



SUPREMO OU SOBERANO?

*Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave*¹

“A Constituição diz o que o Supremo diz que ela diz”², é algo que ouvimos com uma certa frequência nos meios jurídicos (acadêmicos ou jurisdicionais). Será que a Constituição efetivamente diz o que o Supremo diz que ela diz?

Essa afirmação não é criação da doutrina nacional (como muitas coisas em nosso sistema jurídico) e retrata a realidade dos Estados Unidos. A Constituição americana possui menos de 8000 palavras, incluindo as assinaturas e as emendas constitucionais, tendo sido o resultado de um pacto federativo realizado em 1787 por 13 ex-colônias que gozavam, à época, de soberania.

O texto da Constituição americana é bastante sintético e sofreu poucas alterações ao longo dos seus 230 anos de história – foram apenas 27 emendas, sendo que as primeiras datam ainda do final do século XVIII. A própria função da Suprema Corte americana não está totalmente delineada no texto constitucional, de modo que a atuação efetiva da Corte e a habilidade política dos *Chief Justices* que a dirigiram ao longo da história acabaram por definir os limites da atuação judicial nos Estados Unidos.

No Brasil a situação é bem diversa. Nossa primeira Constituição é mais nova que a Constituição americana (data de 1824 o primeiro texto do “Império do Brasil”, independente de Portugal e chefiado pelo herdeiro da coroa portuguesa), tendo sido sucessivamente substituída por seis outras Constituições (1891, 1934, 1937, 1946, 1967/69³ e 1988), sem contar as inúmeras emendas que todas elas sofreram. Só a Constituição vigente, que sequer chegou à terceira década, já foi objeto de 96 emendas de reforma⁴ e 6 emendas de revisão.

Na data de hoje – e em se tratando do Brasil, é importante dizer isso, pois as alterações

1 Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave. Doutora em Direito Constitucional pela UFPE. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Graduada em Direito pela PUC-SP. Professora do Curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN. Estágio pós-doutoral na WestfälischeWilhelms-Universität Münster (WWU). Membro da diretoria do IPPC. Membro da ABDPRO. Membro do IBDP.

2 Versão tupiniquim da famosa frase de Charles Hughes “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.”

3 Ousete, pois a EC n. 1 de 1969, dada a sua extensão e o conteúdo dos dispositivos que alterou, pode ser considerada como uma nova Constituição.

4 Até 31 de agosto de 2017.

constitucionais são constantes – a Constituição brasileira, com menos de 30 anos de idade, conta com mais de 84.000 (oitenta e quatro mil) palavras. Ou seja, não temos falta de texto...

A norma constitucional, entretanto, não se confunde com o texto⁵, sendo certo que a atividade interpretativa extrai a norma jurídica a partir do texto constitucional. Mas isso não significa dizer, de modo algum, que o texto constitucional é irrelevante, ou que não há limites para a interpretação da Constituição. Ou seja, há uma distância enorme entre assumir que a norma jurídica não se confunde com o texto da lei ou da Constituição, e dizer que o texto pode ser relevado na interpretação.

O texto da Constituição funciona como limite aos poderes instituídos⁶, definindo suas competências, o modo de sua atuação e estabelecendo os direitos e garantias que devem ser respeitados. O texto também é um limite para a interpretação da Constituição.

Em outras palavras, o STF não pode, sob o argumento de ser “o guardião da Constituição”⁷, criar normas desconectadas com o texto escrito da Constituição. A necessária observância das normas da Constituição é fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo fundamental para a manutenção de um Estado Constitucional.

Há determinados artigos da Constituição que permitem uma certa maleabilidade interpretativa (como o conteúdo do devido processo legal, da igualdade), mas há outros que não permitem qualquer tipo de flexibilidade – como as regras de competência.

Descumprir regras expressas da Constituição, argumentando que se trata de “mutação constitucional”⁸, somente colabora para uma discricionariedade judicial sem limites (se o limite não está na Constituição, estará onde?).

A relação entre “direito e moral” e “direito e sociedade” deve ser muito bem estabelecida para que não corramos o risco de estabelecer padrões morais ou sociológicos nos julgamentos jurídicos. É claro que a adequação social das normas jurídicas é uma necessidade⁹, mas atribuir, sem comando constitucional expresso, essa “competência de adequação” ao judiciário, sem limites, permitindo-se a inovação, é minimamente temeroso.

O direito constitucional, com afirma Zagrebelsky¹⁰, não pode contentar-se em ser um subproduto da história e da política, propondo soluções voltadas ao passado; ao contrário, deve voltar-se ao futuro, convertendo-se em força autonomamente constitutiva tanto da história quanto da política.

5 “A norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes encontram-se apenas formas primárias, os textos normativos. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial. (...) A “norma jurídica” torna-se, dessa forma, um conceito complexo, composto do âmbito normativo e do programa normativo (isto é, do resultado da interpretação de todos os dados linguísticos.)” (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**, 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.135)

6 Não é demais lembrar que o STF, assim como todos os poderes instituídos são criações do Poder Constituinte Originário, ou seja, são “criaturas” e não “criadores”.

7 Art. 102, CF. É de se observar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também o são (art. 23, I, CF).

8 Exemplos recentes não faltam. Para citar um caso em que o desrespeito ao texto se mostrou grotesco, veja-se a “interpretação” dada ao art. 52, X na decisão liminar proferida pelo Ministro Gilmar Mendes na Rcl 4335-AC, em que afirmou haver uma “mutação constitucional” no referido artigo, o que alteraria a competência atribuída pelo Constituinte originário ao Senado, para o STF.

9 Já dizia Geoges Ripert que quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga e ignora o direito.

10 ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**, trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trota, 2011, p. 27-28

Surge, então, um novo pensamento no campo jurídico, por meio do qual se atribui força maior às normas constitucionais, capaz não apenas de fazer prevalecer no ordenamento jurídico somente as normas que estejam em conformidade formal e material com o seu conteúdo, mas também com força suficiente para conformar a sociedade em que estão inseridas tais normas: é a chamada “força normativa da Constituição”¹¹.

Afirmar que a Constituição possui força normativa significa dizer que a Constituição tem o poder de conformar a sociedade, possuindo as normas constitucionais um *status* diferenciado das demais normas do ordenamento jurídico. Essa percepção tornou premente a modificação de diversos institutos e instrumentos jurídicos, como a expansão da jurisdição constitucional, e a instituição de novos instrumentos de controle de constitucionalidade.

O poder político ilimitado, que não possui controle, pode perverter-se numa grande máquina corruptora, como ocorreu na Alemanha com o nazismo, na Itália com o fascismo e na Rússia com o stalinismo¹². Acreditar que transferir esse poder ilimitado ao judiciário não terá as mesmas consequências perversas é, minimante, ingênuo.

Percebe-se, assim, que a observação da norma constitucional é elemento nuclear para que haja coerência e integridade no sistema jurídico, haja vista tornar menor o espaço de discricionariedade judicial. A Constituição é o limite para a atuação do Estado, e o texto da Constituição, embora não se confunda com a norma que dele se extrai, é um limitador à atividade hermenêutica.

Para se compreender essa relação, a metáfora com as cores é bastante esclarecedora dos limites e certezas hermenêuticas. Quando se fala sobre a cor salmão (um misto de laranja com rosa, às vezes mais claro, às vezes mais escuro), há uma certa margem de discussão sobre qual seria exatamente essa cor.

Dependendo da incidência da luz (que também pode ser mais amarelada, ou esbranquiçada), e das pré-concepções de quem vê, o salmão pode se parecer mais com o laranja. Em sendo diversas as circunstâncias, o salmão pode ficar mais próximo do vermelho, do rosa, ou até mesmo do bege. Mas ele jamais será preto, azul ou verde.

Ou seja, na interpretação há zonas cinzentas, em que a configuração da norma dependerá efetivamente das circunstâncias concretas¹³. Há zonas de certeza negativa. Assim como, há zonas de certeza positiva. Nestas zonas, qualquer confronto significa arbítrio.

A competência legislativa – inovação do direito – foi conferida pelo constituinte originário ao órgão legislativo. Ao judiciário foi atribuída a competência precípua de julgar causas, de modo que é defeso a qualquer órgão do judiciário extrapolar os limites impostos pelo texto

11 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15-16

12 O autor, quando se refere a uma das leis do Reich alemão (que permitia a condenação de um homem à pena de morte se fosse denunciado pelo “crime” de criticar Hitler), afirma que “a corrupção das mentes é obtida através da desinformação maciça e da proibição de toda crítica”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. Trad. Fernando Sá. Porto Alegre. Revista do TRF – 4ª. Região, ano 12, n. 40, p. 15-49, 2001, p. 18-19).

13 A alteração do sentido da norma em decorrência de alterações subjetivas, objetivas, circunstanciais e temporais.

da Constituição e das leis com ela compatíveis.¹⁴

O sistema jurídico é um complexo de normas, hierarquicamente organizadas a partir da Constituição. Esse fato torna o Estado Democrático de Direito possível, pois que pautado em um ponto de confluência, resultado das escolhas políticas e sociais de um povo, num determinado território, exercendo sua soberania em sua expressão máxima: o Poder Constituinte Originário.

Assim, resta patente que, em um verdadeiro Estado Democrático de Direito não existe ampla liberdade ao Estado-julgador. Ao contrário, deverá ele estar estritamente vinculado aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, já que a atuação estatal, limitadora que é das liberdades individuais, deverá se pautar nas normas estabelecidas pela sociedade para o seu regular funcionamento (ordenamento jurídico, todo ele com fundamento de validade retirado, em última instância, da Constituição Federal).

O Estado-juiz, assim, não tem liberdade irrestrita para “reescrever” o texto na atividade interpretativa. O texto não é suficiente, mas também não pode ser ignorado. Quando a Constituição diz o que ela é, não cabe ao Supremo desdizê-la. O Supremo é supremo, e não soberano.

A Constituição diz o que ela diz, e não o que o STF diz que ela diz.

¹⁴ O controle de constitucionalidade, através de suas diversas técnicas, é a única maneira constitucionalmente aceitável de se permitir ao Estado-juiz deixar de aplicar uma lei.