princípios fundamentais utilizados na interpretação constitucional.

5.2.1.3.1 A Interpretação autêntica e a interpretação não-autêntica

Hans Kelsen³⁰⁴ distingue essas duas espécies de interpretação. Segundo suas observações, no momento em que um órgão jurídico aplica o Direito, carece de determinar o sentido da norma, ou seja, ele precisa interpretá-la. A interpretação, por sua vez, nas palavras do autor consiste em: “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”³⁰⁵. Dessa forma, entende que a Constituição também é interpretada quando se trate de aplicá-la a um escalão inferior.

O jusfilósofo, ainda atenta para o fato de que a Constituição não é interpretada somente pelos órgãos jurídicos que a aplicam, mas também pelos indivíduos particulares, que necessitam compreender seus preceitos para respeitá-los; e pela ciência jurídica, que, como metalinguagem descritiva, ao falar acerca do direito positivo (linguagem-objeto), interpreta-o. Assim, Kelsen defende a existência de dois tipos de interpretação:

...Existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.³⁰⁶

Ele considera *interpretação autêntica*, aquela realizada pelos órgãos que aplicam o Direito, enquanto denomina *não-autêntica* a interpretação realizada por entes que

³⁰⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 387 e ss.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 387.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 388.

não possuem a qualidade de órgãos, como, por exemplo, os particulares, os cientistas do direito, os professores e os advogados.

Segundo o autor, na ordem jurídica, a relação entre um escalão superior e um escalão inferior é de determinação (ou vinculação). Porém, essa determinação não é completa, pois deve haver um contorno de livre apreciação. Assim, a norma de escalão superior deve ser, em relação ao ato de produção ou de execução que a aplica, como uma espécie de moldura a ser preenchida por este ato. Disso se extrai que todo ato jurídico em que se aplica o Direito (seja ato de criação ou de execução) possui uma parte determinada por este e uma parte indeterminada. Assim, quando se cria uma norma geral, considera-se que a norma individual, fruto da aplicação daquela, continuará o procedimento de determinação.

No caso em tela, estamos operando com a indeterminação intencional do ato de aplicação do Direito, porém, também podemos contemplar situações de indeterminação não-intencional deste ato. Kelsen³⁰⁷ destaca que tal ocorre, principalmente, em três circunstâncias: a) quando o aplicador do direito está diante de uma pluralidade de significação das palavras ou expressões trazidas na norma; b) quando o executor da norma pressupõe que há contraposição entre a vontade da autoridade legisladora e a expressão verbal da norma; e, por fim, c) quando duas normas da mesma lei se contradizem. Em quaisquer dos casos de indeterminação do escalão inferior, sejam eles intencionais ou não-intencionais, existem várias possibilidades de aplicação do Direito.

Dentro da moldura que a lei representa, diversas significações podem ser extraídas. Dentre as significações, no entanto, não há uma mais correta que a outra, porém, aquela que for aplicada efetivamente pelo órgão jurídico, tornar-se-á direito positivo (norma concreta). Nota-se que identificar se uma significação é, ou não é, correta, não é questão a ser tratada pelo Direito. A escolha de uma, dentre as diversas significações possíveis, é realizada através de um ato de vontade do aplicador do Direito. O jurista austríaco explica que:

³⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 389.

...Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.³⁰⁸

Destarte, a interpretação *autêntica* é aquela que cria direito: o órgão aplicador interpreta uma norma, determina o seu sentido através de um ato de vontade, e cria um enunciado normativo que obriga, que tem caráter coercitivo.

Diversamente, a interpretação dita *não-autêntica* não dispõe desta capacidade. Quando o particular ou o cientista do Direito interpreta a norma, determinado o seu alcance, não produz direito. No caso da ciência do Direito, Kelsen afirma que “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”³⁰⁹. Daí dizer que, por mais prestígio que um jurista possua, suas interpretações não tem o condão de prescrever condutas. Seu trabalho consiste apenas em descrever o direito positivo e sugerir significações que poderiam ser atribuídas a determinada norma jurídica.

Anna Ferraz³¹⁰ realiza semelhante distinção, utilizando para tanto, nomenclatura diversa. Segundo a autora, a chamada *interpretação orgânica* é aquela realizada por órgão que retira força da Constituição para aplicá-la. Esta apresenta como espécies a interpretação constitucional administrativa, legislativa e judicial. Já a denominada *interpretação não-orgânica*, visa apenas dar significação ao texto da Constituição, sem encerrar em ato de aplicação constitucional. Como exemplo de uma interpretação deste tipo, é citada a interpretação doutrinária.

Barroso³¹¹ e Maximiliano³¹² versam a respeito do tema, porém, fixam diversa definição à interpretação autêntica. Esta é entendida pelos autores, como a

³⁰⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 394.

³⁰⁹ Ibidem, p. 395.

³¹⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 54.

³¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 118 -120.

³¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 87.

interpretação que resulta do mesmo órgão que elaborou o ato cujo sentido e alcance ela declara. Disso advém que a interpretação constitucional, para ser genuinamente autêntica, deve emanar do poder constituinte (originário), o que configura-se impossível, pois este poder, uma vez concluída a Constituição, se dissipa. Diante disso, os autores consideram como autêntica aquela interpretação realizada pelo órgão competente para a reforma constitucional, desde que respeitados os trâmites a ela impostos; embora aqui não haja a configuração de uma interpretação *verdadeiramente* autêntica no sentido em que esta foi proposta. Existe, nesse caso, uma norma interpretativa de outra norma preexistente. Barroso³¹³ afirma que esta norma interpretativa produz efeitos *ex nunc*, o que significa que não possui caráter retroativo. Isso se dá por força do artigo 5º, XXXVI, combinado com o artigo 60, § 4º, ambos da Constituição da República, que determinam que nem por intermédio das emendas à Constituição podem ser prejudicados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

5.2.1.3.2 O subjetivismo e o objetivismo: a *mens legislatoris* e a *mens legis*

Remontando-se ao Século XIX, podemos verificar, sobretudo na França e na Alemanha, divergências acerca da interpretação das leis. Alguns jusfilósofos defendiam restrição na tarefa de interpretar, buscando primordialmente a vontade do legislador (*mens legislatoris*) para se alcançar o sentido da lei. Deste pensamento compartilham os adeptos da Escola de Exegese, na França, e os seguidores da Jurisprudência dos conceitos, na Alemanha. Outros, porém, acreditavam que o sentido da lei encontrava-se em fatores objetivos, como os interesses sociais³¹⁴. Aqui, o intérprete pretendia descobrir a *mens legis*, ou seja, a vontade da lei. Os primeiros, ávidos por compreender o pensamento do legislador, denominam-se *subjetivistas*; os últimos, desejosos de descobrir a vontade autônoma das leis, chamam-se *objetivistas*.

³¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 119.

³¹⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 266.

Ferraz Jr.³¹⁵ traça os principais argumentos levantados pelas duas correntes ora apontadas, os quais passaremos a elencar. Os subjetivistas alegam que: 1) não há como se ignorar o legislador originário, uma vez que se deve recorrer à técnica histórica de interpretação; 2) os fatores que determinam a vontade objetiva da lei também estão sujeitos a dúvidas de interpretação. Dessa forma, os objetivistas colocam a vontade do intérprete acima da vontade do legislador; e 3) no objetivismo, o destinatário da lei fica ao arbítrio do intérprete. Por outro lado, os objetivistas asseveram que: 1) como o legislador não é identificável, falar numa vontade deste resulta mera ficção; 2) o legislador é, no fundo, apenas uma competência legal; 3) o intérprete deve emprestar confiança à palavra da norma, que deve ser inteligível por si; e 4) só se explica a complementação e a criação do direito pela jurisprudência, através da concepção que considera os fatores objetivos em sua contínua mutação.

Registre-se que a maioria da doutrina é adepta do objetivismo.

Evidenciamos, todavia, que a disputa entre essas duas correntes foi reascendida nos Estados Unidos da América, através do confronto entre os *originalistas* e os *ativistas*. Acerca da existência das duas correntes, Callejon³¹⁶ assim dispõe:

Na doutrina norte-americana convivem duas concepções acerca da interpretação dos preceitos constitucionais, uma delas a do originalismo [...] e, por outra parte o que se denomina como teoria da interpretação...³¹⁷
(Tradução nossa).

Os originalistas (conservadores) pretendem que os juízes interpretem a Constituição conforme os seus “pais fundadores” (*founding fathers*), de forma a acatar o sentido original do texto. Caracterizam-se por demonstrar máximo respeito à vontade política dos constituintes, porém, encontram dificuldades em demonstrar qual é, de fato, esta vontade. Os ativistas, diversamente, admitem variadas significações ao texto constitucional, de forma que os juízes apresentam ampla liberdade de interpretação,

³¹⁵ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 267.

³¹⁶ CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*. Madrid: Editorial Civitas, 1990, p.144.

³¹⁷ Texto original: En la doctrina norteamericana conviven dos concepciones acerca de la interpretación de los preceptos constitucionales, una de ellas la del originalismo [...] y por otra parte, lo que se denomina como teoría de la interpretación...

podendo, através dela, atualizar os dispositivos constitucionais às novas realidades sociais (o que também pode ser perigoso, pois deixa ampla margem ao subjetivismo do juiz).

John Marshall sustentou, de forma a compactuar com o entendimento objetivista, que para que um juiz interprete corretamente as normas jurídicas, deve preocupar-se com as mudanças de sentido das palavras escritas de maneira a verificar que sentido tais palavras possuem hodiernamente para os porta-vozes das forças políticas³¹⁸. Também contrário ao entendimento preconizado pelos subjetivistas, Tiedeman³¹⁹, oportunamente asseverou que “são os homens de hoje que necessitam da lei, e não os mortos, que a fizeram...”³²⁰ (Tradução nossa).

5.2.1.3.3 Os métodos clássicos de interpretação: gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico

Os cinco métodos de interpretação acima mencionados devem concorrer para averiguar o significado do enunciado prescritivo. Não há preferência na utilização de um ou de outro recurso, devendo o intérprete lançar mão daquele que julgar necessário para a apuração do sentido do texto que se quer interpretar.

Tratando-se de direito escrito, é por intermédio das palavras, analisadas sintática e semanticamente, que o intérprete apresenta seu inicial contato com o direito positivo. Tais análises são desenvolvidas, justamente, através da interpretação *gramatical*, também chamada de *literal*, *verbal*, *textual* ou *filosófica*, que examina a conexão das palavras dentro das orações, bem como seus sentidos. Daí dizer que esta é a primeira realizada em todo o processo interpretativo.

Na interpretação constitucional realizada pelo método gramatical, examina-se o sentido do texto da Constituição e atribui-se significado a ele. Aqui se recorre

³¹⁸ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Basauri: Instituto Vasco de Administración Pública, 1932, p. 99.

³¹⁹ TIEDEMAN Apud Ibidem, p. 100.

³²⁰ Texto original: ...son los hombres de hoy quienes necesitan la ley, y non los muertos, que la hicieron.

apenas às palavras, consideradas isoladamente ou em conjunto, para se determinar o sentido da Constituição.

Para que o intérprete proceda ao tipo de interpretação descrita, deve ter em mente que a Constituição, como documento normativo advindo do povo e feito para atender ao povo, embora apresente também, linguagem técnica, constitui-se primordialmente de linguagem comum (ordinária). Diante disso, invocamos a regra traçada por Linares Quintana, que assim determina:

As palavras da norma constitucional devem ser entendidas em seu significado comum, com o sentido que têm na vida cotidiana, salvo se resultar claro do texto que o constituinte a elas se referiu em seu sentido técnico.³²¹

Disso resulta outra questão envolvendo a linguagem, que deve ser motivo de atenção daqueles que pretendem interpretar gramaticalmente a Constituição. Recordamos que a linguagem ordinária é eivada de defeitos, como a ambigüidade e a vagueza, que são apresentados, também, no texto constitucional. Há poucas linhas verificamos as peculiaridades das normas constitucionais e constatamos que elas possuem caráter de grande abertura, o que dá ao intérprete ampla margem de atuação. Este último atua com certa subjetividade, que, no entanto, se encontra limitada pela “elasticidade” dos termos. Apontamos que as palavras apresentam uma zona de significados que deve ser respeitada. Assim, o intérprete jamais poderá utilizar um significado que não condiz com nenhum daqueles que possam ser atribuídos ao termo exposto no texto de direito positivo. Dessa forma, admitimos que para cada palavra há, intrínseco a ela, um limite semântico. As orações, por sua vez, para serem interpretadas da melhor forma possível, devem estar sintaticamente bem formadas.

Por fim, destacamos mais uma regra perfilada por Linares Quintana, imprescindível à interpretação gramatical da Constituição:

Quando a nova Constituição mantém, em alguns dos seus artigos, a mesma linguagem da antiga, presume-se que pretenda não mudar a lei nesse

³²¹ LINARES QUINTANA. *La constitución interpretación*. Buenos Aires: Depalma, 1960. Apud FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 37.

particular e a outra continua em vigor, isto é, aplica-se à atual a interpretação aceita pela anterior.³²²

Note-se que tal regra deve ser analisada com olhares críticos e não deve ser seguida à risca, pois o vocábulo pode evoluir junto com as mudanças sociais, axiológicas, econômicas, históricas, etc, e passar a ter sentido diverso do inicialmente disposto na Constituição anterior. Situação em que poderia ocorrer *mutação constitucional*. Neste sentido, Anna Ferraz³²³, traz o exemplo da extensão do voto às mulheres. Explica-se: o artigo 70 da Constituição brasileira de 1891 preceituava que os *cidadãos maiores de 21 anos* seriam eleitores, excetuados os mendigos, os analfabetos, os praças de pré, os religiosos e os inelegíveis. O termo *cidadão* referia-se, conforme interpretação da época, somente aos homens. Em 1932, sem qualquer alteração da Carta Magna, foi estendido às mulheres o direito de voto, através de interpretação constitucional legislativa. O Código Eleitoral entendeu que o vocábulo *cidadão* abarcava também as pessoas do sexo feminino.

Fala-se em *interpretação lógica* quando, o intérprete do texto de direito positivo enfrenta questões dessa natureza para alcançar êxito em seu labor. Podemos distinguir a análise do Direito através da lógica interna, da lógica externa e da lógica razoável. Na averiguação realizada pela lógica interna observa-se somente o texto de direito positivo, sem dar relevo às evoluções sociais. Este método verifica a intenção do legislador. Realiza-se aqui a análise dos enunciados, através do método indutivo, do método dedutivo, e também, por meio dos raciocínios silogísticos (dedução silogística). Segundo Reale:

...O método indutivo caracteriza-se por ser um processo de raciocínio que se desenvolve a partir de fatos particulares até atingir uma conclusão de ordem geral, mediante a qual se possa explicar o que há de constante ou comum nos fatos observados e em outros da mesma natureza.³²⁴

Enquanto o método dedutivo:

³²² LINARES QUINTANA. *La constitución interpretación*. Buenos Aires: Depalma, 1960. Apud FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 39.

³²³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 39.

³²⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83.

...Se caracteriza por ser uma forma de raciocínio que, independentemente de provas experimentais, se desenvolve, digamos assim, de uma verdade sabida ou admitida a uma nova verdade, apenas graças às regras que presidem à interferência das proposições, ou, por outras palavras, tão-somente em virtude das leis que regem o pensamento em sua “conseqüencialidade” essencial.³²⁵

O autor³²⁶ ainda destaca que as deduções silogísticas são aquelas em que postas duas proposições (premissa maior e premissa menor) delas advém, obrigatoriamente, uma conclusão que particulariza ou esclarece um ponto, sem acrescentar nada ao já sabido.

Por outro lado, a análise do Direito a partir da lógica externa busca observar os acontecimentos que geraram a lei, bem como a finalidade para a qual a mesma foi estabelecida. A partir desta constatação, Anna Ferraz³²⁷ afirma que no caso da interpretação constitucional, o método lógico consiste naquele que tem como finalidade descobrir a intenção do legislador constituinte. Assim, em sua concepção, podem ser utilizados três caminhos para se alcançar o desenvolvimento da interpretação lógica, quais sejam: o histórico, o teleológico e o sistemático. Os quais analisaremos em tópicos separados.

A chamada *lógica do razoável* foi engendrada por Recaséns Siches, para quem os métodos da lógica tradicional não devem ser aplicados ao direito, e consiste em uma “razão impregnada de pontos de vistas estimativos, de critérios de valoração, de pautas axiológicas”³²⁸. O referido autor entende que a interpretação do Direito deve ser realizada sempre com atenção às finalidades das normas jurídicas, atendo-se, assim, a *mens legis*³²⁹.

Ocuparemos-nos, doravante, da *interpretação sistemática*. O ordenamento jurídico é um sistema, e como tal, deve ser interpretado em sua unidade. A norma máxima deste sistema, como vimos oportunamente, é a Constituição. Dessa forma, toda e qualquer norma jurídica infraconstitucional deve se subordinar a ela, não podendo

³²⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83.

³²⁶ *Ibidem*, p. 84.

³²⁷ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 40.

³²⁸ SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1973. Apud NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 272.

³²⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 272.

conflitar com seus preceitos. Não podemos esquecer, todavia, que a própria Constituição encerra-se num sistema, o que nos leva a afirmar que ela deve ser interpretada como um todo harmônico de forma que os seus dispositivos não devem ser considerados isoladamente, mas sim, concatenados.

A *interpretação histórica*, a seu turno, é aquela que se digna a identificar a intenção do legislador constituinte por intermédio: 1) dos precedentes normativos, ou seja, através da observação de normas que estiveram em vigor no passado; 2) dos trabalhos preparatórios, como, por exemplo, as discussões parlamentares e os relatórios; e 3) da *occasio legis*, que consiste nas circunstâncias que delinearão o nascimento da norma. Maximiliano destaca a importância deste tipo de interpretação feita à Constituição:

A história da Constituição e a de cada um dos seus dispositivos contribuem para se interpretar o texto respectivo. Estudem-se as origens do Código fundamental, as fontes de cada artigo, as causas da inserção das diversas providências na lei, os fins que se tiveram em mira ao criar determinado instituto, ou vedar certos atos...³³⁰

O mesmo autor³³¹ identifica os perigos do excessivo apeço e do completo repúdio pelo método ora analisado. Destarte, o apego excessivo ao elemento histórico pode levar ao originalismo e, desta forma, ao aprisionamento do sentido do texto normativo à época de sua elaboração, impedindo assim, que os significados evoluam juntamente com a sociedade. Por outro lado, o total desprezo pelo passado, pode levar ao abandono da tradição harmonizável com as normas atualmente em vigor.

Observamos que o Brasil, assim como outros países de ordenamento jurídico de tradição romanística (romano-germânica, ou *civil law*), não valorizam a interpretação histórica da mesma forma que os países de ordenamento jurídico de tradição Anglo-americana (*common law*). No entanto, mesmo sem receber tão grande relevo, esta se realiza, principalmente, quando se trata de interpretação constitucional. Neste

³³⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 310.

³³¹ *Ibidem*, p. 140.

sentido, Barroso assevera que: “fórmulas e institutos aparentemente incompreensíveis encontram explicitação na identificação de sua causa histórica”³³².

Finalmente, nos reportaremos à interpretação teleológica. A palavra *teleológica* é proveniente do vocábulo grego *telos*, que significa *fim, finalidade, objetivo*. A norma jurídica, como fruto da criação humana, como produto cultural, sempre é elaborada visando atingir determinados objetivos, o que significa dizer, que a norma jurídica sempre apresenta uma ou várias finalidades. A interpretação teleológica consiste naquela que visa encontrar o fim da norma jurídica, ou seja, o objetivo que com ela se deseja alcançar e o valor que o ordenamento jurídico quer consagrar através de sua criação. Como aqui o intérprete deve apreciar a norma jurídica em seu aspecto valorativo, este tipo de interpretação também pode ser denominado *interpretação axiológica*. Realizar esta tarefa, no entanto, não é fácil. O intérprete, por vezes, deve escolher uma dentre várias alternativas possíveis. Deste fato resulta acertada observação de Ferraz Jr., no sentido de que a interpretação teleológica: “...ativa a participação do intérprete na configuração do sentido”³³³.

Dessarte, cumpre-nos chamar à atenção para o fato de que a idéia de fim não é permanente, podendo ser modificada pelo intérprete de forma a evoluir *pari passu* com as novas necessidades sociais que vão surgindo ao longo do tempo. Como bem justifica Nader: “O fim não é aquele pensado pelo legislador, é o fim que está implícito na mensagem da lei”³³⁴.

O nosso direito pátrio traz uma exigência teleológica disposta no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que assim preceitua: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Nos aclara Ferraz Jr.³³⁵ que a expressão *fins sociais* significa que deve ser encontrado, em todas as manifestações normativas, seu fim, que não pode ser anti-social; enquanto a expressão *bem comum* diz respeito a um fim da própria vida social, sendo exigência da própria sociabilidade.

³³² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 133.

³³³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 294.

³³⁴ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 274.

³³⁵ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Op. Cit, p. 293.

No que concerne à interpretação constitucional, na opinião de Maximiliano, o método teleológico tem sido considerado o elemento por excelência. Nas palavras do autor: “aplica-se à exegese constitucional o processo sistemático de hermenêutica e, também, o teleológico, assegurada ao último a preponderância...”³³⁶.

5.2.1.3.4 A interpretação evolutiva

A interpretação evolutiva, também denominada *histórico-evolutiva*, partiu da observação do alemão pandectista Windscheid³³⁷. Este jusfilósofo admitiu que a interpretação das normas deve ser realizada conforme a possível intenção do legislador, no momento histórico em que se encontra o intérprete. Todavia, foi o francês Gabriel Saleilles quem deu maior relevo à doutrina, no final do Século XIX. O autor preconizava que uma vez criada a norma jurídica, esta se desprende da pessoa do legislador e passa a ter autonomia. A partir daí, o papel do intérprete e, sobretudo, deste representado pelo poder judiciário, torna-se imprescindível para manter o Direito atualizado de acordo com as novas exigências sociais.

Configura-se fato incontestável que a realidade social se transforma a cada dia. O Direito, como reflexo desta realidade, deve acompanhá-la para abarcar novas situações. Porém, nem sempre o Legislativo supri estas novas exigências, deixando a questão a cargo do Judiciário. Este, por sua vez, adequa o Direito às necessidades sociais por intermédio da interpretação evolutiva, que também é realizada quando se deseja obter o significado atual de conceitos elásticos ou indeterminados.

No tocante à interpretação constitucional, através do método evolutivo admitem-se novos conteúdos à Constituição sem qualquer alteração de sua letra. Isso nos leva a afirmar que a interpretação evolutiva provoca *mutação constitucional*. Corroborando nosso entendimento, Barroso defende que:

³³⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 314.

³³⁷ Representante da Escola dos Pandectistas (Alemanha) que, de certa forma, corresponde à Escola da Exegese francesa no tocante à primazia da norma legal e às técnicas utilizadas para sua interpretação.

A interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.³³⁸

5.2.1.3.5 A analogia e o costume: a questão das lacunas na lei

Antes de traçarmos as definições dos conceitos de analogia e de costume, importa-nos discorrer acerca das lacunas na lei, tema correlato com a análise ora proposta. Considera-se a existência de lacuna na lei quando, para regular um determinado caso específico, não há uma norma jurídica correspondente. Certamente que o tema traz frutíferos debates doutrinários, aos quais nos furtaremos de adentrar. Observe-se, todavia, que é majoritário o entendimento segundo o qual o Direito não apresenta lacunas, mas somente a lei³³⁹. De toda sorte, admitindo-se a existência de lacunas, estes espaços vazios necessitam ser preenchidos, uma vez que o juiz não pode omitir-se e deixar de julgar alegando inexistência de normas aplicáveis. A este processo de preenchimento de lacunas da lei dá-se o nome de *integração*.

Nota-se que, acerca do assunto, Dau-lin³⁴⁰, em patente contraposição a Georg Jellinek, afirma que as lacunas constitucionais não produzem mutação na Constituição. O autor, ao expor suas razões, deslinda:

...Se a Constituição não disse nada em absoluto sobre a realidade em questão – de modo que segundo ele existe uma lacuna constitucional – então, o que é que deve mudar-se? Pode modificar-se algo que nunca existiu?...³⁴¹ (Tradução nossa).

Registre-se que concordamos com esta posição.

A função precípua da analogia e do costume é, justamente, a de integrar as lacunas que possam existir na lei. Tal ofício lhes é designado, em nosso direito pátrio, pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que assim reza: “Quando a lei for

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 144.

³³⁹ Este é o entendimento dos adeptos do Ecletismo (corrente majoritária acerca das lacunas da lei).

³⁴⁰ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública, 1932, p. 65.

³⁴¹ Texto original: ...si la Constitución no dice nada en absoluto sobre la realidad en cuestión – de modo que según él existe una “laguna constitucional” – entonces ¿qué es lo que debe cambiarse? ¿Puede modificarse algo que nunca há existido?...

omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Na concepção de Nader: “a analogia é um recurso técnico que consiste em se aplicar, a uma hipótese não prevista pelo legislador, a solução por ele apresentada para um outro caso semelhante à não-prevista”³⁴². Para que dois casos sejam considerados semelhantes, de forma que a eles se autorize a aplicação da analogia, devem possuir identidade de razão jurídica. Aplica-se o brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio* (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito). A doutrina costuma distinguir a *analogia legis* da *analogia juris*. A primeira ocorre quando há uma norma específica para abarcar a hipótese não prevista; enquanto a segunda vai buscar no ordenamento jurídico como um todo a solução para o caso. Reale³⁴³, assim como Nader³⁴⁴, admite somente a existência da *analogia legis*, a qual chama de *analogia propriamente dita*, por considerar que a *analogia juris* nada mais é do que o recurso aos princípios gerais do direito para se suprir a deficiência da lei.

No que concerne à analogia constitucional, há possibilidade de sua ocorrência quando existir lacuna na Constituição. Neste caso, Barroso³⁴⁵ salienta a impossibilidade do recurso à legislação infraconstitucional para compô-la e afirma que a solução do caso terá que ser encontrada nos próprios princípios constitucionais. O autor ainda esclarece que, freqüentemente, se recorre às construções constitucionais³⁴⁶ em detrimento da aplicação da analogia.

No tocante ao costume³⁴⁷, verificamos que este deve apresentar dois elementos para ser considerado jurídico: um elemento externo, ou objetivo, que consiste na repetição habitual de determinado comportamento no decurso temporal, ou seja, o uso (*consuetudo*); e um elemento interno, ou subjetivo, que se caracteriza pela

³⁴² NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 188.

³⁴³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 300.

³⁴⁴ NADER, Paulo. Op. Cit, p. 190.

³⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 140.

³⁴⁶ Oportunamente analisaremos o tema das construções constitucionais.

³⁴⁷ Ressaltamos que a palavra “costume” é portadora de defeitos da linguagem, quais sejam: ambigüidade e vagueza.

consciência da obrigatoriedade e da crença na necessidade daquele comportamento (*opinio juris et necessitatis*).

No Brasil, e via de regra, nos países que apresentam Constituição rígida e escrita, o costume não gera normas constitucionais. O direito positivo é um sistema denominado *auto-referente*, isso significa que só se admite a entrada de elementos externos quando ele próprio permitir³⁴⁸. Em consonância com o exposto, Moussallem destaca que: “o costume só é inserido no sistema do direito positivo nos casos especificamente previstos pelo próprio sistema”³⁴⁹.

Tal só é possível, segundo o autor, quando uma lei instituir o costume como processo criador de direito positivo. Dessa forma, o costume classificado de *secundum legem* (caso em que a lei faz remissão expressa ao costume) e aquele denominado *praeter legem* (supletivo, aplicado quando há lacuna na lei, e determinado no Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil) são admitidos, ao passo que o costume *contra legem* (contrário à lei) é repudiado, uma vez que a lei é superior, hierarquicamente, ao costume. Assim, os dois primeiros tipos de costume passam a ser direito positivo, ou normas jurídicas³⁵⁰. No entanto, nos alerta o supracitado autor que a Constituição Brasileira de 1988 não faz alusão ao costume, excluindo dessa forma, a possibilidade de um costume constitucional. Em suas próprias palavras:

Vale ressaltar que nossa Constituição Federal, apesar de ser uma Constituição rígida, não faz qualquer menção ao costume, deixando-o a cargo da legislação infra-constitucional. Portanto, **não há que se falar em costume jurídico-constitucional**, parecendo-nos também correto concluir que o costume é hierarquicamente inferior à Constituição³⁵¹ [Grifo nosso].

Destarte, diante da inexistência de costume constitucional no direito pátrio, julgamos que não há porquê tecermos comentários acerca da denominada *mutação por costume constitucional*.

³⁴⁸ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 166.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 166.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 167.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 168.

Ressaltamos, todavia, que este posicionamento com o qual concordamos, não é pacífico. Em sua contraposição, a doutrina³⁵² tem aceitado o costume *secundum constitutionem* (conforme a Constituição) e o *praeter constitutionem* (supletivo, aplicado quando há lacuna) repudiando, de plano, o costume *contra constitutionem* (contrário à Constituição)³⁵³. Por exemplo, a autora Anna Ferraz³⁵⁴, defende a compatibilidade do costume constitucional com a noção de Constituição formal, escrita e rígida. Segundo seus argumentos, o primeiro fundamento da existência do costume constitucional repousa no caráter permanente do poder constituinte, em que este não se esgota com a confecção da Carta Magna, conservando-se latente sob a forma do poder de reforma constitucional, e no poder constituinte difuso, que surge por meio dos órgãos constituídos, para preencher lacunas ou para interpretar obscuridades presentes nos preceitos constitucionais.

5.2.1.4 Os cardeais princípios observados na interpretação constitucional

Notadamente, a moderna interpretação da Constituição é aquela que recorre aos princípios³⁵⁵ para abalizar a norma constitucional. Na opinião de Barroso³⁵⁶ o intérprete deve sempre partir dos princípios constitucionais, do mais genérico ao mais específico, até se chegar à norma concreta aplicável ao caso então apreciado.

O tema dos princípios é demasiadamente rico e comporta amplas considerações. No entanto, para atender aos limites de nossa pesquisa, nos deteremos apenas à análise de três deles, que julgamos ser os principais para o bom desenvolvimento da interpretação constitucional. São eles: o princípio da supremacia da Constituição; o princípio da interpretação conforme a Constituição; e o princípio da unidade da Constituição.

³⁵² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 183- 185.

³⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 142-143.

³⁵⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Op. Cit, p. 183- 185.

³⁵⁵ A definição de princípio da qual compartilhamos é aquela perfilhada por Humberto Ávila in ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p 70. O autor deslinda que: “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

³⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit, p. 147.

Tivemos a oportunidade de citar e de discorrer acerca do princípio da supremacia da Constituição ao longo desta pesquisa. Reforçamos, no entanto, que este princípio está ligado aos conceitos de poder constituinte e de poder constituído (dualidade esta desenvolvida por Sieyès, que afirma a supremacia da Carta Magna); bem como ao conceito de rigidez constitucional, responsável por dificultar o processo de mudança formal na Constituição, conforme abordado há linhas atrás.

Podemos verificar a supremacia da Carta Magna, tanto no aspecto formal, quando ela determina as competências e os processos de elaboração dos atos normativos infraconstitucionais; quanto no aspecto material, em que todos os preceitos normativos do ordenamento jurídico devem estar em consonância com suas disposições. Uma vez desrespeitada a suprallegalidade da Constituição, em qualquer desses dois aspectos, lança-se mão do mecanismo de controle de constitucionalidade para a sua proteção. Destacamos que o conceito de supremacia é advindo da *judicial review* norte-americana, cujo precedente é o caso *Marbury versus Madison*, que será abordado oportunamente.

Os enunciados prescritivos são, por diversas vezes, ambíguos, comportando assim, diferentes interpretações. O princípio da interpretação conforme a Constituição parte desta clara premissa, consistindo em se buscar, dentre as diversas possibilidades de um texto normativo, uma interpretação que se adeque à Constituição; agindo de forma a excluir as interpretações que não esteja em consonância com seus preceitos. Podemos afirmar, assim, que a interpretação conforme revela uma norma jurídica compatível com as disposições constitucionais.

Como o Judiciário escolhe uma interpretação possível para determinado enunciado normativo; ou declara que outras interpretações, além daquela consagrada por ele, são ilegítimas, considera-se que estamos diante de um verdadeiro mecanismo de controle de constitucionalidade. A interpretação conforme a Constituição possui seus fundamentos repousados sobre alguns princípios, quais sejam: o princípio da presunção de constitucionalidade das leis; o princípio da unidade do ordenamento jurídico; o princípio da primazia da Constituição; o princípio da conservação de

normas; o princípio de economia do ordenamento; entre outros. Barroso³⁵⁷ entende que o princípio da interpretação conforme a Constituição se reconduz à independência e harmonia entre os poderes, uma vez que somente por exceção os juizes deverão deixar prevalecer suas interpretações às decisões e avaliações dos legisladores.

O Tribunal Constitucional Alemão³⁵⁸, responsável pelo desenvolvimento da interpretação conforme, utiliza-se da regra *compatível, embora (vereinbar soweit)*, de forma que as hipóteses de interpretação de um determinado dispositivo são reduzidas àquelas indicadas por ele. Uma interpretação conforme, aqui realizada, constitui-se num mandado que evita a declaração de inconstitucionalidade, já que as decisões do Tribunal Constitucional possuem força de lei e efeito vinculante. Observa-se que também os tribunais ordinários devem proceder à interpretação conforme, mas diferentemente, nesta instância, uma vez instituídas elas operam como requisito para estabelecer a “questão de constitucionalidade”³⁵⁹ e, logicamente, para se evitar o incidente de “questão de inconstitucionalidade”³⁶⁰.

Todavia, este tipo de interpretação, não pode ser realizada de qualquer maneira, sem observância a quaisquer regras. Bofill³⁶¹ fala acerca de alguns limites à interpretação conforme que se projetam sobre o legislador e sobre a jurisdição ordinária. Inicialmente, depreende-se da própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão que, por intermédio da interpretação conforme, não se pode adulterar o sentido do texto da lei e nem a finalidade perseguida pelo legislador. O referido autor nos adverte, entretanto, que o sentido de um texto é indiscutivelmente cambiante. No que concerne à *vontade do legislador*, se entendida subjetivamente, ou seja, em seu sentido pretextual, encontra-se praticamente indecifrável. Dessa forma, a referência à *finalidade perseguida pelo legislador* não implica numa

³⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.184.

³⁵⁸ Nos países que apresentam sistema de controle de constitucionalidade do tipo concentrado, como a Alemanha, há um único órgão judiciário que detém o poder de controle, neste caso, o Tribunal Constitucional Alemão.

³⁵⁹ BOFILL, Hector López. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valência: IVAP, 2004, p. 107.

³⁶⁰ No incidente de *questão de inconstitucionalidade*, instaurado quando os tribunais ordinários não obtêm sucesso na realização de interpretação conforme, o Tribunal Constitucional é incitado, por estes, a manifestar-se acerca da inconstitucionalidade de determinado dispositivo infra-constitucional.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 113-117.

necessidade de o intérprete buscar o que subjetivamente desejou o legislador, mas significa que se deve conservar aquilo que foi estabelecido por ele.

Por fim, observaremos o limite da interpretação conforme em relação à jurisdição ordinária Alemã. Já havíamos mencionado que a jurisdição ordinária também realiza a interpretação conforme como requisito para se estabelecer uma questão de constitucionalidade, pois, mediante o fracasso de uma interpretação conforme, o juiz ordinário encontra-se impelido a transferir ao Tribunal Constitucional a decisão acerca da constitucionalidade da lei (mediante “questão de inconstitucionalidade”). Isso se deve ao fato de que o controle de constitucionalidade realizado no Estado Alemão é aquele do tipo concentrado, em que um único órgão judiciário detém o poder de controle³⁶². Assim, se uma questão de constitucionalidade é estabelecida é porque o juiz aplicou a lei cuja constitucionalidade se põe em proibição no processo perante o Tribunal Constitucional, ou seja, o juiz encontrou uma interpretação conforme da lei que pode ser revogada pelo Tribunal Constitucional. Questiona-se se a atividade do Tribunal Constitucional está, neste âmbito, demarcada por aquilo que foi estabelecido pelo juiz ordinário. Este é o limite reconhecido pela doutrina e mantido pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Note-se que, entre nós, é reconhecida a impossibilidade de se recorrer à interpretação contra a lei (*contra legem*) para mantê-la, assim como não pode ser realizada qualquer interpretação que prive o dispositivo de função útil. Além disso, o princípio em tela não deve ser utilizado com abuso, visto que isto levaria a uma usurpação da função precípua do poder legislativo: a de legislar³⁶³.

Finalmente, do princípio da unidade da Constituição inferimos que a Constituição deve ser vista em sua globalidade, como um verdadeiro sistema de normas em que seus dispositivos jamais devem ser considerados isoladamente. Este princípio nos remete à interpretação sistemática, que ao demarcar o alcance dos dispositivos,

³⁶² O controle de constitucionalidade concentrado (criação do jurista austríaco Hans Kelsen) nasceu na Constituição Austríaca de 1920/ 1929, e expandiu-se para países que possuíam ordenamento jurídico da tradição romano-germânica. Seu surgimento deveu-se ao insucesso do sistema de controle difuso nos países de Civil law, graças à inexistência do princípio do *stare decisis*.

³⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.185.

evita contradições entre eles, harmonizando-os e solucionando, assim, possíveis tensões.

5.2.2 Mutação constitucional por interpretação Administrativa

Ao distinguirmos a interpretação orgânica da não-orgânica, afirmamos que aquela consiste na interpretação realizada pelos órgãos Estatais. Dessa forma, podemos verificar três diferentes tipos de interpretação que levam à mutação constitucional. São elas: a interpretação administrativa, feita, principalmente, pelo Poder Executivo; a interpretação Legislativa, desenvolvida precipuamente pelo Poder Legislativo e, finalmente, a interpretação judicial, levada a efeito pelo Poder Judiciário.

A interpretação constitucional administrativa, conforme já destacamos, consiste naquela realizada precipuamente pelo Poder Executivo. Consoante o que nos aponta Baracho: “Ocorre a interpretação administrativa na esfera constitucional, quando os órgãos do poder executivo ao tomar suas decisões, ajustam seus atos, resoluções e disposições gerais, ao império dos preceitos constitucionais”³⁶⁴.

Tais atos, resoluções e disposições podem ser administrativas *stricto sensu*, ou podem apresentar finalidade política. Os dois casos são abarcados pela interpretação constitucional administrativa. Não deve ser desconhecido, porém, o fato de que os outros poderes constituídos, ou seja, o Legislativo e o Judiciário, também desenvolvem interpretação constitucional administrativa, quando este tipo de atribuição lhes é conferida pela Constituição.

A interpretação constitucional administrativa possui o desígnio de aplicar as disposições constitucionais, seja de forma imediata ou mediata. Deve-se indagar sempre se o ato administrativo a ser editado é constitucional, de forma a se observar o princípio da constitucionalidade e, também, o princípio da legalidade, pois este último deve inspirar o ato administrativo. Acerca do tema Baracho denota que: “Esta legalidade do ato administrativo pressupõe a conformidade deste, com a disposição

³⁶⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. São Paulo: Resenha universitária, 1979, p. 64.

legal secundária, mas com o texto e o espírito das normas constitucionais”³⁶⁵. Dessa forma, o aplicador, ao interpretar a lei, deverá afiná-la com os preceitos constitucionais. Aqui se verifica o caráter secundário da interpretação constitucional administrativa, que se funda não só na Constituição, mas também na legislação infraconstitucional. Todavia, a interpretação constitucional administrativa, se fundada diretamente na Constituição, será considerada primária³⁶⁶.

Julgamos importante mencionar algumas características da interpretação constitucional administrativa. Preliminarmente, considera-se que seu exercício pode ou não ser obrigatório, dependendo, para uma resposta precisa, de se observar o ordenamento e a espécie do ato de aplicação constitucional. O ato que apresenta finalidade política é discricionário, já o ato administrativo *stricto sensu* pode, ou não, ser livre. De qualquer forma, o exercício desta interpretação é considerado autônomo, uma vez que o poder competente para impulsioná-la funda-se somente na Constituição³⁶⁷.

Outra característica importante é aquela concernente à definitividade da interpretação constitucional. Recorremos aqui, novamente, à dualidade do ato administrativo, que pode apresentar-se com finalidade administrativa ou política. No caso dos atos administrativos qualificados de *exclusivamente políticos*, a interpretação constitucional administrativa é definitiva, não estando sujeita a qualquer revisão de outro poder, sendo assim, imunes ao controle judicial e ao controle político. Os atos administrativos de *finalidade política*, mas não exclusivamente políticos, também são imunes ao controle político e ao controle judicial, guardando algumas limitações. Diversamente, o ato de *finalidade exclusivamente administrativa* se sujeita ao controle jurisdicional de constitucionalidade e legalidade. Note-se, contudo, que nem mesmo as interpretações ditas definitivas são imutáveis, pois, podem ser alteradas pelo próprio poder que a desenvolveu.

³⁶⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. São Paulo: Resenha universitária, 1979, p. 64.

³⁶⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 152.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 155.

Por fim, salientamos que a interpretação constitucional administrativa vincula os administrados e os outros poderes (*externa corporis*) e, também, os demais órgãos da própria administração, quando emanada de autoridade do mais alto escalão administrativo (*interna corporis*).

Por ora, interessa-nos saber em que momento a interpretação constitucional administrativa deflagra-se no processo de mutação constitucional. Podemos afirmar que isto ocorre sempre que, através dela, se transformar o sentido, ou seja, o alcance dos dispositivos constitucionais, ajustando-os às novas realidades sociais. Tal transformação pode ser realizada através de ampliação ou de restrição do significado da Constituição. No entanto, para que se altere o sentido sem ferir o texto e o espírito da Carta Magna, as regras de hermenêutica, anteriormente expostas, deverão ser observadas.

Repercute de forma especial, as interpretações constitucionais administrativas realizadas sobre normas constitucionais programáticas, que quando não indicam legislação futura, ficam sujeitas à discricionariedade, também, do administrador. Como exemplo de interpretação outorgada pela Constituição ao administrador para integrar normas programáticas, podemos citar o artigo 179, parágrafo único, da Constituição da República, que versa: “O Poder Público incentivará a pesquisa e o ensino científico e tecnológico”. A interpretação constitucional administrativa, na medida em que concretiza as normas deste tipo, concede o sentido real da Constituição. Desta forma, a inércia do intérprete administrativo torna-se relevante sempre que esteja incumbido de integrar a eficácia da norma constitucional, seja direta ou indiretamente³⁶⁸.

³⁶⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 160.

5.2.3 Mutação constitucional por interpreta o Legislativa

Dentre as espécies de interpreta o org nica, conforme aventado, encontra-se também, a interpreta o constitucional legislativa, precipuamente exercida pelo Poder Legislativo³⁶⁹, e que nas palavras de Anna Ferraz:

...Consiste na atividade desenvolvida pelo órgão, dotado de poder legislativo, que busca o significado, o sentido e o alcance da norma constitucional para o fim de, fixando-lhe o conteúdo concreto, completá-la, e, conseqüentemente, dar-lhe aplica o.³⁷⁰

Dito por outras palavras, a interpreta o constitucional legislativa   aquela que, mediante um ato legislativo, aplica a Constitui o.

A Constitui o determina as atribui es do Poder Legislativo que, ao emanar normas infra-constitucionais, deverá sempre se ater ao que está nela disposto, interpretando seus dispositivos de forma a legislar em consonância com eles. Baracho explica que: “Ao expedir disposi es ordinárias, o legislador deve interpretar o alcance das normas constitucionais, pois toda norma secundária deve estar em conformidade com o texto e os princípios fundamentais da lei suprema...”³⁷¹.

No Brasil, a interpreta o constitucional legislativa   veiculada, principalmente, através de lei complementar. Esta, no entanto, não a exaure, sendo que outras modalidades de lei (em sentido lato) configuram-se como meio de integra o das normas constitucionais³⁷².

Este tipo de interpreta o apresenta diversas características importantes. Configura-se necessário fazermos men o a algumas delas. Podemos afirmar, preliminarmente, que ela   *direta* ou *primária*, pois funda-se exclusivamente na

³⁶⁹ Anna Ferraz, afirma que: “Exerce atividade interpretativa constitucional legislativa todo órgão que, chamado diretamente pela Constitui o, elabora ato normativo geral de aplica o da Constitui o”. In FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constitui o: muta es constitucionais e muta es inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 78.

³⁷⁰ Ibidem, p. 65.

³⁷¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constitui o*. São Paulo: Resenha universitária, 1979, p. 62.

³⁷² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Op. Cit, p. 79-80.

Constituição. Temos, também, que ela configura-se como *permanente*, porque é efetuada na atividade contínua e constante dos órgãos dotados de poder legislativo. No que concerne a estas duas características, Baracho, apoiado nos ensinamentos de Hector Fix Zamudio, expõe que:

A interpretação constitucional, denominada de legislativa, é a que pode considerar-se permanente, desde que se efetue normalmente na atividade constante dos órgãos legislativos, ao discutir e expedir as leis ordinárias, assumindo esta forma o caráter de direta, posto que implica no exame imediato do texto e a aplicação dos princípios das normas fundamentais.³⁷³

Outra característica que merece atenção é aquela segundo a qual se entende que ela é *limitada* pela Constituição, já que não pode alterar sua letra ou seu conteúdo. A interpretação constitucional legislativa também é *mutável*, uma vez que uma norma anterior pode ser alterada por outra posterior, mudando assim a interpretação inicial dada ao texto constitucional. Observe-se que isso só pode ocorrer se for possível se retirar do texto outras interpretações, sem ferir sua letra ou seu espírito³⁷⁴.

Ainda no que concerne às peculiaridades da interpretação constitucional legislativa, consideramos que esta *não é sempre definitiva*³⁷⁵, pois pode ser submetida ao controle judicial de constitucionalidade. Corroborando nosso entendimento, Baracho afirma: “A interpretação legislativa das normas constitucionais, nem sempre é definitiva, pois normalmente permite-se a revisão judicial da constitucionalidade”³⁷⁶.

Mais quatro características da interpretação constitucional legislativa devem ser analisadas. Primeiramente, a consideramos *obrigatória*, quanto ao exercício, e, *discricionária*, quanto ao momento de agir e à escolha das opções, alternativas ou conteúdo concreto da norma³⁷⁷. Esta obrigatoriedade, decorrente do princípio da supremacia da Constituição, implica que a Carta Magna deve ser aplicada e, para tanto, deve ser realizada a complementação legislativa.

³⁷³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. São Paulo: Resenha universitária, 1979, p. 64.

³⁷⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 67-69.

³⁷⁵ Somente será definitiva em se tratando de matéria legislativa que foge ao controle jurisdicional de constitucionalidade, como por exemplo, as questões políticas.

³⁷⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. Cit, p. 63.

³⁷⁷ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Op. Cit, p. 66.

Destacamos ainda, a *espontaneidade* da interpretação constitucional legislativa, que permite ao órgão legislativo atuar de forma independente e autônoma, não necessitando de provocação. E, finalmente, ressaltamos a sua força vinculante, já que é notório o entendimento de que a lei obriga³⁷⁸.

Observa-se o processo de mutação constitucional por intermédio da interpretação constitucional legislativa quando, através da via legislativa, se altera o alcance da norma constitucional, ou seja, o seu sentido, sem, contudo, alterar a letra do texto constitucional e sem ferir o espírito da Constituição. Deve-se aqui ter bastante cuidado para que, através da via legislativa, não se deforme a Carta Magna. No entanto, este perigo não deve impedir que o legislador atue de forma a adequar o texto constitucional às novas necessidades sociais.

5.2.4 Mutação constitucional por interpretação Judicial

A interpretação constitucional judicial é aquela realizada pelo Poder Judiciário, podendo ocorrer mediante a aplicação de dispositivo constitucional para solucionar uma contenda; ou nos casos em que se deseja exercer o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos³⁷⁹. No Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eclético, comportando simultaneamente o controle difuso e o concentrado, este tipo de interpretação constitucional é exercido por todos os juízes e pelos tribunais.

Anna Ferraz³⁸⁰ nos desperta para o fato de que o Judiciário, por ser um poder constituído, submete-se à Constituição. Disto decorre que os mesmos limites que incidem sobre a interpretação constitucional em geral são válidos para a interpretação constitucional judicial. Esta última, todavia, apresenta algumas peculiaridades no que diz respeito à sua extensão e aos seus limites, as quais passaremos a observar de acordo com as considerações traçadas pela supracitada autora³⁸¹:

³⁷⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 74-75.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 104.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 105.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 105-116.

a) Primeiramente, tem-se que quanto mais concisa, sintética e genérica for a Constituição; por outro lado, mais ampla, profunda e extensa tende a ser a interpretação judicial.

b) Recorre-se com maior freqüência à interpretação constitucional realizada pelo poder judiciário, quando a Constituição limita demasiadamente a atuação dos poderes constituídos, sobretudo, a do poder legislativo.

c) Onde há o controle judicial de constitucionalidade de leis ou atos normativos, o poder judiciário, via de regra, pode examinar qualquer matéria constitucional, por qualquer dos meios que lhe foram outorgados: por via de ação ou incidental; pelo controle concentrado ou difuso. Como exceção, podemos citar o caso da Suíça, onde a sua Constituição assegura a impossibilidade de se fazer o controle de constitucionalidade judicial das leis da Assembléia Federal³⁸².

d) É demasiadamente importante a interpretação de expressões indeterminadas ou abertas, como *interesse público*, *interesse social*, entre outras.

e) Finalmente, deve-se refletir acerca da questão *Quis custodiet custodes?* A expressão indaga quem é o responsável pelo controle do próprio poder Judiciário em sua tarefa de interpretar a Constituição. Em resposta, podemos verificar alguns sistemas, como o *recall*: "...que investe o povo da capacidade de cassar decisões judiciais, pelo que o povo passa a conhecer e decidir, em última instância, sobre a constitucionalidade das leis"³⁸³. Havendo, ainda, a possibilidade de se lançar mão de outros instrumentos de participação do povo na interpretação constitucional, como o referendium, o plebiscito, a iniciativa popular e o veto popular.

³⁸² A história constitucional brasileira também revela algumas limitações e restrições ao controle jurisdicional. A título de exemplo, temos o artigo 181 da Emenda Constitucional n. 1 de 17 de Outubro de 1969, que exclui da apreciação do Poder Judiciário Brasileiro os atos praticados pelo comando Supremo da Revolução de 31 de Março de 1964; os atos do Governo Federal baseados nos Atos Institucionais e Atos Complementares; as Resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que, fundadas em Atos Institucionais, tenham cassado mandatos eletivos ou declarado impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores; e os atos de natureza legislativa expedidos com bases nos Atos Institucionais e Complementares. Ademais, também as chamadas *questões políticas* são consideradas, pelos próprios Tribunais, como questões situadas fora da alçada judicial e, por este motivo, os juízes recusam-se a julgá-las.

³⁸³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 111.

A interpretação desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais, no tocante ao seu exercício, é: obrigatória; primária; atua somente quando provocada e em casos concretos. Quanto aos seus efeitos, ela é: definitiva; mutável; e vinculante³⁸⁴. Estas características apontadas constituem as particularidades da interpretação constitucional judicial, acerca das quais discorreremos. No tocante à obrigatoriedade de se proceder à interpretação, temos que um juiz não pode recusar-se de julgar determinada lide envolvendo matéria constitucional, a não ser que tal competência não lhe tenha sido outorgada pela Constituição.

O caráter de atividade primária, por sua vez, é atribuído à interpretação constitucional judicial, porque ela é exercida com fundamento direto na própria Constituição, dependendo somente dela.

O Judiciário não invoca a função de interpretar a Constituição de forma espontânea. Para se proceder a uma interpretação constitucional judicial, ele necessita ser provocado, dessa forma, para tanto, deve haver um processo judicial.

No que concerne à característica de definitividade, esta é percebida nos ordenamentos jurídicos que apresentam o controle judicial de constitucionalidade (incidental ou por via de ação). Principalmente se eles possuem uma Corte Suprema, que se configura na última instância, encarregada de interpretar e aplicar a Constituição com autoridade final. Observa-se que considerar a interpretação como definitiva, não significa afirmar que ela seja imutável, pois, a mesma Corte Constitucional poderá alterá-la quando decidir novo litígio constitucional.

Dissemos que a interpretação constitucional judicial é vinculante, ou seja, ela obriga, gerando direito. Aqui reside a seguinte questão: a quem exatamente ela obriga? Considerando a interpretação constitucional judicial realizada no caso concreto, como questão prejudicial ou incidental, temos seus efeitos operando *inter partes*. Isso significa que, mesmo que esta interpretação tenha sido fruto do labor da Corte Constitucional, sem que haja um dispositivo legal que lhe garanta a força vinculante

³⁸⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 116.

(seja através, por exemplo, da obrigação da adoção dos precedentes judiciais, ou de qualquer outro mecanismo) a obrigação do respeito a esta interpretação é dirigida exclusivamente às partes envolvidas no litígio. Por outro giro, no caso em que a questão de inconstitucionalidade é suscitada diretamente ao Supremo Tribunal Federal, se este órgão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, remetendo esta declaração ao Senado Federal, para que este suspenda a execução da lei, estamos diante do efeito *erga omnes*, ou seja, neste caso a interpretação constitucional judicial é destinada a todos, que assim, devem, indiscutivelmente, respeitá-la.

Realizadas estas considerações acerca das peculiaridades da interpretação constitucional judicial, importa-nos demonstrar de que maneira esta se consubstancia em espécie de mutação constitucional. Conforme já averiguamos, a Constituição deve alcançar todas as nuances provocadas pela constante evolução social, a fim de manter-se atual e, dessa forma, ser capaz de resolver as novas contendas. Dentre as mudanças na Constituição ocorridas mediante processos informais, aquelas obtidas através de interpretação constitucional judicial detém grande importância. Os juízes são freqüentemente chamados a interpretar a Carta Magna e nesta tarefa devem ser observadas tanto às regras gerais da hermenêutica, quanto àquelas regras de aplicação exclusiva da interpretação constitucional.

A mutação constitucional realizada pelos juízes e tribunais apresenta-se de maneiras distintas. Ela pode manifestar-se: 1) através da denominada *interpretação evolutiva*. Quando se busca fazer a adequação do conteúdo do preceito constitucional em apreço às novas situações, às evoluções dos valores constitucionais, à transformação de sentido da sua linguagem, e, para estar em consonância com as novas intenções dos intérpretes; ou 2) para resolver as obscuridades do texto constitucional.

Freqüentemente, a mutação por interpretação judicial também ocorre mediante a *construção constitucional*, tema que abordaremos no próximo item. Menciona-se ainda uma interpretação judicial chamada *criativa e analógica*³⁸⁵, que segundo

³⁸⁵ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 125-130.

Jellinek, também redundante em mutação constitucional. Na concepção do autor, esta ocorre quando há o preenchimento de lacunas através da atividade jurisdicional. Registre-se que não compartilhamos desta posição, conforme já explicitado no item 5.2.1.3.5.

5.2.4.1 Interpretação *versus* Construção: a *constitucional construction* norte-americana

Ao tratarmos da mutação por interpretação judicial não podemos nos furtar de fazer referência à *constitucional construction* norte-americana, evocada por diversos doutrinadores, como, por exemplo, Hsü Dau-lin³⁸⁶.

Inicialmente, intentamos diferenciar os conceitos de interpretação e de construção. Para tanto, remetemo-nos a duas correntes de pensamento distintas: uma inclina-se na direção de entendimento segundo a qual a interpretação constitui-se num método distinto da construção. Enquanto a outra, defende que a construção configura-se numa espécie de interpretação. Temos que a interpretação busca o sentido da lei mediante exploração de seu texto. Através dela, retira-se da expressão textual, da letra da lei, o seu sentido. Diversamente, na construção constitucional, além da análise do texto da lei, observam-se também aspectos extrínsecos a este, colhidos do espírito da norma, muitas vezes de cunho político, e não, jurídico. Partindo dessas observações, concordamos com Anna Ferraz³⁸⁷ no sentido de ambas, interpretação e construção, são espécies do gênero *interpretação constitucional*.

A construção, como se vê, é grande responsável pela adaptação do texto constitucional às novas realidades sociais. Trabalhando no sentido contrário ao do engessamento do direito, apresenta-se como importante veículo de mutação constitucional. Ela foi desenvolvida originalmente pela Suprema Corte norte-americana. Nas palavras de Dau-Lin³⁸⁸:

³⁸⁶ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública, 1932, p. 86 e ss.

³⁸⁷ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 47-48.

³⁸⁸ DAU-LIN, Hsü. Op. Cit, p. 89.

O problema da interpretação da Constituição é capital na prática e na teoria do direito constitucional norte-americano. Em Nenhum outro país do mundo a Constituição tem interpretado a Constituição tanto quanto ali, em nenhum outro ordenamento jurídico a interpretação da Constituição tem julgado um papel tão importante como nos Estados Unidos.³⁸⁹ (tradução nossa).

Para o jurista chinês esta importância da interpretação no Direito americano deveu-se a três motivos principais, quais sejam: 1) estreita relação dos juízes americanos com a Constituição; 2) a rigidez constitucional; e 3) a afinidade com o sistema inglês, em que a jurisdição dos tribunais tem grande relevo. Como a Suprema Corte é o órgão máximo do sistema norte-americano, em que se decidem definitivamente os casos até lá levados, ela se converteu na instância autêntica para interpretar a Constituição. Todavia, a competência da Suprema Corte para realizar o controle de constitucionalidade não estava expressamente contemplada no texto constitucional norte-americano, de forma que a *judicial review* é fruto de construção constitucional, cujo precedente é o famoso caso *Marbury versus Madison*, o qual passaremos a analisar, principalmente, por ser um dos maiores exemplos de mutação constitucional realizado mediante interpretação judicial.

Nas eleições de 1800, o então presidente dos Estados Unidos, John Adams, e seus aliados, os federalistas, foram derrotados por Thomas Jefferson e os republicanos. No final de seu governo, Adams, junto com o Congresso, articularam-se com intuito de manter seu prestígio e influência política através do Poder Judiciário. Para tanto, aprovaram uma lei, em 13 de Fevereiro de 1801, já no final de seu governo, com o objetivo de reorganizar o Judiciário Federal. A referida lei tinha o condão de reduzir o número de Ministros da Suprema Corte (para impedir uma nova nomeação pelo presidente que estava iniciando seu mandato), e criava dezesseis cargos de juízes federais, para serem ocupados por federalistas.

No dia 27 de Fevereiro de 1801, uma segunda lei veio autorizar o presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz³⁹⁰. John Adams assinou os atos de investidura dos novos juízes já no último dia de seu governo e encarregou seu Secretário de

³⁸⁹ Texto original: El problema de la interpretación de la Constitución es capital en la práctica y en la teoría del derecho constitucional norteamericano. En ningún otro país del mundo la Constitución se ha interpretado tanto como allí, en ningún otro ordenamiento jurídico la interpretación de la Constitución há julgado un papel tan importante como en los Estados Unidos.

³⁹⁰ Os nomes dos juízes indicados foram confirmados pelo Senado em 03 de Março de 1801, na véspera da posse de Thomas Jefferson.

Estado, John Marshall, de entregá-los aos nomeados. No entanto, o próprio Marshall foi nomeado para o cargo de presidente da Suprema Corte e, por tal motivo, não conseguiu cumprir aquela tarefa para a qual foi designado.

Ao assumir, Thomas Jefferson determinou a seu secretário de Governo, James Madison, que não efetuasse a entrega dos atos de investidura aos juízes nomeados no governo anterior. Em Dezembro de 1801, Willian Marbury - juiz de paz nomeado, mas não empossado - propôs um *Writ of mandamus* em face de Madison para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido de Marbury foi realizado com base em uma lei de 1789 que atribuía à Suprema Corte a competência originária para processar e julgar o *Writ*. Jefferson, por ter maioria no Congresso, conseguiu que este suspendesse o funcionamento da Corte no ano de 1802, que só retornou ao exercício normal de sua função em 1803. Neste ano, o caso Marbury *versus* Madison deveria ser julgado. Assim, o presidente mandou avisar aos Ministros que aqueles que votassem contra sua orientação seriam destituídos do cargo.

Como o presidente da Suprema Corte dos EUA não é obrigado a distribuir os processos, o próprio John Marshall resolveu decidi-lo. Seu julgamento foi dividido em três partes: Inicialmente, afirmando que o poder judiciário poderia rever os atos do Executivo, mesmo os omissivos, e corrigi-los, se contrastantes com a Constituição; no segundo momento, reconhecendo o direito de Marbury a receber a investidura; e por fim, determinando que a lei que conferiu competência à Suprema Corte para julgar o *Writ of mandamus* era inconstitucional, pois criava uma competência originária para a Suprema Corte além daquelas elencadas pelo artigo 3º da Constituição. Assim, a lei não poderia ser aplicada porque era, incontestavelmente, inconstitucional, e como conseqüência do pronunciamento nesse sentido, a Corte não poderia considerar-se competente para julgar o caso. Decidindo dessa forma, o juiz Marshall atendeu à determinação presidencial, sem ser incoerente em sua decisão, já que ele próprio teria, de certa forma, dado causa ao *Writ*, por não ter efetuado a entrega dos atos de investidura quando fora Secretário de Estado no Governo anterior.

Naquele *decisum* foram enunciados os três fundamentos do controle de constitucionalidade, quais sejam: a supremacia da Constituição; a nulidade da lei

que contrarie a Constituição; e, finalmente, o reconhecimento de que o intérprete final da Constituição é o Poder Judiciário.

Por mais perspicaz que tenham sido os argumentos levantados pelo juiz Marshall, várias foram as críticas lançadas contra sua decisão. Dentre elas podemos citar a título de exemplificação: 1) o juiz deveria ter-se dado como impedido de participar no julgamento; 2) havia possibilidade de se reconhecer a incompetência da Corte ou o descabimento do *Writ* por outras razões, que não só a inconstitucionalidade da lei. Independente das conturbadas nuances do caso, *Marbury versus Madison* foi o precedente do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno e sua maior importância foi determinar a prevalência da Constituição sobre quaisquer atos legislativos.

Ressaltamos que a ocorrência de mutações mediante a interpretação da Constituição são freqüentes nos Estados Unidos da América. Não podemos, todavia, afirmar o mesmo sobre outros Estados, conforme o ensinamento de Dau-lin, para quem: “As mutações da Constituição mediante sua interpretação são fenômenos muito freqüentes nos Estados Unidos, mas nos demais Estados ocorrem raras vezes”³⁹¹.

Esta observação também se aplica em relação ao Brasil, porquanto em nosso Estado a construção não apresentou grande relevo. O Supremo Tribunal Federal efetuou muito pouco em matéria de construção constitucional. O exemplo mais lembrado de interpretação construtiva em nosso direito Pátrio é aquele que diz respeito à doutrina do *habeas corpus*. Influenciado pelas interpretações defendidas por Ruy Barbosa e por Pedro Lessa, o Supremo Tribunal Federal interpretou amplamente, em 1909, o conceito disposto no artigo 72, § 22, da Constituição Federal de 1821, de forma a estender o *habeas corpus*, além da proteção da liberdade de locomoção, à proteção de qualquer lesão de direitos pessoais, praticadas por abuso da autoridade pública³⁹².

³⁹¹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública, 1932, p. 102.

³⁹² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 138.

Para remate do tema, importa-nos registrar que a doutrina reporta-se, freqüentemente, à *mutação constitucional*. Esta pode ser definida como o processo de mudança informal na Constituição que a altera de maneira contrária a sua letra e ao seu espírito. Este tipo de mutação é inadmissível, pois afronta o próprio conceito de Constituição e seus princípios mais basilares, como o da supremacia de seus preceitos. Assim, caso apareça na prática, ele deve ser repellido através do sistema de controle de constitucionalidade.

5.3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS CLÁUSULAS PÉTREAS

Cumpre-nos agora intentar demonstrar, diante de todo o exposto, que as cláusulas pétreas, manifesto limite material à reforma constitucional, não se encontram, por todo, engessadas. Pelo contrário: através de interpretação constitucional, elas devem ser sempre adequadas à dinâmica social.

Entendemos que as denominadas cláusulas pétreas, identificadas como aqueles dispositivos irreformáveis, elencados no Art. 60 § 4º, da CR, podem ser analisados de maneira dicotômica. Inicialmente, elas podem ser entendidas como enunciados prescritivos constitucionais, ou seja, enquanto texto constitucional cogente. Sob este aspecto, as cláusulas pétreas se apresentam como enunciados prescritivos supremos, já que encontram-se na Constituição da República. Dessa forma, qualquer desrespeito a elas dirigido deve ser coibido através do controle de constitucionalidade. Por outras palavras, por entendermos que a Constituição é o conjunto de enunciados prescritivos que figura-se hierarquicamente superior a quaisquer outros, o que está ali determinado jamais poderá ser contrariado. Assim, o Art. 60, § 4º, da Carta Magna, impõe limites materiais explícitos ao poder de reforma da Constituição, realizada pelo poder constituído (Legislativo), através das emendas à Constituição. Afirmamos assim, veementemente, em consonância com o princípio da supremacia da Constituição, que é impossível se superar as cláusulas pétreas enquanto enunciados prescritivos, já que é expressamente proibido ao Poder Legislativo criar emendas sobre aquelas matérias.

Por outro giro, oportunamente diferenciamos os enunciados prescritivos das normas jurídicas e concluímos que estas não se identificam com aqueles. Dessa maneira,

cumpra-nos reafirmar que as normas jurídicas constituem-se em proposições, ou seja, elas são as significações extraídas dos enunciados prescritivos através da interpretação. Sempre que se aplica um dispositivo legal, este deve ser interpretado, de forma que ao aplicar o direito se está, na verdade, criando norma jurídica. Em relação às cláusulas pétreas, a análise não é distinta. Os enunciados prescritivos das cláusulas pétreas, presentes no Art. 60, § 4º, da CR, não são efetivamente normas jurídicas, de forma que devem ser, necessariamente, interpretados para que deles seja retirada a norma aplicável ao caso concreto. Todavia, o intérprete escolhe uma opção, dentre as interpretações possíveis, para compor a norma. Isso significa que naqueles enunciados prescritivos, podem existir diversas normas jurídicas distintas, tantas quantas sejam as proposições suscitadas na mente do hermeneuta.

A interpretação da Carta Magna, como vimos, pode ser realizada pelo poder Executivo, pelo poder Legislativo, por seus destinatários em geral, etc. Mas a interpretação que aqui particularmente nos interessa é aquela realizada pelo Poder Judiciário. Através das interpretações constitucionais judiciais, realizadas no caso concreto, o juiz (intérprete) compõe a norma e adequa o enunciado, que à primeira vista pode parecer obsoleto, às novas necessidades e realidades sociais. Neste sentido, as cláusulas pétreas podem ser modificadas, tratando-se, no caso em apreço, da ocorrência de mutação constitucional através da interpretação judicial. Vale aqui todos os limites anteriormente explicitados, principalmente aquele que concerne à elasticidade dos enunciados prescritivos. Assim, qualquer interpretação que possa ser legitimamente extraída dos preceitos constitucionais referentes às cláusulas pétreas, sem trair o espírito da Constituição e a sua letra (por incompatível com o texto constitucional) pode ser realizada, de forma a se criar norma jurídica. Por esta razão, asseveramos que aquilo que se entende hoje acerca das cláusulas pétreas, podem não ser o mesmo que se apresentará futuramente. Aqui, embora o texto da lei permaneça estático, por ser formalmente inalterável, o entendimento dele extraído é cambiante, de forma a gerar novas normas jurídicas, que se apresentam de acordo com a hodierna situação da sociedade.

Dessarte, terminamos por declarar que as cláusulas pétreas podem ser superadas através da mutação constitucional por interpretação judicial. O que significa dizer que, ainda que elas não possam ser superadas textualmente, as suas significações,

ou seja, as normas jurídicas advindas da letra da lei por intermédio do trabalho de interpretação judicial, podem, e devem, ser distintas à medida que isso seja exigido pelos novos contornos da vida social.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 Com a obra de Wittgenstein: *Tractatus Lógico-Philosophicus*, publicada em 1922, deu-se início à fase do giro lingüístico, em que a linguagem passou a ter importância maior que a própria realidade. Os Neopositivistas Lógicos, apoiados na proposição 5.6 do livro (*os limites da linguagem são limites do mundo*) enfatizaram a linguagem rigorosa como instrumento do saber científico, pois entenderam que a linguagem cotidiana estava eivada de defeitos, como: a ambigüidade, a vaguidade e a carga emotiva. Eles deram destaque aos planos sintático e semântico da linguagem, de forma que na opinião destes estudiosos, um enunciado, para ser científico, deveria ser bem formado e empiricamente verificável. A Filosofia da Linguagem ordinária foi outra corrente de pensamento que reduzia a Filosofia à Linguagem. Porém, para os adeptos desta doutrina, a ênfase deveria ser dada ao plano pragmático. Dessa maneira, a linguagem privilegiada aqui foi a *cotidiana*, considerada por estes, como aquela desprovida de problemas.

2 A Semiótica é a teoria geral dos signos. Ela é composta de três planos distintos:

- a) Sintático: que examina as relações entre os signos.
- b) Semântico: que observa a relação entre o signo e o objeto que ele representa.
- c) Pragmático: que se ocupa dos signos vistos na relação que mantêm com os utentes da linguagem.

Frisamos que o signo, por sua vez, consiste na unidade de um sistema lingüístico, e é fruto da convenção humana.

3 No plano sintático verificam-se as regras de formação e as regras de derivação, observadas para relacionar os signos, e assim, formar frases e transmitir mensagens. Daí dizer que a sintaxe é a teoria da construção da linguagem. O plano semântico, por sua vez, estuda o significado dos signos, que consiste em algo convencionalizado. O significado possui dois elementos, quais sejam: a denotação (extensão) e a designação (ou conotação). A denotação de uma palavra constitui-se de todo objeto que nela se encaixa. Já a designação, é o critério de uso de uma palavra de classe, sendo que as partes da descrição de um objeto que integram este critério são consideradas suas características definitórias.

4 O conceito é a significação de um signo, enquanto a definição é o seu significado. Só é possível se definir o conceito das coisas, nunca as coisas em si. Uma definição é composta pelo *definiendum*, que é a palavra a definir; e pelo *definiens*, que é a enunciação do significado. Embora existam diversos tipos de definições, a preferência é reservada a dois deles: 1) à definição verbal, que indica o significado de uma palavra através de outras palavras; e 2) à definição conotativa, que demonstra as características comuns que os objetos devem ter para apresentar a mesma nomenclatura.

5 No processo comunicacional, quando alguém diz algo a outrem, procura influenciá-lo de alguma maneira. Atendo-nos ao fato de que o emissor de determinada mensagem pode influenciar o seu receptor de diversas formas, verificamos que a linguagem possui diferentes funções, como a função de informar, a de descrever, a de persuadir, entre outras. Vale observar que estas funções apresentam-se cumuladas nas manifestações lingüísticas.

6 Para que fosse possível refletir acerca da linguagem, foram estabelecidos diferentes níveis dela própria. Assim, chamamos de *linguagem-objeto* aquela linguagem que se refere a coisas; e de *metalinguagem*, a linguagem que fala acerca da linguagem-objeto. No Direito, as normas jurídicas são, freqüentemente, linguagem-objeto. As normas que falam acerca de outras normas, são consideradas metalinguagem prescritiva; e a doutrina, é sempre metalinguagem descritiva.

7 O enunciado é produzido através do ato da enunciação, e consiste no suporte físico de um signo, sendo a palavra escrita ou falada. Ele refere-se a algo (significado) e suscita na mente humana uma idéia (significação). Esta idéia advinda da interpretação do enunciado é denominada *proposição*.

8 No texto normativo podemos verificar, tanto os enunciados-enunciados, formados pelos preceitos normativos; quanto a enunciação-enunciada, formada pelos fatos enunciativos que nos reportam à produção normativa que se esvai no tempo (enunciação).

9 A palavra *Constituição* é ambígua. Desta forma, o seu conceito é definido em três diferentes sentidos, quais sejam: sociológico, político e jurídico. No entanto, o conceito por nós adotado é o conceito normativo, traçado por Hans Kelsen, segundo o qual, a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado. No que se refere ao seu fundamento de validade, porém, utilizamos distinto corte metodológico daquele feito pelo supracitado autor, ao considerarmos que a Carta Magna emana do poder do povo, neste repousando sua validade. Verifica-se que aqui recorreremos à óptica política.

10 O abade Emmanuel Joseph Sieyès foi o doutrinador responsável pela criação da dicotomia entre o poder constituinte e o poder constituído. Em sua obra intitulada *Que é o terceiro Estado?*, ele distinguiu *potestas constituens* e *potestas constituta*.

11 O poder constituinte é entendido como o poder de criar a Constituição, enquanto o poder constituído configura-se no poder de reformá-la. A doutrina clássica considera o poder constituinte ilimitado formalmente, sendo que para os adeptos do jusnaturalismo, materialmente ele encontra-se limitado pelos direitos naturais; e para os positivistas não há qualquer limitação de cunho material. Já o poder constituído é limitado pela Carta Magna, tanto formal, como materialmente.

12 Consideramos a reforma constitucional como gênero, cujas espécies são as emendas à Constituição e a revisão constitucional. Entendemos que esta última já se esgotou, restando as emendas como a única maneira por intermédio da qual se pode modificar formalmente a Constituição pátria. Quando o procedimento de reforma da Constituição é diferenciado em relação ao processo de mudança da legislação infraconstitucional, sendo mais dificultoso, estamos diante de uma Constituição rígida. Da rigidez constitucional decorre a supremacia da Constituição.

13 Os limites materiais explícitos ao poder reformador estão elencados no Art. 60, § 4º da CR, e são doutrinariamente denominados *cláusulas pétreas*. Nestes pontos, a Constituição pátria apresenta rigidez máxima. As chamadas *limitações materiais implícitas* são, na realidade, interpretações obtidas a partir do texto da Constituição, ou seja, são proposições dele extraídas.

14 Há intrínseca relação entre a linguagem, o conhecimento e o direito. A realidade é constituída através da linguagem. Nós não temos acesso às coisas em si, ou aos acontecimentos, mas somente à linguagem sobre as coisas e sobre os acontecimentos. Desta forma, todo conhecimento é adquirido e transmitido pela linguagem, através do processo comunicacional. O Direito, como conhecimento que é, encontra-se também constituído por linguagem e com ela trabalha a todo tempo, pois necessariamente esta ciência envolve interpretação.

15 O enunciado é o suporte físico de um signo. A partir de diferentes enunciados poderá advir uma única proposição; por outro giro, pode também, um único enunciado comportar diversas proposições. Quando aplicamos estes conceitos ao direito, temos que, enquanto o texto de direito positivo é o enunciado prescritivo, a proposição, ou seja, a significação extraída do enunciado, é a norma jurídica. Assim, podemos concluir que as normas jurídicas são frutos da interpretação, e como proposições, pode ocorrer que, de um só texto legal venha a surgir mais de uma norma jurídica. Observa-se, no entanto, que para que uma proposição seja uma norma jurídica ela deve ter forma implicacional. Desta maneira, o intérprete deve associar um dado fático a uma relação jurídica, trazendo sentido deontico ao texto de direito positivo. Para tanto, a norma jurídica deve ser buscada no ordenamento jurídico como um todo.

16 A estrutura da norma jurídica é representada formalmente da seguinte maneira: $[D (p \rightarrow q)]$. Isso significa que se acontecer um fato p (hipótese = descreve situações possíveis), então (\rightarrow), deve ser a consequência q (tese = prescreve uma relação deonticamente modalizada). A norma jurídica possui duas partes: a norma jurídica primária, que prescreve um dever se houver a ocorrência do fato previsto no suposto (hipótese); e a norma jurídica secundária, que prescreve uma sanção, aplicada pelo Estado-juiz, caso haja descumprimento da conduta estatuída na norma primária. As duas apresentam a mesma estrutura lógica. Registramos que a atuação do Estado-Juiz encontra-se no consequente da norma secundária.

17 A atividade jurisdicional é *enunciação* (atividade exercida pelo órgão competente designado pelo direito positivo para produzir normas jurídicas), o que significa que o juiz, ao aplicar o direito, interpretando-o, cria normas jurídicas, sempre concretas.

18 Ao lado dos processos formais de mudança da Constituição, existem outros, informais, que permitem que a Constituição se adeque às necessidades de uma sociedade sem que seu texto seja alterado. Referimo-nos, aqui, à *mutação constitucional*, que tem o condão de modificar o sentido e o alcance dos dispositivos constitucionais por meio de interpretação e de legislação infraconstitucional. Por outras palavras, através do procedimento da mutação constitucional, o intérprete retira novas significações dos enunciados prescritivos constitucionais, deixando-os intocados formalmente.

19 A mutação constitucional por interpretação é aquela que modifica o sentido do texto constitucional por intermédio da interpretação, deixando-o incólume formalmente. A partir de um mesmo enunciado prescritivo, o intérprete obtém novas proposições, novas significações, o que importa dizer, que ele é capaz de encontrar ali novas normas jurídicas. Estas novas proposições não podem conflitar com o espírito da Constituição e devem respeitar a elasticidade do texto constitucional. Este tipo de mutação pode ser realizado através das interpretações administrativas, legislativas e judiciais.

20 Todo texto de Direito positivo, seja ele claro ou obscuro, para ser aplicado deve ser interpretado. Aplicar direito é criar direito, já que as normas jurídicas são frutos das interpretações. Assim, a Constituição não se furta da necessidade de ser interpretada. Notamos, todavia, que interpretar o texto constitucional não é tarefa fácil, uma vez que suas peculiaridades, como a existência de normas principiológicas e programáticas, deixam um amplo campo de atuação ao intérprete. Ressaltamos que a interpretação só gera norma jurídica se ela for realizada por órgão aplicador do direito, que cria enunciado prescritivo através do ato da enunciação. Caso contrário, se realizada pelo particular, ou mesmo pelos doutrinadores, a interpretação não terá o condão de criar normas jurídicas.

21 A interpretação constitucional administrativa é aquela realizada, precipuamente, pelo Poder Executivo, quando os seus órgãos ajustam seus atos, suas resoluções e suas disposições gerais à Constituição. Este tipo de interpretação gera mutação sempre que através dela se modificar o sentido e o alcance do texto constitucional, sem alterá-lo formalmente.

22 A interpretação constitucional legislativa é realizada, principalmente, pelo Poder Legislativo, quando este, através de ato legislativo, aplica a Constituição. Quando o alcance do texto constitucional é modificado por via legislativa, sem ferir seu texto, estamos diante de mutação constitucional provocada por este tipo de interpretação.

23 A interpretação constitucional judicial é aquela realizada pelo Poder Judiciário, podendo ocorrer mediante aplicação de dispositivo constitucional para solucionar uma contenda; ou, nos casos em que se deseja exercer o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos. Esta modalidade de interpretação constitucional é obrigatória, primária, atua somente quando provocada e em casos concretos. Quanto aos seus efeitos, ela é definitiva, mutável e vinculante. No caso do Brasil, a interpretação constitucional judicial é realizada pelos juízes e tribunais, podendo gerar mutação constitucional de duas formas distintas: 1) através da interpretação evolutiva, ou, 2) para solucionar as obscuridades do texto constitucional. Frisamos que a mutação constitucional também pode ocorrer mediante as denominadas *construções judiciais*, importantíssimas no direito norte-americano.

24 Confirmamos a hipótese desta pesquisa, segundo a qual, as cláusulas pétreas podem ser superadas. Concluímos que elas podem ser analisadas sob duas ópticas distintas: como enunciados prescritivos e como proposições prescritivas. O texto do Art. 60, § 4º da CR, é entendido como *enunciado prescritivo* ou suporte físico, inalterável através de quaisquer processos formais de mudança constitucional, uma vez que isso está determinado na própria Constituição que goza de supremacia. Diversamente, as proposições que são extraídas do mesmo dispositivo, ou seja, as significações advindas da interpretação deste preceito constitucional, são cambiantes e, dessa maneira, podem adequar-se aos anseios sociais. Para tanto, deverão ser respeitados alguns limites, como a elasticidade do texto de direito positivo, e não poderá ser ferido o espírito da Constituição. Assim, as cláusulas pétreas podem ser superadas através de interpretação constitucional judicial, quando o juiz interpreta a Constituição e a aplica, de forma que neste momento está criando norma jurídica, que como dissemos, não é o enunciado prescritivo em si (no caso, o Art. 60, § 4º), mas a proposição, a idéia que dele se extrai por meio da atividade interpretativa.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 138 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Resenha universitária, 1979, 142 p.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova hermenêutica constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 417 p.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 320 p.

BÍBLIA, Português. **A Bíblia vida nova**. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2.ed. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3.ed. São Paulo: Edipro, 2005, 192 p.

BOFILL, Hector López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. IVAP, 430 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 680 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da Mitologia: histórias de deuses e heróis**. 28.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, 412 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. Dez anos de Constituição: em torno das cláusulas de inamovibilidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, p. 119-134, jul-set. 1999.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La Interpretación de la Constitución por la jurisdiccion ordinária**. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, 1506 p.

CARVALHO. Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 538 p.

_____. **Apostila de Filosofia do Direito I “lógica jurídica”**. São Paulo: PUC, 1999.

_____. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.** São Paulo: Saraiva, 1998, 260 p.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución.** Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública, 1932, 183 p.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma.** 5.ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, 165 p.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 1986, 269 p.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, 370 p.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 596 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma, revisão e emenda constitucional no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, n. 223, p. 53-74, jan-mar. 2001.

_____. **O poder Constituinte.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 204 p.

GUASTINI, Riccardo. **Estúdios de teoría constitucional.** México: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001, 278 p.

GUIBOURG, Ricardo A.; GUIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico.** Buenos Aires: EUDEBA, 1985, 212 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, 34 p.

_____. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, 576 p.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, 725 p.

HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico.** Buenos Aires: Machi, 1964.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa.** Versão 1.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutacion de la constitucion.** Tradução de Cristian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 91 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 427 p.

MARTYNUIK, Cláudio Eduardo. **Positivismo, hermeneutica y teoria de los sistemas**. Buenos Aires: Biblos, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 426 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo II: Constituição e inconstitucionalidade**. 3.ed. Coimbra: editora Coimbra, 1996, 546 p.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, 185 p.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, 121 p.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 418 p.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, 468 p.

NIÑO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 8.ed. Barcelona: Ariel, 1997, 477 p.

PIERCE, Charles S. **Semiótica**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990, 337 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 393 p.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **?Qué es el estado llano?** Versión castellana de José Rico Godoy. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1998, 147 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, 863 p.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 3.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, 377 p.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o Sistema de direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2.ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico filosófico e investigações filosóficas**. Tradução de M. S. Lourenço. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 611 p.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)