

“A CONSTITUIÇÃO DIZ O QUE EU DIGO QUE ELA DIZ”: FORMALISMO INCONSISTENTE E TEXTUALISMO OSCILANTE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO¹

Fernando Leal

Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Alemanha) com apoio do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ - Rio de Janeiro/RJ). Professor pesquisador da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio - Rio de Janeiro/RJ). *E-mail*: <Fernando.Leal@fgv.br>.

Resumo: Este artigo identifica e examina alguns problemas de uma aplicação inconsistente (talvez estratégica) do texto constitucional como mecanismo de justificação de decisões entre constitucionalistas brasileiros e na prática decisória do Supremo Tribunal Federal. Após diferenciar versões caricatas de formalismo de versões efetivamente defendidas por autores que se declaram formalistas, este trabalho explora uma possível defesa estratégica do textualismo por autores do constitucionalismo brasileiro da efetividade e apresenta exemplos de aplicação oscilante do texto constitucional em casos envolvendo a delimitação de poderes do Supremo e a concretização de direitos fundamentais por seus ministros.

Palavras-chave: Formalismo jurídico. Textualismo. Supremo Tribunal Federal. Constitucionalismo brasileiro da efetividade. Regras.

Sumário: **1** Introdução – **2** Duas defesas do formalismo – **2.1** Formalismo sem caricaturas – **2.2** Formalismo e efetividade – **3** O textualismo oscilante do Supremo Tribunal Federal – **3.1** Limites textuais, poderes da corte e desenho institucional – **3.2** Limites textuais e concretização de direitos – **3.2.1** Por que interpretar o texto se é possível passar direto para a ponderação de princípios? – **3.2.2** Prisão em segunda instância e formalismo ideológico – **3.2.3** Mesmo o texto claro não é um limite definitivo – **4** Conclusão – Referências

“É preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos”.
Min. Gilmar Mendes (ADI nº 4277)

¹ Gostaria de agradecer a Carlos Bolonha, Diego Werneck Arguelhes, Thomaz Pereira, Mário Brockmann Machado, Daniel Dias e demais participantes do seminário de pesquisadores da FGV Direito Rio realizado em 29/06/2018, no qual uma versão deste trabalho foi apresentada, e, ainda, a Pedro Adamy, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Roberta Nascimento pelos valiosos comentários e sugestões a versões anteriores deste trabalho.

1 Introdução

Teorias e métodos de interpretação costumam ser encarados de duas maneiras distintas. Por um lado, são vistos como decorrências de alguma concepção mais ampla sobre o direito, a democracia, a separação de Poderes ou a racionalidade, para citar os casos mais comuns. Por outro, podem ser apresentados como instrumentos neutros para a solução de problemas, no sentido de serem roteiros de justificação úteis para a condução de práticas decisórias independentemente de grandes teorias ou da sua possível relação com princípios fundamentais. Essas perspectivas é que diferenciariam, por exemplo, a concepção de direito como integridade de Dworkin do cânone sistemático de interpretação. Quando se explora as relações entre essas duas possibilidades e a realidade, as análises dos juristas costumam se limitar à constatação de aplicação adequada, ao reforço de como a decisão jurídica deve se desenvolver ou à formulação de críticas de uso inconsistente. Em todos esses casos, o foco se mantém constante nas teorias. O mundo real é secundário, porque se limita a um campo de testes de prescrições que almejam aproximá-lo permanentemente de algum ideal.

Existe, no entanto, uma relação entre teorias decisórias e metodologias de justificação, de um lado, e o mundo, de outro, que, por não estar comumente entre as preocupações centrais de projetos teóricos normativos, acaba nem sempre recebendo a atenção devida. Teorias e métodos de decisão jurídica estão sujeitos às contingências e interesses de quem os maneja no mundo. Nesse sentido, em vez de desempenharem o papel imaginado de condução do processo de fundamentação de decisões, eles podem, na prática, ser instrumentalizados para o atingimento de fins completamente diversos dos compromissos abstratos e virtuosos por trás das visões que justificariam o seu papel prático de conduzir e limitar processos de tomada de decisão. O que deveria funcionar como um mecanismo limitador da prática, pode se tornar, na realidade, uma estratégia disponível para ser aplicada quando se revelar conveniente. Em vez de reduzir, pode aumentar as possibilidades de decisão.

O que há na última hipótese é um caso especial de uso inadequado de determinada prescrição decisória. O que o caracteriza, no entanto, não se explica necessariamente por uma dificuldade de compreensão ou de operacionalização de determinada metodologia ou teoria, que, nessas hipóteses, seguem como pontos fixos de referência para a crítica. O uso estratégico, ao contrário, não decorre necessariamente de imperícia, mas de motivações que podem justificar uma aplicação disfuncional de uma teoria ou método mesmo na hipótese de pleno domínio dos seus pressupostos e recomendações. O presente trabalho levanta

como possibilidade ser esse precisamente o caso do formalismo na decisão constitucional.

O objetivo deste texto é mostrar como a vinculação ao texto da Constituição tem se mostrado um limite que goza de uma dignidade contingente, aprofundada nos últimos anos, tanto na prática decisória do Supremo Tribunal Federal, como na trajetória intelectual trilhada pelo chamado "constitucionalismo brasileiro da efetividade". Na narrativa que se propõe, para além (i) da possível defesa do formalismo como um mecanismo de contenção das escolhas judiciais que constitui o próprio conceito de direito ou (ii) da sua reprovação caricata como expressão de um pensamento antiquado e pouco sofisticado, está a sua utilidade para, em momentos distintos, (iii) servir de apoio para o agir estratégico e, mais especificamente, para a expansão do Supremo na democracia brasileira. Decidir com mais apego ou não ao texto da Constituição não é só uma opção teórica ou conceitual, mas, para instituições reais como o Supremo, caminhos que podem se revelar politicamente mais ou menos oportunos em razão de variáveis que não se limitam ao que dispõe o direito positivo.

"Formalismo", "textualismo" e "positivismo", assim, não são só palavras que ganham sentidos na realidade nem sempre fiéis aos aplicados por seus defensores mais rigorosos. As suas polaridades também podem variar ao sabor das agendas políticas do momento. Elas podem estar atreladas a posturas mais conservadoras ou progressistas, ao avanço ou ao retrocesso, à expansão ou à limitação. Nesse sentido, elas oscilam como a expressão "ativismo judicial".² Assim como, a depender do momento, pode ser conveniente se dizer "ativista", também pode fazer sentido se declarar "formalista", "textualista" ou "positivista". Índícios de como isso pode ser verificado nos últimos trinta anos de vida da Constituição Federal serão apresentados para a defesa do argumento nos próximos tópicos. Para realizar esse objetivo, o texto se estrutura em três grandes partes. Na segunda, apresenta-se como a "doutrina da efetividade" se apropriou do formalismo nos primeiros anos de vida da Constituição e, anos depois, com a introdução de teorias e métodos mais "modernos", recolocou-o em uma posição menor. Na terceira, mostram-se exemplos de como o texto da Constituição frustrou ou confirmou as expectativas desse pensamento constitucional ao longo do tempo. Antes desses dois passos, no entanto, é preciso determinar o que se entende por formalismo.

² V. KMIEC, 2004. No caso brasileiro, com exemplos de usos positivos e negativos da expressão ver ARGUELHES; OLIVEIRA; RIBEIRO, 2012.

2 Duas defesas do formalismo

2.1 Formalismo sem caricaturas

Assim como “positivismo jurídico” e “ativismo judicial”, para voltar a exemplos já mencionados anteriormente, a expressão “formalismo jurídico” não possui um único significado. Não há, com outras palavras, um sentido canônico associado à expressão. Ao mesmo tempo, o epíteto “formalista” é geralmente usado, no Brasil e em outras partes do mundo, com tom pejorativo ou mesmo execratório.³ Chamar alguém, alguma tese ou teoria de “formalista” costuma ser uma maneira sintética de expressar desaprovação. Como indica Schauer, chamar um juiz, um voto ou uma decisão hoje em dia de formalista raramente significa um elogio.⁴ Defendê-lo, significa cometer uma heresia.⁵ Conjugadas as ideias, “formalismo” costuma ser uma palavra de significado nem sempre claro, mas que é capaz de unir os diversos falantes que a empregam em razão do sentido pejorativo por meio do qual ela rotula uma decisão judicial, um estilo de raciocínio jurídico, uma teoria sobre o direito ou sobre a decisão jurídica.⁶ Usada nesses sentidos, a expressão parece ser indigna de ser defendida por alguém – não, pelo menos, nos dias atuais, em que se declarar formalista significa, no mínimo, declarar-se ultrapassado.⁷

Esse quadro, porém, não é verdadeiro. A crítica fácil a um formalismo ingênuo costuma se justificar porque o termo quase sempre se refere a uma caricatura. Um tipo de posição interpretativa ou de compreensão do ordenamento jurídico indefensável em seus próprios termos e que, de fato, ninguém defende. No primeiro desses sentidos, formalismo costuma se referir à compreensão da decisão jurídica (notadamente da decisão judicial) como o produto de um processo dedutivo que se estrutura por meio da subsunção de uma proposição factual a uma proposição normativa, ambos de significado claro. Ser formalista, com outras palavras, significa acreditar e defender que juízes, quando decidem, extraem sempre conclusões cuja força decorre de um raciocínio lógico-dedutivo: dados os fatos e conhecido o Direito, segue-se a solução jurídica para o problema a

³ LEAL, 2014.

⁴ SCHAUER, 2009, p. 30.

⁵ WEINRIB, 1988, p. 950.

⁶ SCHAUER, 1988.

⁷ Virgílio Afonso da Silva, sem endossar a ideia, capta a rejeição ao formalismo e outras posturas e métodos decisórios mais tradicionais ao se referir ao que se considera “moderno” no campo da interpretação constitucional no Brasil nos seguintes termos: “*Moderno* é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são as ferramentas adequadas para a interpretação da Constituição. Ser *moderno* é, em suma, falar em *métodos e princípios* de interpretação *exclusivamente* constitucional” (SILVA, 2005, p. 116; grifos no original).

partir de um tipo de “encaixe” entre aquilo que o direito prevê por meio de seus padrões gerais e o evento particular constatado no mundo. Por trás dessa visão, está a crença de que o formalismo se assenta sobre uma completa autonomia do Direito em relação à política.⁸ No segundo sentido, ser formalista significa acreditar que o conjunto normativo que compõe o Direito de uma determinada comunidade política pode ser organizado em um sistema dotado das seguintes propriedades: dele é capaz de se extrair respostas para todos os problemas jurídicos, não sendo necessário recorrer a elementos extrajurídicos para solucioná-los (o sistema é, portanto, *fechado*), ele não contém lacunas (sendo, assim, *completo*), não compreende antinomias (ele é *consistente*) e as suas normas são de sentido imediatamente apreensível, não havendo vagueza nem ambiguidades nas formulações linguísticas que as comunicam (o sistema é *claro*).⁹

Partidários declarados do formalismo, no entanto, não se aproximam de nenhuma dessas caracterizações. Formalistas podem divergir no tipo de estratégia teórica de justificação que desenvolvem para sustentar as suas visões. Enquanto alguns associam o formalismo a uma propriedade necessária do que torna o direito uma prática social distinta, por exemplo, da moralidade¹⁰ – Alexander, nessa linha, afirma que “o direito é essencialmente formalista”,¹¹ enquanto Weinrib defende que o “formalismo, entendido adequadamente, é indispensável para a nossa compreensão do direito”¹² –, outros, com base em argumentos pragmáticos, defendem-no a partir dos efeitos sistêmicos positivos que atitudes formalistas, quando endossadas por vários tomadores de decisão, podem produzir na realidade.

Nessa última hipótese, a adoção do formalismo como postura decisória se justifica quando, dado certo arranjo institucional real, é capaz de promover em maior medida, ao longo do tempo, objetivos sociais relevantes comparativamente a outras estratégias decisórias que poderiam ser empregadas no mesmo arranjo (como estratégias consequencialistas, visões particularistas orientadas na ponderação de princípios ou abordagens mais preocupadas com a manutenção da coerência entre a decisão que se toma agora e outras fontes de decisão).¹³ Nessa perspectiva, o formalismo pode ser um meio para reduzir custos de erro e de decisão¹⁴ ou promover virtudes do Estado de Direito, como previsibilidade,

⁸ WEINRIB, *op. cit.*, p. 951.

⁹ STRUCHINER, 2005, p. 408.

¹⁰ SCHAUER, 2009, p. 33.

¹¹ ALEXANDER, 2005, p. 1.

¹² WEINRIB, *op. cit.*, p. 957.

¹³ Assim, SUNSTEIN, 1999.

¹⁴ *Id.*, p. 647.

controle da discricionariedade e igualdade de tratamento entre casos.¹⁵ Ele é, nesse caso, justificado como uma estratégia de decisão de segunda-ordem cuja adequação pode variar no tempo e no espaço.¹⁶ Ao contrário da primeira visão, o formalismo não é concebido por pragmáticos como uma exigência necessária do conceito de direito. Ele é, na verdade, um meio que pode se mostrar mais ou menos adequado em função de variáveis como o desenho institucional, a formação dos juízes, a qualidade da legislação e a performance efetiva de outras instituições também responsáveis por criar e aplicar o Direito.¹⁷ Em todos esses casos, porém, o formalismo justificado pragmaticamente difere do uso conveniente explorado adiante neste texto porque pressupõe que os seus efeitos positivos só podem ser obtidos mediante uso estável e constante no tempo. Nesse cenário, tomadores de decisão que selecionam o método ou a teoria de justificação em razão de características próprias do caso a ser decidido ou do resultado que se pretende fazer nele prevalecer – um tipo de particularismo metodológico – não adotariam propriamente uma postura formalista justificada pragmaticamente nos termos dos seus principais defensores.

Em qualquer das duas hipóteses, porém, ser formalista significa basicamente defender uma atitude ou inclinação para encarar prescrições normativas mais como regras autoritativas cujos sentidos se deixam captar por meio das suas *referências textuais*, e menos pelas considerações substantivas que as suportam, como os objetivos perseguidos pelo texto. Em um sentido mais amplo, formalistas são aqueles que reivindicam que tomadores de decisão devem levar a sério o texto por meio dos quais as normas se deixam comunicar, tratando essas formulações como pretensamente *opacas*¹⁸ (ainda que possam ser excepcionalmente derrotadas), ou seja, como barreiras resistentes contra a consideração de quaisquer outras razões *extratextuais*.¹⁹ Para formalistas, a linguagem por meio da qual as regras são escritas deveria tirar de consideração fatores que tomadores de decisão levariam em conta na sua ausência.²⁰ Isso não significa, contudo, que formalistas admitam que sempre haverá um texto incidente para lidar com um problema concreto e que os textos serão sempre claros. O formalismo não é um tipo de postura decisória incompatível conceitualmente com o reconhecimento de indeterminações estruturais no Direito, estejam relacionadas aos limites da própria linguagem (como a vagueza) ou à nossa incapacidade de

¹⁵ SCHAUER, *op. cit.* p. 35.

¹⁶ ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 203 ss.

¹⁷ SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 641.

¹⁸ ALEXANDER, 2005, p. 2.

¹⁹ SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 639.

²⁰ SCHAUER, 1988.

prever agora soluções jurídicas inquestionáveis para lidar com a complexidade do futuro. A aderência sempre que possível ao *texto* (e desse aspecto que se extrai a referência à *forma* das prescrições²¹), no entanto, é uma característica definidora de formalismo, ainda que os seus defensores partam, como visto, de caminhos teóricos diferentes para sustentá-la ou, eventualmente, adicionem outros traços às suas caracterizações da palavra. Existe, como se nota, uma estreita conexão entre formalismo e textualismo e ela será a chave para a sustentação feita aqui do uso instável e estratégico de inclinações formalistas no pensamento constitucional brasileiro e na prática decisória do Supremo.

Nesse sentido não caricato, (i) por maiores que sejam os problemas filosóficos atrelados ao aparente cognitivismo subjacente à tese de que é possível apreender por algum mecanismo de descoberta (e não de construção) o significado das prescrições a partir da linguagem usada pelo direito para transmitir seus padrões de comportamento²² e (ii) por mais que seja verdadeiro que nem sempre a linguagem será determinada²³ e as regras estarão definitivamente livres de patologias como a sobre e a subinclusão,²⁴ o formalismo deixa de ser uma

²¹ Concepções específicas de formalismo podem incluir outros elementos no conceito de forma. Para Weinrib, que concebe o direito mais como um modo de ordenação social, e menos como um conjunto de normas postas, o formalismo exprimiria a racionalidade moral imanente do Direito, por meio da qual seria possível pensar em relações de coerência entre elementos do Direito, como doutrinas, instituições, o trabalho da dogmática jurídica e decisões jurídicas. V. WEINRIB, *op. cit.*, p. 957 ss.

²² Esses dilemas se localizam entre concepções cognitivistas (que compreendem a atividade interpretativa no máximo como uma atividade de *descoberta* de sentidos) a céticas radicais, para as quais as palavras não possuem sentido fora do contexto em que são aplicadas ou usadas, passando por visões mais moderadas ou ecléticas, como a que refuta que “proposições jurídicas não possuem nenhum significado antes da interpretação. Elas só não possuem significados definitivos” (GUASTINI, 2005, p. 141). Mas, ainda assim, a linguagem, nesse ecletismo, limita os campos de escolha do intérprete. Sobre essas três visões v. GUASTINI, 2011, p. 408-418. Sobre oscilações entre visões mais céticas em contraste com o alegado cognitivismo subjacente nas relações entre regras e linguagem defendida por H. L. A. Hart, v. Fuller (1958). V. também para uma perspectiva mais cética Fish (1980) e Matczak (2018). Em sentido contrário, Stone (2004, p. 47-143) e Marmor (2005, cap. 7).

²³ O principal problema linguístico que afeta a comunicação dos padrões jurídicos de comportamento é a potencial vagueza dos termos classificatórios gerais contidos nas palavras que enunciam regras. Hart, a partir de Waismann, refere-se a essa patologia como “textura aberta da linguagem”. Sobre o tema v. Waismann, (1945, p. 119-150) e Hart (1994, p. 124 e ss).

²⁴ Ambos os problemas decorrem de tensões entre a generalidade do antecedente das regras e os objetivos que as justificam (as suas justificações subjacentes). Na sobreinclusão, a generalidade do antecedente inclui casos que, à luz da justificação subjacente, deveriam estar fora do âmbito de incidência da regra. Exemplo simples envolveria a aplicação de uma regra que “proíbe o tráfego de veículos no parque”. Supondo que a sua justificação subjacente seja garantir a segurança e a integridade física dos frequentadores do recinto, ela se torna sobreinclusiva ao incluir no seu antecedente também ambulâncias que precisam entrar no parque para o devido socorro de alguém. Na subinclusão, ao contrário, o antecedente da regra exclui casos que, à luz da justificação subjacente da regra, deveriam estar incluídos em seu antecedente. O exemplo simples envolve a aplicação da regra que proíbe a entrada de cães em restaurante. Aparentemente, a regra permitiria a entrada de outros animais, como gatos e até mesmo leões. No entanto, se o propósito da regra for garantir a higiene do recinto e/ou a calma dos clientes, parece que esses animais também deveriam ter a sua entrada proibida. Sobre o assunto v. Schauer (1991, p. 31-34).

concepção indefensável sobre a estrutura do ordenamento e a prática judicial, e se torna não só uma disposição justificável para lidar com as fontes autoritativas do Direito,²⁵ como uma atitude comum (e desejada) na prática jurídica. Advogados com frequência se atêm ao texto de fontes jurídicas para defender os interesses dos seus clientes; juízes apelam comumente para a literalidade de textos legais para justificar as suas decisões; cidadãos costumam estabelecer as suas expectativas sobre as respostas jurídicas para determinados comportamentos em razão de um significado chamado de literal das palavras da lei; e acadêmicos, também com alguma frequência, celebram ou criticam a práxis com base na sua orientação ou desvio da literalidade das formulações textuais aplicáveis a casos concretos.²⁶

Em todos esses momentos, o fato é que o *texto* é com alguma frequência levado a sério para se compreender e aplicar o Direito. Nas situações apresentadas, o apelo ao texto remete a um conjunto de significados apreensíveis independentemente de qualquer atividade construtiva, que, se não determina completamente os espaços de decisão dos seus destinatários, ao menos reduz as suas escolhas, a ponto de tornar algumas delas simplesmente inadmissíveis. O texto, com outras palavras, é encarado tradicionalmente no Direito como um limite da atividade decisória. Pensando especificamente na decisão constitucional, a ementa do RE nº 166.772/RS ilustra o que se quer dizer quando assenta: “[o] conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras”. Tome-se, na mesma linha, como recente expressão representativa desse apego comum ao texto na prática do Direito – independentemente das razões que o motivam – a manifestação do Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC nº 126.292/SP, em que se discutia a possibilidade de se autorizar a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Em certo trecho do seu voto, escreve o ministro:

Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que ‘ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória’. O preceito, a

²⁵ Nessa perspectiva, a adoção de um modelo de regras tendente à opacidade – o que pressupõe autonomia do texto em relação às suas justificações subjacentes – promoveria virtudes caras ao Estado de Direito como previsibilidade, certeza, eficiência, igualdade formal, estabilidade e limites à discricionariedade judicial. V. a respeito Schauer (1991, p. 135 e ss.; 1987, p. 48).

²⁶ Por exemplo, DIMOULIS; LUNARDI, 2014.

meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.²⁷

Como se nota, o argumento apresentado para divergir da maioria se sustenta basicamente sobre um tratamento formalista do texto constitucional aplicável ao caso. Se o texto é, nas palavras do ministro, “claro e preciso”, ele se torna referência suficiente para a decisão, bloqueando a consideração de outras razões capazes de justificar uma decisão em sentido contrário. Ao adotar esse tipo de raciocínio, o ministro endossa um típico comportamento formalista.

É certo que muitos poderão divergir do voto de Marco Aurélio no próprio caso. Essas pessoas certamente terão bons argumentos para sustentar as suas visões, muitos desses até amparados sobre fontes autoritativas de decisão, como princípios e precedentes, ou até mesmo sobre o sentido imediatamente apreensível do texto.²⁸ O ponto neste momento, contudo, não diz respeito à correção ou não da posição do ministro no caso. Tampouco o que está em jogo é se o formalismo é uma estratégia decisória pragmaticamente recomendável para o Supremo, dado o desenho institucional vigente no país. O que importa no exemplo é simplesmente perceber que o ministro adota um tipo de postura para lidar com o texto da Constituição que (i) não é incomum na prática do Direito e (ii) é defensável como empreendimento teórico, ainda que por diferentes meios. Como lembra Weinrib, o formalismo jurídico é o esforço de dar sentido à percepção daqueles que trabalham com o Direito de que o material com o que trabalham constitui uma ordem inteligível. É por essa razão, na verdade, que “nos últimos dois séculos o formalismo foi morto em diversas oportunidades, mas sempre se recusou a permanecer finado”.²⁹

2.2 Formalismo e efetividade

Apresentados os conceitos caricatos e efetivamente defendidos de formalismo, poderíamos considerar, agora, duas passagens sobre como lidar com o texto da Constituição Federal. Na primeira se afirma: “A doutrina da efetividade serviu-se [...] de uma metodologia *positivista*: direito constitucional é norma; e de

²⁷ Habeas Corpus nº 126.292/SP, p. 77 do Acórdão.

²⁸ PEREIRA, 2018.

²⁹ WEINRIB, *op. cit.*, p. 951. Tradução livre.

um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido”.³⁰

Na segunda se lê:

Como é corrente, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes.³¹

O leitor que já consultou as duas últimas notas de rodapé percebeu que as duas passagens são do mesmo autor. A primeira, de um pós-escrito do livro *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, escrito em 1986 por Luís Roberto Barroso. A segunda, um trecho do voto do agora ministro Luís Roberto Barroso no já referido HC nº 126.292/SP.³² Nas duas manifestações, o autor apresenta diferentes perspectivas para lidar com o texto constitucional. Na primeira, levar a sério o texto da Constituição é afirmado como instrumento de concretização da efetividade constitucional. Na segunda, já em tempos de aparente consolidação, no discurso declarado moderno, de novas metodologias de interpretação constitucional,³³ o texto da Constituição em si parece desempenhar um papel diferente, deixando o protagonismo de condição suficiente para a decisão para ser apresentado como um simples referencial ou ponto de partida para a determinação, a partir da sua relação com a realidade, do que se chama de “vontade constitucional”.

A oscilação entre as duas visões do autor sobre o papel do texto constitucional exprime, para além de disputas mais profundas sobre a justificação ou não do formalismo como disposição interpretativa, como os juízos sobre a adequação de teorias e métodos de decisão podem variar. É claro que é possível defender uma preferência por determinada visão normativa sobre a atividade jurisdicional a partir de compromissos substantivos com alguma teoria constitucional ou concepção de

³⁰ BARROSO, 2006, p. 296, grifos no original.

³¹ Voto do ministro Luís Roberto Barroso em Habeas Corpus nº 126.292/SP, p. 49 do Acórdão. A mesma ideia pode ser localizada em Barroso (2015, p. 31).

³² O autor não foi escolhido por acaso. O diálogo mais próximo com Luís Roberto Barroso se impõe não só pela liderança intelectual que ele exerce no constitucionalismo que pode ser considerado hegemônico no país, como também pelo fato de o autor também compor o Supremo Tribunal Federal.

³³ SILVA, *op. cit.* p. 116.

democracia, separação de poderes ou Estado de Direito. Mas, como anteriormente indicado, é também possível *instrumentalizar* estratégias de decisão, como o formalismo, para o atingimento de finalidades. A efetivação da Constituição é só um exemplo. Nessa perspectiva, teorias e métodos de decisão não possuem valor intrínseco, mas podem ser exaltados ou criticados em razão da sua conveniência para promover certos estados de coisas. Nesse processo, palavras, expressões e teorias adquirem sentidos específicos na prática jurídica, mudam de sentido, a história das ideias que acompanha a sua origem e desenvolvimento pode ser reescrita e as visões dos seus defensores nem sempre são apresentadas com precisão e aplicadas consistentemente.

Para o constitucionalismo brasileiro da efetividade³⁴ (ou doutrina da efetividade), que tem o ministro Barroso como um dos seus expoentes, fortalecer uma Constituição analítica e ambiciosa como a Constituição Federal de 1988 em uma trajetória em que as Constituições eram consideradas repositórios de promessas não cumpridas não dependia, em um primeiro momento, de nenhuma teoria filosófica ou política complexa de tomada de decisão ou de legitimação da jurisdição constitucional. No final dos anos 1980 e início dos 1990 não precisávamos ainda de Dworkin, Alexy, Habermas, Rawls e outros heróis que passaram a dominar as referências teóricas do debate constitucional brasileiro já no ocaso do século XX e início do século XXI para supostamente aproximar a Constituição da realidade e justificar certas decisões do Supremo como expressões de suas vocações institucionais. Uma *dogmática* adequada seria suficiente. Afinal,

[s]e o Direito Constitucional positivo estabelece um projeto social adequado, não haveria mais sentido em debater acerca da realidade que o condiciona ou de sua justificação racional. A grande missão [para o constitucionalismo da efetividade] seria efetivar a Constituição, razão pela qual os enfoques filosóficos ou político-sociológicos não teriam muito a contribuir. O que se propunha era conceber a Constituição como “verdadeiro direito”³⁵

A aposta dos autores da doutrina da efetividade, que reunia importantes constitucionalistas brasileiros em torno da realização das promessas da Constituição, passava, assim, pelo desenvolvimento de uma dogmática emancipatória, norteadas em potencializar o conteúdo normativo de cada disposição

³⁴ A expressão é de NETO, 2006, p. 288.

³⁵ SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 199. Com temperamentos a essa visão, que insiste em uma visão interdisciplinar para a construção de uma nova dogmática, v. Clève (1995, p. 39).

constitucional.³⁶ Essa empreitada jurídica tinha por objetivo não apenas criticar o direito posto, “mas também contribuir para a emergência de um novo direito”.³⁷ Para tanto, investia-se no reforço da supremacia e na afirmação da normatividade constitucional (o que passa pela atribuição de algum grau de eficácia a todos os preceitos constitucionais³⁸) e em esforços de conformidade da ordem jurídica com os compromissos fundamentais do texto – ideia captada pela expressão “filtragem constitucional”.³⁹

Além desses passos sugeridos, não se descartava, ainda que a partir de fundamentos diferentes, o papel do texto constitucional como fonte para o desenvolvimento das transformações visadas por um constitucionalismo preocupado com a promoção da efetividade da Constituição. Para autores como Barroso, realizar esse objetivo poderia depender de algo muito simples – e, assim, consistia em estratégia mais fadada ao sucesso imediato. Efetivar uma Constituição como a nossa exigia em alguma medida, em uma imagem singela, algo trivial: observar o que está escrito.

Levar a sério o texto foi um dos caminhos encontrados para elevar a Constituição à condição de documento dotado de normatividade. Nas palavras do próprio Barroso, essa inclinação formalista para a aplicação da Constituição, chamada de “positivismo constitucional”, “não importava *reduzir* o direito à norma, mas sim *elevá-lo* a essa condição, pois até então ele havia sido menos do que norma”.⁴⁰ Aproximar a Constituição da realidade nesse momento significava, assim, ater-se também ao que estava escrito. E isso já seria muito para elevar os níveis de efetividade constitucional. Por isso, nada mais conveniente, sobretudo em um momento em que o próprio direito constitucional não gozava da centralidade de que goza atualmente e, por isso, não dominava o discurso jurídico e não oferecia o arsenal de teorias e métodos de decisão e de legitimação da jurisdição constitucional que atualmente oferece, do que se apegar, ainda que com alguma resistência,⁴¹ ao que na tradição jurídica brasileira estava associado a duas palavras ultrapassadas (ou mesmo desprezíveis), mas de alto potencial transformador para uma agenda preocupada com que a nova Constituição fosse mais do que um mero pedaço de papel:⁴² formalismo e positivismo.

³⁶ Assim, por exemplo, CLÈVE, *op. cit.*, p. 198.

³⁷ *Id.* p. 37.

³⁸ Nesse particular, destaque-se o trabalho de SILVA (2008).

³⁹ SCHIER, 1999.

⁴⁰ BARROSO, 2006, p. 296; grifos no original.

⁴¹ V. nessa linha o esforço constante de Clèmerson Merlin Clève de distanciar a sua proposta de uma dogmática constitucional emancipatória orientada na efetividade do positivismo e do dogmatismo. V. CLÈVE, *op. cit.*, p. 53.

⁴² LASSALE, 2000.

No primeiro caso, a solução para superar as restrições que acompanhavam a palavra *formalismo* se localizava, em uma reconstrução possível, no abandono dos seus sentidos caricatos e na sua recondução a um edifício teórico mais amplo dentro do qual ela se tornaria uma engrenagem fundamental para a realização de um objetivo nobre. No contexto da busca por efetividade constitucional, o formalismo adquire uma importância como *meio* para o alcance da desejada efetividade por meio da sua evocação com o sentido mais próximo daquele adotado por seus defensores: o da afirmação da dignidade do texto – no caso, o texto da Constituição.

No segundo caso, contudo, a doutrina da efetividade insistia em uma leitura imprópria da expressão *positivismo jurídico*, mas que se tornava aceitável não só por ser intuitiva para profissionais do Direito, mas também por se encaixar perfeitamente dentro da narrativa teórica criada para sustentar a importância de se realizar as promessas da Constituição. Erroneamente (ao menos na perspectiva dos autores que se *declaram* positivistas), o “positivismo jurídico” era identificado com um sentido impróprio de “normativismo” e como uma teoria neutra que compreendia (e prescrevia) o apego à lei e à sua aplicação de maneira lógico-dedutiva.⁴³ Nos dois sentidos, para além de outras possíveis narrativas destinadas a explicar os sentidos impróprios atribuídos ao positivismo jurídico,⁴⁴ parece estar por trás uma incompreensão do projeto metodológico da obra que costuma ser citada no país como a sua grande referência: a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen. Isso porque, como já sustentado,⁴⁵ a afirmação kelseniana “direito é norma”, já apresentada na primeira edição do livro,⁴⁶ não deve ser compreendida como uma redução do Direito tal qual ele se manifesta na realidade a um conjunto de normas, como se nada mais afetasse a prática jurídica. Esse reducionismo, na verdade, define a caricatura normativista.⁴⁷

Kelsen, ao contrário desse normativismo asséptico, textualmente reconhece que as manifestações concretas do direito podem ser exploradas pela Psicologia,

⁴³ V., nessa linha, CLÈVE, *op. cit.*, p. 38. Neste caso específico, é interessante constatar que o positivismo jurídico aparece sempre como caricatura, tanto pelo lado daqueles que enxergam nele alguma utilidade (como Barroso), como por parte daqueles que o rejeitam para o desenvolvimento de uma dogmática da efetividade (como Clève).

⁴⁴ HOERSTER, 1989; STRUCHINER, 2005, p. 399-416.

⁴⁵ LEAL, 2014.

⁴⁶ KELSEN, 1934, p. 6.

⁴⁷ O próprio Barroso, por exemplo, ao apresentar o positivismo jurídico, indica que ele “teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen” e, após fazer a ressalva dos “riscos das simplificações redutoras”, aponta como uma de suas características centrais “(i) a aproximação quase plena entre Direito e norma, (ii) a estatalidade do Direito, (iii) a completude do ordenamento jurídico e (iv) o formalismo” (BARROSO, 2006, p. 323-324).

Ética, Sociologia ou Ciência Política.⁴⁸ Nesse sentido, Kelsen não desconsidera os contatos reais que o Direito mantém com a formação pessoal dos seus operadores, a sociedade, o poder e a própria moralidade. Mas estudar essas conexões não deveria ser objeto de estudo de uma *teoria* do Direito, sob pena de se produzir um sincretismo metodológico “que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”.⁴⁹ A afirmação “direito é norma”, ao contrário do que parece ser corrente, não é uma descrição do que o direito é ou de como ele se conforma nas comunidades políticas. Ela funciona, na verdade, como síntese de uma reivindicação teórico-metodológica que coloca o estudo da normatividade no centro das preocupações de um empreendimento destinado a compreender a ideia de Direito que erige uma pretensão de cientificidade.

Como uma consequência da visão de que a normatividade é uma diretriz metodológica voltada a garantir a autonomia científica da teoria do direito, mas que não é incompatível com o reconhecimento da complexidade das manifestações concretas do direito, o capítulo “A Interpretação”, que fecha a *Teoria Pura do Direito*, não é um pequeno tratado lógico sobre o raciocínio jurídico. Kelsen, ao contrário do formalismo caricato com o qual costuma ser associado, revela-se um cético em relação à utilidade de métodos de interpretação para determinar respostas para problemas jurídicos⁵⁰ e reconhece uma dimensão volitiva (um ato de escolha) por trás de qualquer atividade que ele designa como interpretativa.⁵¹ Isso já é suficiente para desfazer qualquer associação entre o normativismo kelseniano e caricaturas do formalismo.

Para além das confusões relacionadas à recepção tergiversada de Kelsen no Brasil, há, ainda, uma incompreensão do próprio projeto positivista. O positivismo jurídico é apenas uma teoria sobre a natureza do direito, o que significa uma teoria preocupada com os critérios para a identificação do direito válido. E, nessa esteira, o positivismo jurídico pode ser compreendido basicamente como uma teoria que apresenta a validade de uma norma, em qualquer sistema jurídico, como dependente de fatos sociais (ou, em outras palavras, das suas fontes), e não dos seus méritos.⁵² A sua preocupação é com a resposta para a pergunta “o que é o Direito?”, encarada como uma questão filosófica relacionada à identificação e ao estudo do que é próprio do Direito, e não com questões como “o que o Direito deve ser?”, “o Direito válido deve ser sempre obedecido?” ou “como

⁴⁸ KELSEN, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ KELSEN, 1992, p. 350.

⁵¹ *Id.* p. 351.

⁵² GARDNER, 2001, p. 199.

compreender e aplicar o Direito?". Essas são perguntas importantes, mas tratadas como diferentes e independentes da primeira. O positivismo jurídico não é, assim, uma teoria sobre a tomada de decisão jurídica, a interpretação do Direito, a norma jurídica ou a estrutura do ordenamento. Teorias preocupadas com esses aspectos até *podem* ser compatíveis com uma concepção positivista sobre a natureza do Direito, mas não são essas as visões que garantem a identidade das teorias rotuladas pelos seus defensores – e não pelos seus críticos – como versões do positivismo jurídico.

Sem embargo de todos os reducionismos e incompreensões do positivismo, a apropriação da versão caricata que tende a ser corrente no país se revelava mais do que suficiente – e instrumentalmente útil – para a agenda de autores preocupados com a efetividade da Constituição. A mensagem que se queria transmitir era simples, direta e de forte potencial para conseguir rápida adesão: mesmo aquilo que sempre foi considerado teoricamente censurável (como o positivismo e o formalismo, comumente associados, equivocadamente,⁵³ com a legitimação de regimes autoritários⁵⁴) seria suficiente para garantir à Constituição recém-promulgada, se amplamente endossado por juristas e juízes, níveis mais elevados de efetividade do que aqueles constatáveis até então em toda a nossa trajetória constitucional.⁵⁵ Tanto é assim que, anos adiante, quando esse formalismo deixou de ser um meio útil para o alegado avanço da Constituição e para a legitimação da atuação de um Supremo mais expansivo, o positivismo retorna à sua condição tradicional de teoria superada e indefensável para ser substituído no discurso constitucional pelo que se chama de “pós-positivismo”.⁵⁶ No limite, é a uma nova teoria sobre a natureza do Direito que se recorre para que a teoria constitucional brasileira consiga ainda explicar e justificar certas prescrições sobre como decidir e a prática decisória do Supremo Tribunal Federal.

O discurso favorável ao formalismo, destaque-se, não era, à época, um discurso totalmente novo. As apropriações instrumentalistas do formalismo e de uma versão deturpada de positivismo jurídico por partidários da doutrina da efetividade aparentemente marcavam, quando foram incorporadas ao discurso constitucional,

⁵³ Ao contrário do que se costuma defender no Brasil, a perspectiva interpretativa que predominava na Alemanha durante o nazismo era de natureza teleológica, e não textualista. V. a respeito Müller (1992). SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 636, em que diz explicitamente o autor: “[n]o período nazista, os juízes alemães rejeitavam o formalismo” (RÜTHERS, 2005).

⁵⁴ V. nesse sentido: “[...] antes e depois da Segunda Guerra Mundial, a valorização exacerbada da forma permitiu que se perpetrassem atrocidades sob o manto da legalidade. Levado ao extremo, o positivismo jurídico, pretendendo dar valor e cientificidade ao direito – e assim eliminando o elemento valorativo –, acabou por legitimar normas jurídicas claramente iníquas” (FONTE, 2015, p. 201).

⁵⁵ Para uma crítica da visão de que as Constituições anteriores sempre foram marcadas pela inefetividade, v. Lynch e Mendonça (2017).

⁵⁶ SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 392 ss.

uma continuidade com o discurso do “direito alternativo”,⁵⁷ que tinha como uma de suas bandeiras o chamado “positivismo de combate”, expressão criada por Miguel Pressburger.⁵⁸

O Direito alternativo, também fortemente ideologizado e de maior repercussão nos anos de 1980, início dos 1990, prescrevia um engajamento dos juristas, sobretudo dos magistrados, para o uso do Direito como mecanismo de emancipação da população mais carente.⁵⁹ Na busca por esse objetivo, o movimento, se por um lado defendia “olhar diferentemente os textos [legais]”,⁶⁰ por outro não revelava maiores pudores em adotar posturas textualistas – no que se expressava o “positivismo de combate” – “desde que não se o tenha como critério explicativo da realidade, mas apenas como tática combativa”.⁶¹ Nessa perspectiva, o direito alternativo não propunha uma ruptura radical com o ordenamento jurídico vigente para aproximar o direito da realidade e explorar o seu potencial para a realização da justiça social, mas admitia, na linha do que propunha Rangel, que o jurista realizasse uma *garimpagem* no Direito vigente, de modo a buscar “aquelas normas e instituições jurídicas que lhe sejam úteis para aquelas causas que defende”.⁶²

Na esteira do alternativismo, o constitucionalismo da efetividade também pretende se livrar do caricato positivismo e da defesa do formalismo pelo formalismo. No entanto, liberta-se deixando sempre as portas abertas para um uso oportuno do textualismo, bastando que esse se revele um caminho adequado em um dado caso para a realização do objetivo maior: concretizar no mundo as promessas do ambicioso texto da Constituição Federal de 1988.

O estado de coisas buscado estava fixado: a maior efetividade possível do texto constitucional. Quando a aplicação literal das disposições constitucionais era suficiente para a realização dessa finalidade, o textualismo se mostrava conveniente (e assim o foi, pelo menos do ponto de vista teórico, durante os primeiros anos da trajetória constitucional pós-88). Quando não era o caso, outras estratégias de decisão reconduziam o formalismo à sua tradicional irrelevância e eram evocadas para justificar o resultado. A melhor solução imaginada para o problema concreto é que controlava o método a ser aplicado, não o contrário. Ao

⁵⁷ V. SOUZA NETO, 2006, p. 289-290, especialmente a nota 8.

⁵⁸ PRESSBURGER, 1995, p. 21-35. Diz o autor que a expressão “positivismo de combate” “teve origem numa provocação que fiz ao João Batista Herkenhof, em um seminário na USP, e que ganhou vida própria, independente de minha intenção, a ponto de atualmente merecer citações e rodapés em obras de autores ilustres” (p. 21).

⁵⁹ CARVALHO, 2005, p. 128.

⁶⁰ *Id.*, p. 128.

⁶¹ *Id.*, p. 131.

⁶² RANGEL, 2006, p. 108.

contrário das pretensões da metodologia do Direito,⁶³ métodos decisórios não guiavam o tomador de decisão até a resposta jurídica – descoberta ou construída – para o caso. Eles se tornavam, na verdade, instrumentos manipuláveis para a justificação *ex post* de respostas judiciais para problemas constitucionais específicos.

É certo que o mote alternativista “positivismo de combate” não é endossado por todos os constitucionalistas que poderiam ser incluídos no constitucionalismo brasileiro da efetividade. O uso de um rótulo geral capaz de abranger diferentes empreendimentos intelectuais corre sempre o risco da simplificação.

Clèmerson Merlin Clève, por exemplo, faz questão de marcar a diferença entre a sua proposta e algumas recomendações do direito alternativo. Para o autor, a postura de uma dogmática da efetividade não se aproximava de um positivismo de combate, “na medida em que propõe um pensamento novo que se distancia totalmente dos postulados do positivismo (neutralidade, imparcialidade, apego ao legalismo estreito, inexistência de vontade no ato de aplicação da lei; inexistência de criatividade na atividade do operador jurídico etc.)”.⁶⁴ Sem embargo, mesmo o autor não descartava que no documento constitucional, compromissório e analítico, “o jurista encontrará um reservatório impressionante de *topoi* argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica e da defesa dos interesses que cumpre, para o direito alternativo, defender”.⁶⁵ A própria ideia de investimento em uma atividade *dogmática* revelava alguma preocupação com a extração de “novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais”⁶⁶ para a realização da efetividade constitucional de *disposições* da Constituição. Afinal, a atividade dogmática não se desenvolve alheia ao Direito positivo, o que depende necessariamente da consideração dos textos legais.⁶⁷

De qualquer forma, endossando, ainda que em diferentes graus, o “positivismo de combate”, o que o discurso de busca pela efetividade da Constituição pode ter incentivado não foi apenas a possibilidade de uso estratégico do formalismo. No âmbito de uma teoria normativa que instrumentaliza o Direito para a realização de finalidades, não só o textualismo, como *qualquer* método de interpretação passa a ter sua utilidade sempre condicionada ao papel por ele desempenhado para, em casos específicos, contribuir para maximizar o estado de coisas visado pela teoria. Assim, paradoxalmente, ao mesmo tempo que a doutrina da efetividade resgatou em alguma medida a dignidade do formalismo (especialmente para autores

⁶³ ALEXY, 1991, p. 24.

⁶⁴ CLÈVE, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁵ *Id.* p. 40.

⁶⁶ *Id.* p. 38.

⁶⁷ LEPSIUS, 2008, p. 18.

como Barroso), manteve-o tão dispensável quanto antes. Tanto é assim que, em tempos de “neoconstitucionalismo”, o “positivismo constitucional” se tornou notícia histórica ao ser substituído, em uma trajetória de evolução e sofisticação, por outros candidatos responsáveis por “trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito”, como a ponderação de princípios.⁶⁸ A explicação para esse resultado é simples: para uma teoria jurídica instrumentalista preocupada com a maior realização possível da Constituição em cada caso (um instrumentalismo de primeira ordem, portanto) qualquer teoria ou método decisório não tem valor intrínseco. Todos são apropriados e descartados em função da sua utilidade pontual determinada pelas preferências de quem os seleciona e aplica.⁶⁹

A interpretação constitucional se tornou um meio. Nessa visão funcionalista, os critérios fundamentais para medir o uso adequado de métodos de interpretação e teorias de decisão deixaram de ser (i) a consistência na aplicação e (ii) o uso frequente no tempo para serem substituídos pela sua (iii) aptidão para, nas circunstâncias em que são empregados, realizarem determinadas finalidades. E, dado que o estado de coisas visado se deixa captar por uma palavra vaga (“efetividade”), os intérpretes oficiais da Constituição passaram, no limite, a deter mecanismos para justificar qualquer resultado que entendessem ser o que garantisse maior efetividade à Constituição.

Para tomadores reais de decisão, notadamente o Supremo, o discurso parece ser libertador. O texto da Constituição, por um lado, deixa de representar um limite intransponível para a decisão. Por outro, também não parece ser um problema a oscilação, ao longo do tempo, dos métodos de decisão empregados para decidir. O textualismo de hoje pode ser amanhã fácil e impunemente substituído pela ponderação de princípios, por uma postura consequencialista, por um esforço de interpretação sistemática, pela consideração da vontade do constituinte originário ou tantos outros caminhos possíveis de justificação. Com o olhar permanentemente voltado para o futuro, deveres de consistência com o passado se tornam pouco importantes, inclusive no (meta)-nível da estabilização de métodos de decisão. É a esperança da realização máxima da Constituição em cada problema pontual que passa a conduzir uma prática jurídica marcada pelo particularismo, a busca pela melhor resposta em cada caso consideradas todas as circunstâncias.⁷⁰ No limite, nada impede que a busca por efetividade deságue, na prática, em subjetivismo e instabilidade. Com isso, o constitucionalismo da efetividade *qua* teoria normativa contribuiu para criar as condições para produzir

⁶⁸ SCHIER, 2005, p. 5.

⁶⁹ LEAL, 2014, p. 273.

⁷⁰ Sobre os efeitos desse particularismo no movimento de constitucionalização do direito civil v. Leal (2016, p. 98).

na prática aquilo que descritivamente poderia ser captado por um realismo cínico: juízes manipulam os “brinquedos encantadores”⁷¹ (regras, princípios, precedentes, teorias e métodos de interpretação da Constituição) para garantirem o ar de juridicidade às suas posições, como se o Direito os limitasse, mas, no fundo, é apenas o desejo de maximizar as suas próprias concepções sobre efetividade constitucional que orientam as suas decisões.

Se essa descrição é correta para o caso brasileiro, é algo que depende de como o Judiciário – e em especial o Supremo Tribunal Federal – apropriou-se do instrumentalismo que parece inspirar a teoria da efetividade. As próximas seções serão dedicadas a lidar com uma parte possível dessas relações. Elas pretendem explorar até que ponto o texto constitucional é um limite para a atuação da corte e a possibilidade de uso estratégico pelo Supremo do texto da Constituição, um formalismo de conveniência, para a justificação de decisões.

3 O textualismo oscilante do Supremo Tribunal Federal

Que papel, afinal, desempenha o texto da Constituição no processo decisório do Supremo? Ele atua como um verdadeiro limite à imposição das preferências dos ministros – o que revelaria um *formalismo consistente* da corte (talvez até um formalismo *sincero*, embora justificar tal possibilidade não se encontre entre os objetivos deste trabalho) – ou funciona como apenas mais uma entre tantas possibilidades de justificação de qualquer resultado, pronta para ser invocada e manipulada quando se revelar conveniente – o que escancararia um *formalismo inconsistente*, porquanto contingente, e que talvez também possa revelar um uso *estratégico* do texto constitucional pelo tribunal?

Nos primeiros trinta anos da Constituição, a jurisprudência do Supremo reúne certamente exemplos de apego à literalidade do texto da Constituição, mas também exemplos que mostram como o texto constitucional nem sempre é encarado como uma barreira para a enunciação de certos resultados. A tendência à opacidade para lidar com o texto constitucional que um formalismo consistente prescreveria para a atuação do tribunal não é constante no tempo. Isso se mostra problemático para uma teoria constitucional que criava alguma expectativa de respeito ao texto da Constituição e pode ser um indício de uso estratégico – e, assim, deliberado – do formalismo como mecanismo de justificação de decisões.

⁷¹ A expressão é de Llewellyn. “[R]ules... are important so far as they help you see or predict what judges will do or so far as they help you get judges to do something. That is their importance. That is all their importance, except as pretty playthings” (LLEWELLYN, 1930).

Sem prejuízo dessa leitura, a fidelidade oscilante no tempo ao texto pode também representar simples desorientação não intencional, justificável (i) pelas mudanças de composição da corte, (ii) por um particularismo excessivo no enfrentamento dos casos levados à decisão e pela conseqüente negligência da importância de estabilização de procedimentos de decisão ao longo do tempo ou (iii) pela incompreensão de teorias interpretativas que são usadas para derrotar o texto, quando, na verdade, se lidas adequadamente, conduziriam os ministros à observância do que pode ser imediatamente apreensível das formulações textuais da Constituição. Nenhuma dessas hipóteses, ainda que não inspirem este texto, pode ser descartada.

As próximas linhas ilustram como o texto da Constituição não parece ser considerado um limite pelo tribunal para a restrição ou expansão das suas competências e para a concretização de direitos fundamentais. Antes de os casos apresentados erguerem qualquer pretensão de justificar a institucionalização do discurso do constitucionalismo da efetividade – que levaria a um consciente textualismo de ocasião no Supremo –, eles pretendem, em uma reivindicação mais fraca, mostrar como as ideias do constitucionalismo brasileiro da efetividade criaram um ambiente teórico capaz de, em meio a decisões que parecem levar a sério o texto constitucional, legitimar outras tantas que derrotassem o texto da Constituição em nome da maior realização possível de seus compromissos fundamentais.

3.1 Limites textuais, poderes da corte e desenho institucional

Se, nos primeiros anos de vida da Constituição, o discurso da efetividade investia em um textualismo instrumental para garantir a efetividade de diversos compromissos constitucionais formulados de maneira clara e detalhada, o Supremo Tribunal Federal, em diversos aspectos, fugiu dessa orientação. Os casos mais emblemáticos, por mais contraintuitivo que isto possa soar, envolviam a demarcação de exercício de suas próprias competências.

Enquanto a Constituição, por um lado, parecia textualmente empoderar a corte, o Supremo criava precedentes *restritivos* de suas próprias competências baseados em interpretações que simplesmente desconsideravam o texto constitucional.⁷² Pela interpretação da Constituição, o Supremo, sem amparo textual para justificar diversas das suas escolhas, alterou o desenho institucional.

⁷² O primeiro grande movimento de descontinuidade dessa postura foi a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, por meio da qual, sem amparo textual explícito que lhe garantisse tal competência, o Supremo declarou uma emenda inconstitucional.

Esse descompasso mostra como a presença de um texto ambicioso e a ampla disponibilidade no mercado de ideias de visões que incentivavam uma postura mais ativa da corte constitucional não são condições necessárias para justificar a expansão judicial. Esses dois fatores, ao lado de outras variáveis exógenas à composição do próprio tribunal,⁷³ são incapazes de justificar por que o Supremo nos primeiros anos de vigência da Constituição optou deliberadamente por reduzir os seus espaços de participação na vida político-institucional brasileira e de atuação como ator relevante na concretização de direitos sociais. Como ressalta Diego Werneck Arguelhes, não se pode excluir de qualquer narrativa explicativa sobre o protagonismo de um tribunal como o Supremo as próprias disposições e preferências dos ministros sobre como exercer as suas competências e lidar com os limites que a Constituição lhes impõe.⁷⁴ Com outras palavras, o que os ministros *querem* fazer importa tanto ou mais quanto as variáveis externas que moldam o ambiente dentro do qual as suas vontades serão exercidas. E por ser essa uma questão de natureza *política*, nem sempre previsões textuais serão um empecilho para a afirmação jurisprudencial das preferências dos integrantes de um tribunal como o Supremo.

As críticas de falta de efetivação de dispositivos que já garantiam textualmente direitos ou poderes para o tribunal podiam ser encontradas já nos primeiros anos de vigência da Constituição. Barroso aponta como exemplos evidentes de uma atitude deliberada do Supremo em não reconhecer aplicabilidade direta e imediata de dispositivos constitucionais os casos “referentes aos juros reais de 12% (art. 192, §3º, já revogado pela EC nº 40, de 2003); ao direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII); e ao próprio objeto e alcance do mandado de injunção (art. 5º, LXXI)”.⁷⁵

O exemplo do mandado de injunção parece ser, na verdade, o mais evidente de como o texto não impediu uma compreensão do instituto completamente diferente daquele que se extrai de uma leitura atenta do dispositivo.⁷⁶ A sua equiparação em um primeiro momento, em termos de efeitos, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão representa um caso de interpretação sem base

⁷³ Diego Werneck Arguelhes, com base na literatura nacional sobre a expansão do Supremo na democracia brasileira, adiciona a esses dois fatores “(i) a canalização, para o Judiciário, de expectativas sociais frustradas diante de um Legislativo e Executivo insuficientemente responsivos, (ii) o redesenho do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade [...], (iv) o comportamento estratégico por parte dos atores políticos [...] e, por fim, (v) a crescente consolidação da democracia no país, que amplifica todos os fatores acima”. V. ARGUELHES, 2014, p. 26.

⁷⁴ *Id.* p. 27.

⁷⁵ BARROSO, 2006, p. 296, nota 25. V. também na mesma linha CLÈVE, *op. cit.*, p. 41.

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

no texto constitucional, que garante a concretização de direitos no caso concreto “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Na mesma linha de imposição de preferências restritivas via interpretação constitucional sem amparo textual, poder-se-ia, ainda, incluir os casos envolvendo a limitação, pela via temática, dos legitimados para deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade e dos tipos de norma que poderiam ser objeto desse controle.

No primeiro caso, a corte simplesmente criou uma distinção entre legitimados universais e legitimados especiais para a propositura de ADI e ADC, atingindo diretamente o discurso entusiasta daqueles que viam a ampliação do rol de legitimados para iniciar o controle abstrato de constitucionalidade como um exemplo de democratização da jurisdição constitucional brasileira.⁷⁷ A leitura dada pela corte ao artigo 103 da Constituição, que criava condicionamentos, por exemplo, de pertinência temática e representatividade para a atuação de confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional,⁷⁸ ainda que se possa sustentar que faça algum sentido,⁷⁹ não encontra nenhum amparo textual. Este exemplo é bastante significativo da fraca força de vinculação exercida pelo texto constitucional, pois aqui o Supremo criou limites onde a Constituição, ao tratar do assunto, não os previa.

Da mesma forma, a institucionalização, pela ADI nº 2, da “teoria da recepção”, que impedia a corte de apreciar, entre outras coisas, a compatibilidade de atos normativos promulgados antes da Constituição Federal com os dispositivos da nova carta constitucional, representou uma maneira de o Supremo reduzir os seus poderes decisórios por meio de interpretações que também não encontram suporte no texto da Constituição. Para Diego Werneck Arguelhes, esses são casos de autolimitação que revelam como “a *previsão textual de poderes de controle de constitucionalidade* e de demanda de atores sociais e políticos por intervenção judicial no processo político não são fatores suficientes para determinar o grau de participação de um tribunal na vida política do país em um dado momento”.⁸⁰

O que se nota nos primeiros anos de vida da Constituição Federal é, portanto, o *oposto* ao tipo de formalismo esperado e prescrito pela teoria constitucional

⁷⁷ V. por exemplo SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 1064.

⁷⁸ V. por exemplo Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 138-8/RJ. 1990.

⁷⁹ No caso específico das entidades de classe, a preferência por uma legitimação limitada se justificava no receio de que “se convertesse o direito de propositura dessas organizações de classe em autêntica ação popular”, o que poderia inundar o tribunal de problemas das mais diversas naturezas. V. MENDES; BRANCO, 2017, p. 1253. V. também ADI nº 79, 1992, rel. Min. Celso de Mello.

⁸⁰ ARGUELHES, 2014, p. 39, grifos nossos.

que se encorpava no país em torno da busca por efetividade. No entanto, esse movimento não deveria ser considerado surpreendente. Como revela Ginsburg, a narrativa formalista na qual a teoria constitucional brasileira investia aparenta ser implausível se olharmos para o funcionamento real da jurisdição constitucional nos primeiros anos de democracias recentes como o Brasil.⁸¹ Para o autor, o padrão comum da jurisdição constitucional em democracias recentes não é o formalista. Ao contrário da aposta da efetividade, o Supremo seguiu o padrão identificável em outros tribunais constitucionais do mundo: cortes constitucionais, sustenta Ginsburg, “preferem ser cuidadosas para estabelecer os seus poderes; elas devem considerar as preferências de outros atores políticos no sistema e a possibilidade de reversão [de suas decisões]. O poder do Judiciário deve ser construído gradativamente. A discórdia formalista de que as cortes simplesmente aplicam o direito é empiricamente suspeita”.⁸²

Ainda assim, o dado interessante sobre os três casos apresentados como exemplos do descompasso entre teoria constitucional e prática decisória (os efeitos do Mandado de Injunção, a restrição dos legitimados para a propositura de ADI e ADC e as limitações, via teoria da recepção, do objeto de controle de constitucionalidade) reside na possibilidade de reprovação das atuações *restritivas* do tribunal exatamente por não levar a sério o texto constitucional. Esperava-se, à luz do constitucionalismo da efetividade, *mais* de uma corte que preferiu ser cautelosa quando foi chamada a se posicionar sobre a extensão dos seus próprios poderes.

Com outras palavras, o texto – e este é o tom da possível crítica – permitia mais do que aquilo que o Supremo assentou em seus precedentes e consolidou na jurisprudência. Essa relação entre texto e compreensão dos limites das competências da instituição é oposta ao tipo de crítica que se poderia fazer à mesma corte em decisões posteriores – já em um momento de aparente conciliação entre discurso teórico e prática judicial –, em que o texto evitaria alterações no desenho institucional para *ampliar* os poderes do tribunal. Nessa hipótese, a crítica possível se inverte porque o texto passa a permitir *menos* do que aquilo que a corte assentou ou pretendia assentar sobre a compreensão dos seus próprios poderes.

Se o texto constitucional, nos primeiros anos de vida da Constituição, era um conjunto de possibilidades que não se concretizou plenamente graças à interpretação constitucional (restritiva), anos depois o texto passou a ser um obstáculo, seja para a concretização de direitos, seja para a expansão do

⁸¹ GINSBURG, 2003, p. 71.

⁸² *Idem, ibid.* Tradução livre. Fenômeno semelhante ocorreu na Alemanha. A corte também procedeu de forma cuidadosa e lenta em direção à sua jurisprudência mais ativa na tutela de direitos fundamentais. V. a respeito HAILBRONNER, 2014, p. 635.

Supremo, que também foi contornado pela interpretação da Constituição (agora, ampliadora). Para um tribunal que queria ser, em primeiro momento, autocontido, o texto avançava em demasia; para um tribunal que queria, anos depois, ser protagonista, o texto constitucional se revelou, em diversos aspectos, um obstáculo a ser superado.⁸³ No caso específico da ampliação de poderes da corte, duas manifestações, ainda que uma delas não tenha prevalecido no plenário, ilustram como o texto constitucional também nem sempre vincula as posições dos ministros sobre os limites das suas próprias competências.

O primeiro exemplo diz respeito à tentativa de aproximar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso e incidental dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via abstrata e em sede principal no julgamento da Rcl nº 4.335/AC. No caso, o Supremo teve que enfrentar o seguinte problema: embora o tribunal tivesse, no HC nº 82.956, declarado inconstitucional o dispositivo que vedava a progressão de regime da lei de crimes hediondos por violação, entre outros, do princípio da individualização da pena, o juiz da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco seguia aplicando o dispositivo legal. A sua alegação era basicamente a de que a decisão não produziria efeitos vinculantes e teria eficácia contra todos, já que foi tomada em sede de *habeas corpus*, produzindo efeitos apenas entre as partes.

⁸³ O argumento também é válido para as leituras restritivas fixadas pela corte sem amparo textual, que se revelavam igualmente um obstáculo para um tribunal que pretende ampliar as suas competências. Um claro exemplo nesse sentido diz respeito às limitações impostas pelo Supremo à legitimação de “entidades de classe” para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Como visto, se o receio da transformação de ações constitucionais, na prática, em ações populares levou à imposição, logo após a promulgação da Constituição Federal, de limites para a caracterização de uma entidade como “de classe” e para as matérias cuja constitucionalidade elas estariam legitimadas a levar à apreciação do Supremo, manifestações recentes da corte sugerem uma revisão do entendimento para ampliar a noção de “entidade de classe”. Nas ADIs nº 4.029 (2012), relator min. Luís Fux, e nº 5.291 (2015), relator min. Marco Aurélio, assim como no voto do ministro Barroso na Medida Cautelar na ADPF nº 527 (2018), é possível críticas à exegese excessivamente restritiva adotada anteriormente pela corte ao acesso da sociedade civil organizada à jurisdição constitucional abstrata, notadamente a entidades vocacionadas para a proteção de direitos fundamentais. Na ADI nº 5.291, sustenta o ministro Marco Aurélio “ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais” (p. 8 do voto). Isso porque, para o ministro, “restringir o conceito de entidade de classe implica, ao reduzir a potencialidade de interação entre o Supremo e a sociedade civil, amesquinhar o caráter democrático da jurisdição constitucional, em desfavor da própria Carta de 1988” (p. 12-13). Na última manifestação, sustenta o ministro Barroso que “[a] limitação do conceito de classe à categoria econômica e social onera de forma desproporcional as entidades de defesa de grupos minoritários e vulneráveis, ligados entre si pela defesa de valores existenciais indiscutivelmente amparados pela Constituição” (p. 14). Nessa linha, decide, para fins de consideração como entidade de classe, nos termos do artigo 103, IX, CF, “o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem.” (p. 2). Para uma defesa da ampliação dos legitimados do art. 103, IX, CF, v. ainda GOMES, 2016, p. 158.

Um dos argumentos constitucionais usados pelo juiz que não seguia a orientação do Supremo se baseava no que dispõe o artigo 52, X, da Constituição. De acordo com o texto constitucional, “compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Assim, a menos que o Senado suspendesse a execução do dispositivo, a decisão do Supremo não produziria efeitos para além da questão debatida no caso concreto.

Na apreciação da Reclamação, porém, o relator, ministro Gilmar Mendes, em longo voto sustentou a tese de que “o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.”⁸⁴ Para o ministro, no atual estágio do processo de conformação do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, “[s]e o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?”.⁸⁵

Em seu voto, Gilmar Mendes defendeu a ocorrência de uma mutação constitucional que exigiria uma redefinição do papel do Senado no nosso modelo de controle de constitucionalidade. A realidade, para o ministro, revelava que “a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional” nos regimes anteriores.⁸⁶ A mutação constitucional, no caso, significava, nas palavras do ministro, uma “autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”.⁸⁷

Na verdade, a tese defendida, ainda que, ao final do julgamento, tivesse sido derrotada pela maioria, era a de ocorrência de uma reforma constitucional que tornava o texto irrelevante ou “letra morta” na Constituição. Tanto é assim que, em manifestação divergente, a ministra Rosa Weber declarou:

[e]ntendo que a literalidade do texto – aspecto que foi muito bem destacado pelo Ministro Luís Roberto – não me permite chegar à conclusão da mutação constitucional, porque não seria uma mudança.

⁸⁴ Reclamação nº 4.335/AC, p. 27.

⁸⁵ *Id.* p. 27.

⁸⁶ *Id.* p. 49.

⁸⁷ *Id.* p. 53.

Teríamos de chegar a uma modificação do próprio enunciado normativo, e entendo que há amarra constitucional.⁸⁸

A não observância do texto da Constituição na Rcl nº 4.335/AC significava uma tentativa também de alteração do desenho institucional, mas, desta vez, por se superar o que a literalidade constitucional permitia. Na síntese de Oscar Vilhena Vieira, esse é um caso emblemático de como “o Tribunal passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição”.⁸⁹

O segundo exemplo na mesma linha diz respeito ao modo como o Supremo tem compreendido o seu poder para editar Súmulas Vinculantes. Embora o artigo 103-A da Constituição preveja como condição necessária para a edição de súmulas a existência de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, estudo empírico que se debruçou sobre o processo de criação de 72 súmulas vinculantes mostra que esse requisito textual é frequentemente derrotado.⁹⁰ O exemplo caricato envolve o da criação da Súmula nº 28, aprovada por unanimidade mesmo com um único precedente existente a respeito. A interpretação constitucional que tudo permite chegou a ser evocada para justificar uma releitura do próprio texto constitucional. E, dessa vez, sem referência a qualquer mutação. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho do voto do ministro Menezes Direito no RE nº 434.059, que deu origem à discussão:

⁸⁸ *Id.* p. 188.

⁸⁹ VIEIRA, 2008, p. 456. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e as relações entre a decisão do Supremo e a competência do Senado prevista no artigo 52, X, CF, voltaram à mesa de discussões nas ações envolvendo a extração e comercialização de amianto. O problema, desta vez, não dizia respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, mas da declaração incidental de inconstitucionalidade em ação que tinha como objeto principal ato normativo diverso. Em suas manifestações, o ministro Gilmar Mendes voltou a defender a ocorrência de mutação constitucional. A sua voz encontrou adesão no plenário. De acordo com o Informativo nº 886, de 1/12/2017, “O ministro Celso de Mello considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte. Daí se estaria a reconhecer a inconstitucionalidade da própria matéria que foi objeto deste processo de controle abstrato, prevalecendo o entendimento de que a utilização do amianto, tipo crisotila e outro, ofende postulados constitucionais e, por isso, não pode ser objeto de normas autorizativas. A ministra Cármen Lúcia, na mesma linha, afirmou que a Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém. O ministro Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim”. Sobre o assunto v. também Leal (2017).

⁹⁰ COIRO, 2012.

[...] de fato a Emenda nr. 45 faz essa referência a pronunciamentos reiterados. Mas isso na hipótese de as decisões saírem das Turmas. Como é decisão do Plenário, disse o Ministro Cezar Peluso muito bem, unânime, diante de uma circunstância específica da súmula contrária de um Tribunal Superior, tenho a sensação de que poderíamos aprovar, sim, uma súmula com efeito vinculante, porque esse é o objetivo da segurança jurídica.⁹¹

A posição do ministro, que determina o sentido da prescrição constitucional a partir da finalidade por ela buscada, revela um tratamento transparente dado à formulação textual. Ao texto, na verdade, não é garantida nenhuma autonomia em relação aos propósitos que o justificam.⁹² Ao contrário, o artigo 103-A da Constituição é encarado como mera porta de acesso a considerações extratextuais, que, no caso, são usadas para ampliar o poder do tribunal para criar súmulas. Nessa postura, não há nada compatível com qualquer versão, caricata ou não, de formalismo. Tanto é assim que, no caso, a crítica formulada pelo ministro Marco Aurélio à proposta se sustenta basicamente sobre o que a Constituição textualmente prevê. Nas suas palavras:

A premissa para chegar ao Supremo, no âmbito da competência que lhe está reservada pela Carta, à edição de um verbete vinculante, praticamente normativo, é que existam, conforme está em bom vernáculo, como está em bom português, reiteradas decisões pelo próprio Supremo. E não há reiterados pronunciamentos sobre a matéria. Dir-se-á: a situação é excepcional. E afirmo: não vivenciamos um regime de exceção.⁹³

Como se nota, independentemente das discussões sobre a correção das posições da corte nos casos apresentados, o apego ao texto constitucional pode gerar frustração de expectativas normativas tanto por parte daqueles que exploram as suas possibilidades como para aqueles que o entendem como limite. Até o momento, explorou-se, no entanto, apenas como essas expectativas podem ser sabotadas pela desconsideração do texto constitucional quando o que está em jogo é a delimitação dos próprios poderes da corte. Nem sempre o texto que permite é aplicado em todo o seu potencial, assim como nem sempre o texto que limita é encarado como um obstáculo definitivo. Os exemplos apresentados

⁹¹ Transcrito por COIRO, *op. cit.*, p. 195.

⁹² SCHAUER, 2002, p. 51.

⁹³ Transcrito por COIRO, *op. cit.*, p. 195.

até agora mostram como a afirmação parece ser válida para o delineamento das competências da corte. Vejamos outros problemas semelhantes no enfrentamento de questões constitucionais substantivas.

3.2 Limites textuais e concretização de direitos

Quando uma jurisprudência mais agressiva na defesa e na promoção de direitos avança, o texto da Constituição parece desempenhar um papel menor para a justificação das decisões daquilo que, para os juízes, parece ser correto. Certamente essa postura vem acompanhada de problemas de legitimidade da atuação da corte. Em países como a Alemanha, no entanto, esses problemas são superados na medida em que se alteram e ampliam as compreensões do que é a Constituição e quais parâmetros de justificação de decisões estão à disposição da corte para sustentar as suas posições. A Constituição, como referencial permanente para a juridicidade de decisões, deixa de ser apenas o texto e passa a ser encorpada por visões substantivas sobre o seu papel como projeto moral, o papel do tribunal constitucional na democracia e por um arsenal de teorias complexas e novos métodos de interpretação do direito. Em um cenário desse tipo, o texto passa a conviver com outros elementos de justificação e qualquer inclinação formalista pode se tornar incomum.

No caso alemão, porém, os avanços do tribunal constitucional se sedimentaram rapidamente porque, segundo a tese de Hailbronner, a academia estabilizava as criações expansivas da corte por meio do fornecimento do suporte doutrinário necessário para legitimar a sua atuação.⁹⁴ A dogmática e a teoria constitucional, assim, “formalizavam” teoricamente o estilo de julgamento do tribunal, garantindo que as decisões permanecessem compatíveis com as visões da comunidade acadêmica e, assim, parecessem suficientemente jurídicas e previsíveis para a sociedade.⁹⁵

Nessa linha, parece inegável que o teste de proporcionalidade, com os seus passos e ônus de justificação bem definidos, é o exemplo por excelência de formalização teórico-dogmática que possibilitou, na Alemanha, a conciliação entre um constitucionalismo transformativo e uma cultura de autoridade baseada na

⁹⁴ HAILBRONNER, *op. cit.*, p. 645.

⁹⁵ *Id.* p. 647. Para a visão de que doutrinas jurídicas que garantem a racionalidade moral interna do direito ao estabelecerem referenciais para a afirmação de coerência entre os diversos elementos do direito são expressões de formalismo v. WEINRIB, *op. cit.*, p. 967.

expertise da corte.⁹⁶ Esses esforços de legitimação *exógena* (i.e. pela comunidade acadêmica) da atuação do tribunal aliados ao próprio comportamento decisório da corte, avessa a “floreios retóricos” e preocupada com a apresentação de suas decisões como sendo, sempre que possível, resultados unânimes, teria criado o ambiente necessário para, de alguma forma, normalizar tendências ativistas no tribunal constitucional federal alemão.⁹⁷ Nesse processo, o formalismo que se extrai do respeito pela corte aos esforços de formalização de raciocínios de justificação desenvolvidos pela academia a partir dos próprios precedentes do tribunal constitucional federal alemão e de teorias que também levam a sério o texto da Constituição continuava atuando, mesmo em um sentido mais amplo, como um limite.

No caso brasileiro, temos um processo semelhante de legitimação acadêmica de práticas decisórias do Supremo, ainda que o trabalho dogmático e o gosto por estruturas metodológicas de justificação não estejam entre as preocupações centrais dos nossos constitucionalistas, que preferem, no geral, a retórica de teorias normativas complexas e pretensamente universais sobre o direito, a separação de poderes ou a tomada de decisão jurídica, a partir das quais buscam sustentar decisões para profundos desacordos particulares a respeito do que é devido. Por isso, ao contrário do que tende a ocorrer na Alemanha, a legitimação acadêmica que se pode obter normalmente do trabalho do constitucionalismo brasileiro favorece a expansão irrestrita da corte, e não a sua limitação. Quanto ao desprezo por métodos de justificação, o caso da proporcionalidade no país é emblemático. A compreensão da literatura jurídica nacional sobre o seu papel para a justificação de juízos normativos singulares e sobre a sua estrutura costuma ser marcada por imprecisão, o que só garante ao Supremo razões para o seu emprego desparametrizado e, assim, como “palavra mágica” para justificar qualquer decisão. Há, como já insinuou Sundfeld, um abismo entre a sofisticação teórica por trás dos debates sobre a proporcionalidade no mundo e o decisionismo que ela acaba apoiando no país.⁹⁸ A proporcionalidade, em vez de formalizar um procedimento estável de justificação, dilui-se na nossa prática constitucional, com a conivência de parte influente dos nossos doutrinadores, em uma palavra vazia, que perde completamente o sentido quando reduzida à ponderação e igualada a uma exigência genérica por razoabilidade.⁹⁹

⁹⁶ HAILBRONNER, *op. cit.*, p. 645. V. na mesma linha os esforços de Robert Alexy para, em sua “fórmula do peso”, reconstruir a prática decisória do Tribunal Constitucional Federal alemão na tentativa de orientar o exame de proporcionalidade em sentido estrito. Cf. ALEXY, 2003.

⁹⁷ *Id.* p. 646.

⁹⁸ SUNDFELD, 2012, p. 60-61, nota 1.

⁹⁹ Denunciam problemas dessa natureza SILVA, 2002; ÁVILA, 2009; LEAL, 2014.

É nesse cenário de fracos limites formais – estejam eles vinculados ao texto constitucional ou, em uma visão mais abrangente, ao produto da atividade dogmática – em que o Supremo vem justificando decisões substantivas acusadas de nem sempre gozarem de amparo textual na Constituição. E, mesmo quando o tribunal decide questões constitucionais envolvendo a concretização de direitos fundamentais com base no texto constitucional, o alvo das críticas é o “textualismo de ocasião” de uma corte que parece seletivamente privilegiar métodos e teorias decisórias em função de cada caso que é chamada a decidir.¹⁰⁰

O desapego a qualquer inclinação formalista mais estável pelos ministros pode ser percebido em três tipos de diferentes de posturas decisórias no tribunal: (i) quando o texto é simplesmente desconsiderado e decisões que poderiam ser tomadas com base em regras constitucionais atual ou potencialmente incidentes no caso são justificadas a partir de ponderações entre princípios; (ii) quando ministros tentam, a partir de certas visões substantivas, extrair significados alegadamente literais que não se extraem do texto da Constituição, no que se expressaria um tipo de formalismo ideológico; e (iii) quando o texto constitucional é simplesmente derrotado, prevalecendo uma decisão contrária ao que se poderia extrair literalmente dos seus dispositivos.

3.2.1 Por que interpretar o texto se é possível passar direto para a ponderação de princípios?

As decisões do Supremo sobre a constitucionalidade da vaquejada e a possibilidade de se configurar práticas antissemitas como racistas ilustram o primeiro tipo de problema. Nos casos, embora disposições constitucionais prescrevessem soluções, ainda que nem sempre claras, para os casos, alguns ministros apresentaram a questão constitucional relevante a ser decidida como uma colisão de princípios, em vez de trabalharem com as possibilidades de interpretação do texto a partir do qual uma regra poderia ser extraída.

No caso Ellwanger (HC nº 82.424/RS), a discussão girava em torno da possibilidade de se considerar crime de racismo a edição e publicação de obras com conteúdo antissemita. A incidência do artigo 5º, XLII,¹⁰¹ da Constituição Federal parecia imediata, ainda que não estivesse assentado na jurisprudência da corte o que significava *racismo* do ponto de vista constitucional. Apesar

¹⁰⁰ PEREIRA, 2017.

¹⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

dessa indeterminação, enquanto alguns ministros, como Moreira Alves, tentavam extrair significado do texto constitucional, manejando, por exemplo, os cânones tradicionais de interpretação, o ministro Marco Aurélio indicava estar a corte diante de um “problema de eficácia dos direitos fundamentais e da melhor prática da ponderação de valores”, qual seja, o da solução do “intricado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção da dignidade do povo judeu”.¹⁰²

Na mesma linha, os debates sobre a constitucionalidade da prática cultural conhecida como “vaquejada”, que poderiam envolver a determinação de sentido da palavra *crudeldade* contida no artigo 225, §1º, VII, da Constituição Federal,¹⁰³ acabavam sendo direcionados para uma ponderação – desconectada da interpretação do texto potencialmente incidente – entre os princípios de proteção às manifestações culturais e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Novamente as palavras do ministro Marco Aurélio, relator da ADI nº 4.983/CE, resumem o ponto:

Mesmo presente manifestação cultural, *verificada situação a implicar inequívoca crudeldade contra animais*, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.¹⁰⁴

Note-se que, se o caso envolvia, na visão do ministro, manifesta crudeldade contra animais, bastaria aplicar uma regra proibitiva que poderia se extrair diretamente do texto constitucional, independentemente da superação de qualquer colisão entre princípios constitucionais. Desconsiderar os potenciais do texto constitucional para a solução direta do caso implica transformar o problema, pelo menos na perspectiva daqueles que viam na vaquejada uma inequívoca crudeldade

¹⁰² Voto min. Marco Aurélio, p. 14, equivalente à p. 347 do BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS.

¹⁰³ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies *ou submetam os animais a crudeldade* (grifos nossos).

¹⁰⁴ Voto min. Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE, p. 12.

contra animais incapaz de ser derrotada pelos interesses culturais ou econômicos envolvidos na prática, desnecessariamente em um caso difícil.¹⁰⁵

3.2.2 Prisão em segunda instância e formalismo ideológico

Em relação ao segundo tipo de expressão de desapego ao texto constitucional, os debates em torno da possibilidade de execução da sanção penal após condenação em segunda instância exemplificam como o formalismo pode ser usado estrategicamente até para sustentar leituras literais de textos inexistentes. Para quem critica a tese da possibilidade de execução provisória antes do trânsito em julgado, assentada pela corte no HC nº 126.292, jugado em 2016, a Constituição seria inequívoca ao prescrever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII).

Como mencionado no início deste trabalho, ministros do Supremo já endossaram essa tese. No entanto, como salienta Thomaz Pereira,

[a] Constituição não proíbe literalmente ‘a prisão’ antes do trânsito em julgado. Determina, sim, que ninguém será considerado ‘culpado’ antes que isso ocorra. Em seu sentido mais literal vedaria o lançamento do réu no rol dos culpados (HC 69.696, 1992). Para construir, a partir deste inciso, uma proibição da execução provisória é necessário ir além do texto. Especialmente considerando que a Constituição, no mesmo artigo, é capaz de ser mais precisa, mencionando expressamente o ‘preso’, a ‘prisão’, e a privação ‘da liberdade’ em outros incisos (por exemplo, no caso do art. 5º, LXI, LXVI e LIV, respectivamente).¹⁰⁶

Como se nota, o que se sustenta ser uma interpretação *literal* da Constituição proibindo a execução provisória da pena não encontra suporte textual explícito. Isso certamente não significa que a posição dos críticos da posição que prevaleceu no Supremo em 2016 seja insustentável, eventualmente a mais adequada do ponto de vista constitucional ou que não se possa eventualmente falar na existência de uma interpretação estável sobre o sentido do dispositivo que suporte a crença na comunidade jurídica de que o dispositivo também prevê que “ninguém será preso até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹⁰⁵ V. LEAL, 2016.

¹⁰⁶ PEREIRA, 2018.

Na verdade, o que é questionável é se essa proposição decorre de uma compreensão literal do texto constitucional. E esse não parece ser o caso. A proposição pode ser uma expressão literal da *interpretação* que a dogmática penal garantiu ao dispositivo constitucional. Mas não pode ser o que se extrai diretamente da leitura do artigo 5º, LVII, da Constituição, na medida em que a passagem de “culpado” para “preso” exige algum tipo de premissa normativa implícita capaz de encadear o texto constitucional com a visão que se *entende* ser a interpretação literal do dispositivo – no caso, uma proposição do tipo: “só deve ser preso quem for considerado culpado”.

O formalismo, na hipótese, ganha ares ideológicos ao ser usado para defender uma solução amparada em um texto imaginado, mas considerado real para aumentar a força da justificação de uma postura garantista. Em um outro sentido, um formalismo ideológico poderia ser também evocado para sustentar a *inexistência de margens de escolha* do tomador de decisão em casos em que isso não é claramente imposto pelo texto.¹⁰⁷ O que há de comum entre as hipóteses é o de uso estratégico do formalismo para legitimar opções que, no fundo, podem ser simplesmente *políticas*. No caso sobre a possibilidade de execução antecipada da pena após condenação em segunda instância, adotar uma posição textualista serve, na verdade, para acusar o Supremo de tomar uma decisão ilegítima por contrariar disposição constitucional expressa, mesmo que esse não seja propriamente o caso e, reiterar-se, independentemente da correção da posição majoritária da corte sobre o assunto.

3.2.3 Mesmo o texto claro não é um limite definitivo

O último caso de desapego ao textualismo diz respeito a opções judiciais que contrariam expressamente o texto constitucional. Esses não são casos

¹⁰⁷ Um exemplo desta hipótese pode ser encontrado na associação, durante a chamada Era Lochner da Suprema Corte norte-americana, entre formalismo e uma leitura rígida da palavra “liberdade” consagrada na décima-quarta emenda. Nesse caso, mesmo o formalismo estando relacionado à suposta proteção de um direito, criticava-se a postura da corte por dificultar avanços sociais que estavam relacionados a restrições à autonomia da vontade, como no próprio caso Lochner v. New York, em que a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei do estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho de padeiros com o argumento de restrição indevida da liberdade contratual. A acusação de uma postura formalista em situações como essa decorre de uma compreensão especial da palavra “liberdade”, como se nenhum outro sentido – e, portanto, nenhuma outra solução constitucional para problemas que envolvessem restrições estatais em qualquer grau à liberdade – fosse admissível. Assim, por exemplo, decidiu o juiz Peckham em Lochner v. New York, agindo como se não tivesse outra escolha à luz do texto constitucional (ainda que, no fundo, essa fosse uma justificativa para sustentar escolhas políticas). Cf. a respeito dessa visão SCHAUER, *op. cit.* p. 30.

apresentados como de derrotabilidade justificável do texto,¹⁰⁸ de solução de questões constitucionais que envolvam a aplicação de textos vagos¹⁰⁹ ou de problemas claramente não regulados pelo texto constitucional, sejam eles substantivos¹¹⁰ ou envolvam eles as competências da corte,¹¹¹ que exigem uma resposta dos ministros. Nesta dimensão, o texto constitucional aplicável à questão constitucional levada ao tribunal, mesmo incontroverso, é desconsiderado para se privilegiar solução *oposta* à que poderia ser extraída de sua compreensão imediatamente apreensível.

Esse parece ter sido o caso no julgamento da constitucionalidade das uniões homoafetivas (ADI nº 4.277 e ADPF nº 132). O ponto central da controvérsia se localizava no fato de o dispositivo do Código Civil questionado¹¹² reproduzir a dicção do artigo 226, §3º, da Constituição.¹¹³ Por isso, eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo do Código com base no referido dispositivo constitucional afetaria a justificação interna do resultado, que não se seguiria da premissa normativa adotada pela corte. Indeferir o pedido, no entanto, com base na identidade entre os dispositivos, ainda que, na visão de Dimoulis e Lunardi, essa fosse a solução *mais próxima do texto*, causaria forte desapontamento entre minorias sexuais e a opinião pública de inclinação liberal.¹¹⁴

Em seu voto, o ministro Lewandowski mostrou-se atento ao problema. Na visão do ministro, “a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembleia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher”.¹¹⁵ Essa conclusão seria confirmada, ainda, pela própria vontade do constituinte originário. Para Lewandowski, “[o]s

¹⁰⁸ V., por exemplo, Recurso Extraordinário nº 135.328/SP. No caso, o STF derrotou a regra de competência contida no artigo 134 da Constituição, que garante à defensoria pública a prerrogativa de defesa dos hipossuficientes, para reconhecer que, no estado de São Paulo, até que a defensoria fosse organizada, o Ministério Público pudesse exercer tal competência, mesmo não estando aquela entre as suas atribuições constitucionais (v. especialmente art. 127 e 129, IX, CF).

¹⁰⁹ V., por exemplo, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 330.817/RJ, em que o STF reconheceu que o livro eletrônico também era uma espécie de “livro” e, assim, está incluído no âmbito da imunidade tributária garantida a “livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão” (art. 150, VI, d, CF).

¹¹⁰ V., por exemplo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF, em que se discutia a constitucionalidade de políticas de ações afirmativas da Universidade de Brasília.

¹¹¹ V., por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/DF, em que alguns ministros, entre eles o relator, Ministro Luiz Fux, reconheceu que o Supremo pode controlar os requisitos de urgência e relevância para a edição de Medidas Provisórias pelo Presidente da República.

¹¹² BRASIL. Código Civil (2002). Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹¹³ §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹¹⁴ DIMOULIS; LUNARDI, 2014, p. 8.

¹¹⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, p. 713 do Acórdão.

constituintes [...] depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável”.¹¹⁶ A mesma visão é confirmada pelos ministros Marco Aurélio, que enxergou na solução do caso um “óbice gramatical”,¹¹⁷ e Gilmar Mendes, para quem “a expressão literal [posteriormente caracterizada pelo próprio ministro como “primeira interpretação”] não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’”.¹¹⁸

Os debates entre os ministros atingem o seu ponto alto quando Mendes adianta a necessidade de antecipar a crítica de desvinculação textual e enfrentá-la, ao pronunciar aos demais ministros as palavras que compõem a epígrafe deste texto: “é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos”.¹¹⁹

Para Lewandowski e os demais ministros, contudo, o sentido imediatamente apreensível do texto e os debates da constituinte não foram obstáculos à sustentação de decisão – independentemente de sua correção – contra a literalidade do texto. Nas suas palavras, estar-se-ia no julgamento

diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.¹²⁰

Assim, reconhecendo uma *lacuna* na ordem constitucional “que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se

¹¹⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, p. 712 do Acórdão.

¹¹⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, p. 821 do Acórdão. Para o ministro, porém, “o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica”.

¹¹⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, p. 732 do Acórdão. Adiante segue o ministro Gilmar Mendes afirmando: “temos que dizer por que nós estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher” (p. 733).

¹¹⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, p. 734 do Acórdão.

¹²⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, p. 713 do Acórdão.

formam entre pessoas do mesmo sexo”,¹²¹ Lewandowski defere as ações para declarar o artigo do Código Civil, em sua compreensão literal, inconstitucional. A decisão foi unânime. Apesar disso, soa estranha por ter se dado na mesma corte que já declarou que a interpretação constitucional encontra as suas barreiras definitivas nos limites semânticos do texto constitucional.¹²²

Tal como nos problemas anteriores de descarte do texto constitucional em favor de uma escalada de justificação orientada na ponderação de princípios e do uso ideológico do formalismo, na hipótese de decisão constitucional contra o sentido literal do texto da Constituição temos mais uma instanciamento do problema geral de baixa capacidade vinculativa do texto constitucional, que parece – ao menos em uma narrativa possível – ceder facilmente às preferências políticas dos ministros.¹²³ Esses e os demais exemplos apresentados ao longo de todo este trabalho sugerem que, nos casos em que a corte observa o texto constitucional como fonte suficiente para decidir, não necessariamente o fazem sobre as bases de um compromisso consistente e sincero com o formalismo. Isso se torna mais claro quando se nota a inexistência de critérios precisos a respeito de quando a corte se sente legitimada a superar o texto constitucional. Sem parâmetros claros e mecanismos mais robustos de vinculação horizontal a precedentes, a observância e a superação do texto constitucional parecem depender exclusivamente de contingências.

4 Conclusão

O argumento central deste trabalho é o de que o texto da Constituição não representa um limite na prática decisória do Supremo. Se, em alguns casos, é

¹²¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, p. 719 do Acórdão.

¹²² V., por exemplo, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388/DF, p. 10.

¹²³ Problemas relacionados à fraca força de vinculação do texto constitucional já inspiraram propostas do Congresso de alteração de características do desenho do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. A PEC nº 33/2011, arquivada em 2015 nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, previa, entre outras medidas, (i) a alteração do quórum necessário para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público para quatro quintos dos membros dos tribunais e (ii) a suspensão da produção imediata de efeitos vinculantes das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição. A justificativa para as mudanças indicadas era a necessidade de contenção do que os parlamentares chamaram de “ativismo judicial exacerbado”, que tinha na desconsideração do texto constitucional uma de suas manifestações. É o que se extrai da seguinte passagem da justificação da referida PEC: “[n]ão são poucos os exemplos a ilustrar o ativismo exacerbado no Brasil. Começamos pelo caso da fidelidade partidária, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – contido em Resolução – criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, em adição às enumeradas no art. 55, *sem que houvesse qualquer menção expressa no texto constitucional* relacionada à sanção por infidelidade partidária” (p. 4 do documento disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 25 out. 2018; grifos nossos).

possível localizar decisões da corte ou de seus ministros justificadas sobre uma suposta literalidade do texto constitucional, em discussões morais ou politicamente controvertidas, contudo, nem sempre o texto constitucional é observado. Em alguns casos, inclusive, ele pode ser derrotado.

Nesse contexto, nada impede que se possa levantar como hipótese a visão de que posturas textualistas dos ministros parecem ser produtos do apelo inconsistente, porquanto oscilante, de uma postura formalista de se interpretar e aplicar a Constituição ou mesmo de comportamento estratégico. O formalismo, assim como qualquer outra teoria normativa da decisão jurídica, é apenas mais uma fonte de justificação de decisões manipulável em função dos resultados visados pelos ministros. Por isso, ele convive na prática decisória da corte com outros candidatos que também tendem a prevalecer na solução de questões constitucionais específicas, mas sem constância no tempo. O texto constitucional, assim, recebe uma dignidade tão contingente quanto a ponderação de princípios, a interpretação sistemática ou visões consequencialistas, na medida em que não parece possível extrair da prática decisória da corte algum tipo de preferência estável por teorias e métodos de justificação. O resultado dessa insegurança de segunda ordem é mais instabilidade e imprevisibilidade para qualquer processo decisório que envolva a aplicação da Constituição.

Os exemplos apresentados revelam como a observância do texto pode ser útil para limitar ou expandir as competências da corte e para promover ou obstaculizar a promoção de direitos. A polaridade da importância do texto parece oscilar em razão do que se pretende realizar – e sem a existência de critérios que justifiquem quando um método ou teoria decisória pode ser considerado preferível para conduzir o processo de justificação. Para além da correção dessas leituras, o que se constata é um formalismo inconstante na prática decisória do Supremo.

Ao mesmo tempo, o discurso doutrinário preocupado com a efetividade da Constituição criou as condições de legitimação de um desprestígio ao formalismo no Supremo e permaneceu legitimando *ex post* posturas decisórias que não garantiam nenhum tipo de prioridade especial ao texto constitucional. O discurso da efetividade, que passou, em poucos anos, a incorporar teorias e métodos complexos de decisão à sua reivindicação inicial de uma dogmática emancipatória sensível às promessas contidas nas disposições da Constituição Federal de 1988 para a promoção da sua efetividade, mas sem a estruturação de métodos de justificação e baixo trabalho dogmático, passou a se amparar em uma teoria que, pela interpretação constitucional, tudo permitia.

Com o tempo, esse discurso moldou um instrumentalismo judicial (apreensível pelo uso de decisões como meios para o atingimento dos estados de coisas imaginados pelos juízes como realizadores da efetividade dos compromissos

fundamentais da Constituição) e uma teoria que foi perdendo, ao mesmo tempo, a sua capacidade de *explicar* a prática decisória do Supremo – porque com base nela qualquer decisão poderia ser reconduzida a referências do constitucionalismo da efetividade – e o seu *potencial crítico* – porque qualquer decisão poderia ser justificada a partir das prescrições que a teoria fornecia para orientar a prática decisória. Com um conjunto de *slogans* vazios (“efetividade”, “leitura moral da Constituição”, “filtragem constitucional” e a ênfase em princípios vagos, como moralidade e dignidade humana), o investimento em teorias de justificação de difícil compreensão e aplicação, aliado ao desapego à formalização metodológica ou dogmática (apesar de, ironicamente, a doutrina da efetividade se sustentar sobre a necessidade de construção de uma dogmática emancipatória), o constitucionalismo hegemônico no Brasil, que se construiu a partir da busca pela efetividade, tornou-se uma teoria internamente incompatível com a existência de limites. O empreendimento teórico mais ambicioso e provavelmente de maior sucesso na trajetória constitucional pós-88 se esgotou na sua incapacidade de auxiliar na compreensão e para garantir alguma previsibilidade de processos decisórios baseados na aplicação da Constituição. A diluição da força do texto constitucional como obstáculo à justificação de certos resultados é apenas um dos efeitos colaterais desse diagnóstico.

O que se perde? Especificamente em relação ao formalismo inconsistente detectável na prática decisória do Supremo, não só as virtudes normativas que o justificam, no limite, como traço distintivo do direito como prática social (como previsibilidade e estabilidade), ou os objetivos que o justificam pragmaticamente a depender do arranjo institucional em que ele se torna recomendável, ficam mais distantes de serem realizados.¹²⁴ Com baixos níveis de formalismo, perde-se também a importância política da Constituição como um mecanismo limitador da vontade dos poderes constituídos. As suas regras e o sistema de exercício

¹²⁴ O formalismo se justifica pragmaticamente como um redutor de custos de decisão e de erro quando funciona, por exemplo, como uma regra supletiva global obtentora de informação. Nesse caso, a adoção de uma postura formalista ao longo do tempo por um tribunal constitucional se justificaria na medida em que a observância do texto legal em casos difíceis funcionaria como o envio de uma mensagem clara em um diálogo com o Congresso, a instituição que estaria em uma posição melhor para criar regras gerais. Privilegiar o entrenchamento do texto relativamente à consideração de outras razões nos casos em que as respostas judiciais para problemas específicos impliquem resultados subótimos evidenciaria a inadequação do texto constitucional aplicado, o que, por sua vez, alertaria mais facilmente os congressistas para a necessidade de sua alteração. O diálogo virtual com o Congresso funcionaria como se a mensagem passada pelo tribunal fosse: “o texto é inadequado. Altere-o, pois enquanto isso não for feito, respostas jurídicas inapropriadas podem prevalecer”. Em outra perspectiva, a adoção de posturas formalistas por órgãos aplicadores do direito também criaria incentivos para o Congresso criar regras mais claras e precisas. A possibilidade de o formalismo funcionar como uma regra supletiva global obtentora de informação, porém, depende de variáveis institucionais, como a responsividade a baixo custo do Congresso ao receber esse tipo de mensagem. V. a respeito SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 646, 655-656.

de poder que o desenho das suas instituições estabelece, para além de outros objetivos, contribuem para impedir não só o exercício deliberado de competências para o alcance de objetivos pessoais, como também para administrar os níveis de erro que podem advir da busca livre, ainda que de boa-fé, pelo que cada autoridade responsável por aplicar a Constituição entender como constitucionalmente devido.

Em alguma medida, Constituições funcionam como barreiras contra a busca do que é indevido ou perigoso na medida em que impedem certas práticas ou desabilitam certas instituições a decidirem certos assuntos.¹²⁵ Constituições não são apenas conjuntos de programas voltados a conduzir a vontade política, mas também limites, que só podem cumprir as suas vocações se várias das suas normas forem percebidas e tratadas como *regras*. Para tanto, é preciso que os destinatários do texto constitucional reconheçam que as palavras restringem e que podem ser suficientes para a definição do que deve ser feito. Isso quer dizer que as regras constitucionais não podem ser vistas pelos seus destinatários como referências transparentes à consideração de diversas razões para a tomada de decisão ou obstáculos facilmente derrotáveis em nome da realização do que elas entendem como adequado.¹²⁶

É certo que nem sempre isso será possível. A linguagem possui os seus limites e a capacidade de as regras amarrarem o futuro completamente ao passado também é circunscrita ao que a experiência nos permite antecipar no momento em que as suas orientações são redigidas. Por esse motivo, mesmo autores declarados formalistas são capazes de admitir que nem sempre o formalismo será desejável.¹²⁷ Mas reconhecer que a Constituição não possibilita tudo e que o seu texto deve ser especialmente resistente a considerações tendentes a desprezá-lo ou derrotá-lo é o primeiro passo para que tenhamos, antes mesmo de nos perguntarmos sobre a sua efetividade, uma Constituição – e é exatamente isso que parece termos perdido nesses últimos trinta anos.

"The Constitution Says what I Say It Says": Inconsistent Formalism and Wavering Textualism in Brazilian Constitutional Law

Abstract: This paper identifies and addresses problems related to an inconsistent (and perhaps strategic) application of the constitutional text as a justification device for constitutional rulings among Brazilian constitutionalists and in the decision-making praxis of the Brazilian Federal Supreme Court. After distinguishing caricature versions of legal formalism from versions that are actually defended by scholars who declare themselves legal formalists, this paper investigates a non-rigorous (possibly strategic) defense of textualism by protagonists of the Brazilian effectiveness-oriented constitutional

¹²⁵ SCHAUER, *op. cit.*, p. 49-50.

¹²⁶ *Id.* p. 50.

¹²⁷ SCHAUER, *op. cit.* p. 31.

doctrine and presents examples of oscillating application of the constitutional text in cases involving the boundaries of the Supreme Court's jurisdiction and the concretization of fundamental rights by its judges.

Keywords: Legal formalism. Textualism. Brazilian Federal Supreme Court. Brazilian effectiveness-oriented constitutional doctrine. Rules.

Summary: **1** Introduction – **2** Two defenses of formalism – **3** The oscillating textualism of the Brazilian Supreme Court – **4** Conclusion

Referências

ALEXANDER, Larry. Law and Formalism. *University of San Diego, Legal Studies Research Paper Series*, n. 7, p. 1, 18 out. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstractID=829327>>. Acesso em: 03 maio 2018.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.

_____. On balancing and subsumption: A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas Jus*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.

ARGUELHES, Diego; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, p. 34-64, jan./jun. 2012.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A razão sem voto. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Relator: Sydney Sanches. Distrito Federal, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/DF*. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Relator: Luiz Fux. Distrito Federal, 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF*. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ayres Britto. Distrito Federal, 14 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF*. Requerente: Democratas. Relator: Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, 20 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388/DF*. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Gilmar Mendes. Distrito Federal, 01 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338511>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 330.817/RJ*. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Elfez Edição Comércio e Serviços Ltda. Relator: Dias Toffoli. Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501630>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE*. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Marco Aurélio. Ceará, 27 de abril de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.424-2/RS*. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e Outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Rio Grande do Sul, 19 de março 2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Teori Zavascki. São Paulo, 17 de maio de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 18 maio 2018, p. 77 do Acórdão.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 138-8/RJ*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Sydney Sanches. Rio de Janeiro, 16 de novembro de 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346200>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 4.335/AC*. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Gilmar Mendes. Acre, 22 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 135.328/SP*. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Ministério Público no Estado de São Paulo. Relator: Marco Aurélio. São Paulo, 26 de junho de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207841>>. Acesso em: 18 maio 2018.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-53.

COIRO, Adriana Lacombe. Aos ministros, tudo? Uma análise da aplicação dos requisitos constitucionais na elaboração de súmulas vinculantes. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 24, p. 159-201, jul. /set. 2012.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Sacredness of the constitutional text and interpretative heresy: The Brazilian Supreme Court Decision on Same-sex Civil Unions. *São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas Research Paper Series*, n. 91, mar. 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/11668>>. Acesso em: 03 maio 2018.

FISH, Stanley. *Is there a text in this class?*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1980.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 630-672, fev. 1958. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1338226>>. Acesso em: 03 maio 2018.

GARDNER, John. Legal positivism: 5 ½ myths. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 46, 2001.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2003.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2016.

GUASTINI, Ricardo. A Sceptical View on Legal Interpretation. *Analisi e Diritto*, p. 139-144, 2005.

_____. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

HAILBRONNER, Michaela. Rethinking the rise of the German Constitutional Court: from anti-nazism to value formalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, p. 626-649, 2014.

- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed. Clarendon Press: New York, 1994.
- HOERSTER, Norbert. *Verteidigung des Rechtspositivismus*. Frankfurt a.M.: Metzner, 1989.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 1. ed. Leipzig/Viena, 1934.
- _____. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.
- KMIEC, Keenan D. Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, n. 92, p. 1441-1478, 2004.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- LEAL, Fernando. A vaquejada poderia ter sido um caso fácil. *Jota*, 12 out. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/vaquejada-poderia-ter-sido-um-caso-facil-12102016>>. Acesso em: 13 maio 2018.
- _____. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. In: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 58, p. 177-209, 2014.
- _____. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 10, n. 1, p. 247, jan. 2014.
- _____. O que o Supremo decidiu sobre o amianto? *Jota*, 31 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/supra/o-que-o-supremo-decidiu-sobre-o-amianto-31082017>>. Acesso em: 07 maio 2018.
- _____. *Ziele und Autorität: Zu den grenzen teleologischen Rechtsdenkens*. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- _____. Seis objeções ao direito civil constitucional. In: LEAL, Fernando (Org.). *Direito Privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 87-142.
- LEPSIUS, Oliver. Themen einer Rechtswissenschaftstheorie. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Org.). *Rechtswissenschaftstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 1-49.
- LLEWELLYN, Karl N. *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*. Oxford: OUP, 1930.
- LYNCH, Christian; MENDONÇA, José Vicente. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, p. 974-1007, 2017.
- MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. 2. ed. Oxford e Portland: Hart, 2005.
- MATCZAK, Marcin. Why Judicial Formalism is Incompatible with the Rule of Law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 31, n. 1, p. 61-85, fev. 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice: the courts of the third Reich*. Harvard: Harvard University Press, 1992.

PEREIRA, Thomaz. Ensino religioso no Supremo: textualismo de ocasião? *Jota*, 28 set. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/ensino-religioso-no-supremo-textualismo-de-ocasio-28092017>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. HC do Lula: Quando os dois lados têm razão. *Jota*, 03 abri. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/hc-do-lula-quando-os-dois-lados-tem-razao-03042018>>. Acesso em: 12 maio 2018.

PRESSBURGER, Thomaz Miguel. Direito, a alternativa. In: *Perspectiva sociológica do direito: dez anos de pesquisa*. Rio de Janeiro: Thex; OAB/RJ; Universidade Estácio de Sá, 1995, p. 21-35.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. *El derecho como arma de liberación en América Latina*. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho. CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/torre.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2018.

RÜTHERS, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, mar. 1988.

_____. *Playing by the rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. New York: Clarendon Press of OUP, 1991.

_____. The Constitution as Text and Rule. *William & Mary Law Review*, v. 29, n. 1, p. 41-51, 1987.

_____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. Novos desafios da filragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica do Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./nov. dez. 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/filragem.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STONE, Martin. Focalizando o direito: o que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e Interpretação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

STRUCHINER, Noel. Algumas "Proposições fulcrais" acerca do Direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. In: Antônio Maia *et al.* (Org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: _____. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Direito GV; Malheiros, 2012. p. 60-84.

SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism Be Defended Empirically?. *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 3, p. 636-670, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WAISMANN, Friedrich. Verifiability. *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes, v. 19, Analysis and Metaphysics, p. 119-150, 1945.

WEINRIB, Ernest. Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law. *Yale Law Journal*, 97, p. 949-1016, 1988.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Fernando. "A Constituição diz o que eu digo que ela diz": Formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 99-143, jul./dez. 2018.

Recebido em: 06.08.2018

Pareceres: 03.09.2018, 08.10.2018, 05.11.2018

Aprovado em: 06.11.2018