RONIVON DE ARAGÃO

ENTRE SILÊNCIOS ELOQUENTES E LACUNAS:

A INCOMPLETUDE DA NORMA JURÍDICA

Biblioteca de Referência em Políticas Públicas

CEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Central do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Aragão, Ronivon de.

Entre silêncios eloquentes e lacunas: a incompletude da norma jurídica / Ronivon de Aragão. – Brasília, 2020.

104 f.

ISBN: 978-85-7267-084-5

Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Centro Universitário de Brasília--Uniceub. Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior.

1. Incompletude da norma jurídica. 2. Omissões. 3. Silêncio eloquente. 4. Lacunas. 5. Limites da interpretação.

Orientador: José Levi Mello do Amaral Júnior

Lista de abreviaturas e siglas

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR-AP	Agravo Regimental na Ação Penal
CF/1988	Constituição Federal de 1988
HC	*Habeas Corpus*
MS	Mandado de Segurança
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
FEBEM	Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor
ILANUD	Instituto Latino americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente
IIN	Instituto Interamericano da Criança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PL	Projeto de lei
PLS	Projeto de lei do Senado Federal
RENADE	Rede Nacional de Defesa do Adolescente em Conflito com a Lei
SINASE	Sistema Nacional Socioeducativo
SG	Sistema de Garantias
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
SG	Fundo das Nações Unidas para a Infância
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
UNODC	Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime

Sumário

INTRODUÇÃO **5**

1 A IDEOLOGIA DA COMPLETUDE DA "NORMAÇÃO" JURÍDICA. O ESPAÇO DO SILÊNCIO **17**

1.1 A completude da norma jurídica como ideologia e como raciocínio utópico 18

1.2 A lacuna, a omissão e a regulação normativa deficiente como conceitos e experiências 23

1.3 A atuação consciente do legislador como limite ao intérprete e as lacunas como silenciamentos e ausência de oitiva: o papel dos diálogos 27

2 A INCOMPLETUDE DA "NORMAÇÃO" JURÍDICA COMO CONSEQUÊNCIA DA AMPLIAÇÃO DO AUDITÓRIO NA FORMULAÇÃO DAS NORMAS: O PAPEL DAS "OPINIÕES PÚBLICAS" **38**

2.1 Razão de estado como espaço integral da política em contraponto à razão pública: as opiniões consideradas para a submissão do direito à centralidade da decisão política ou a um interesse público 39

2.2 As esferas necessárias das "opiniões públicas" e o seu impacto na jurisdição constitucional e na identificação e suprimento de lacunas 47

2.3 Identificação da razão pública com os direitos fundamentais: jurisdição constitucional e os limites de "escuta" de uma opinião pública 57

3 O SILÊNCIO DA NORMA COMO A DETERMINAÇÃO DO SER JURÍDICO: A FRONTEIRA DO DIREITO **67**

3.1 O silêncio normativo como espaço necessário à determinação da pauta da norma jurídica: a lacuna como a ocorrência de um silêncio sobre um relevante fato agora apto à normatividade ... 67

3.2 O silêncio eloquente como método de hermenêutica e sua importância relativa para a autocontenção do poder judiciário 74

3.3 Os limites hermenêuticos do método da regulação normativa deficiente para suprimento de lacunas parciais 81

CONCLUSÕES **92**

REFERÊNCIAS **97**

Introdução

O problema da lacuna no direito é o próprio dilema quanto à forma da sua identificação. Se se trata da luz posta pelo intérprete sobre a norma ou se, ao contrário, revela a insistência do fato em ser regulado pelo ordenamento jurídico. Para aqueles que se debruçam na investigação da atuação dos juízes e que cobram do judiciário um arrefecimento na postura ativista, a lacuna é tida como um produto criativo das mentes togadas, insatisfeitas com os limites postos pelo legislador. Ao revés, para tantos quantos atribuem à inércia do legislador em bem regular os fatos que se lhe apresentam no mundo da vida, o judiciário nada mais faz do que superar tais assimetrias geradas pelas omissões no ato de legislar.

Não é de todo coincidência que nessa questão relevante da ciência jurídica esteja posto um problema de magnitude filosófica, o qual diz respeito à dicotomia entre sujeito e objeto. Decerto que, de igual forma como essa querela filosófica que data do período pré-socrático resta ainda insolúvel, não é pretexto deste trabalho resolver esse dilema no âmbito do direito.

A pretensão aqui é modesta, pois sustenta, inicialmente, que a completude da norma jurídica – ou do ordenamento jurídico – é, além de ideológica, uma representação utópica. E que a incompletude decorre, em larga medida, de processos de silenciamento ou de ausência de oitivas no decorrer do processo legislativo. Demais disso, identifica na ampliação dos "auditórios" da opinião pública – ou das "opiniões públicas" – a aceleração desse processo de reclamação quanto às alegadas omissões, lacunas e regulações normativas deficientes que são levadas ao judiciário com o argumento de que, naquele caso, existe um dever de legislar.

O trabalho traz exemplos que problematizam os limites e métodos pelos quais o Supremo Tribunal Federal (STF) identifica e se utiliza das lacunas e/ou omissões para assegurar sua atuação jurisdicional. Não deixa, contudo, de pontuar como centro da discussão o fato de ser o silêncio – visto na sua acepção de lacuna ou de omissão – o elemento que dá centralidade ao ser do direito, por considerar que, se tudo for jurídico, nada o será.

Tais aspectos não deixam de ter intrínseca interlocução com todo o debate sobreo denominado ativismo judicial, nada obstante não seja esse o ponto central deste trabalho. Mas, a relevância deste tema sobressai na ordem do dia, quando os juristas de plantão – inclusive e especialmente os jornalistas-juristas – ficam de espreita à porta

dos tribunais, a fim de revelar o resultado das deliberações das cortes a uma sociedade inquieta. No Brasil, essa ansiedade em relação ao trabalho dos tribunais se traduz de forma muito mais acentuada na busca pela atuação do STF.

Não é exagero dizer que uma constituição é, em grande parte, o resultado das decisões da corte constitucional. No Brasil, embora não haja uma corte constitucional, com esta denominação e na forma como conhecida na Europa continental, o STF exerce esse mister, mesmo que de maneira não exclusiva, conforme se deduz do art. 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988). Cabe, pois, ao STF a guarda precípua da constituição e, nessa função tão relevante, há de enfrentar os graves problemas de aplicação da norma constitucional.

Frise-se que uma atitude de autocontenção no exame da constitucionalidade das leis, como corolário da postura de legislador negativo, pode ser verificada na atuação do STF até a CF/1988 e, mesmo no período pós-1988, até o final da década de 1990. Nesse período, a jurisprudência do STF se revelava como ponto alto da preservação dos limites da interpretação textual, com caráter marcadamente de legislador negativo. Com isso, o elemento principal da sua hermenêutica era a interpretação gramatical e, quando muito, teleológica da norma, como expressão máxima do governo das leis, tendo como fundamento principal o assecuramento da segurança jurídica.

Com efeito, o pressuposto primário para o reconhecimento da ocorrência de uma lacuna no ordenamento jurídico decorre de uma concepção de que há um dever de legislar. Tal dever de legislar advém, seja quando a lacuna é verificada pela ausência de normatização de determinada conduta ou fato, ou, com maior razão, quando a lacuna é observada em decorrência da ausência de cumprimento de uma determinação constitucional.

Nesse âmbito, pode-se falar em um dever geral e em um dever específico de legislar. O primeiro – dever geral de legislar – se enquadra "predominantemente no campo político-constitucional, enquanto os deveres específicos de legislar se situam já no campo jurídico-constitucional"[1].

Diante dessa diferenciação feita pela doutrina portuguesa de Jorge Pereira da Silva, "ao operador judiciário cabe a tarefa de se munir dos mecanismos que lhe permitam verificar quando há um dever geral de legislar a que o legislador se encontra adstrito e quanto é que este tem de observar um dever específico"[2].

---

[1] Nesse sentido é o magistério de: SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003, pp. 22-23.

[2] ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: a

Na compreensão de que existe um dever geral de legislar se encontra embutido o próprio conceito de incompletude do ordenamento jurídico, desde quando se pressupõe que o legislador pode ter, de forma consciente ou inconsciente, deixado de regular determinados fatos.

Não se pode falar, contudo, em um dever de legislar e em lacunas jurídicas, sem que se retome a questão da plenitude ou da incompletude do ordenamento jurídico. E tais pontos têm a abrangência que se dá ao fenômeno jurídico, ou seja, se o direito deve incidir sobre toda a realidade. Da concepção de plenitude – ou completude – da ordem jurídica deriva a ideia de que o ordenamento jurídico não seria lacunoso e que a norma descreveria todas as ações do mundo da vida. Dessa forma, pleno seria o ordenamento jurídico que contivesse todas as normas necessárias para aplicação aos casos concretos que se apresentam para apreciação do denominado operador do direito[3].

Há quem afirme que a completude do ordenamento jurídico não passa de um mito, porque o contrário seria admitir que sempre existirá uma norma pronta para que ao seu comando seja subsumido determinado fato ocorrido no mundo da vida. A completude, além de mito, deve ser tida como uma ideologia, que resulta, por sua vez, em uma aspiração utópica. E a lacuna é a demonstração da essência do direito, naquilo em que este se diferencia de outras modalidades de normatização.

No primeiro capítulo, identifica a pretensão de completude da norma jurídica com uma ideologia, a qual resulta também em uma acepção utópica. Para isso, este trabalho retroage à obra "Utopia" de Thomas More[4] para visualizar, a título de exemplificação, todo um argumento utópico no sentido de que a norma conteria as respostas para as situações fáticas postas pelo mundo da vida. A seguir, perpassa os conceitos de lacuna e da denominada regulação normativa deficiente, descrevendo o seu tratamento pela doutrina.

Não deixa, por conseguinte, de evidenciar no chamado "silêncio eloquente" uma tentativa de o judiciário identificar o que se poderia falar em uma atuação consciente do legislador, pelo que tal silêncio eloquente representa um argumento que traça limite à atuação do intérprete. No último tópico desse primeiro capítulo discorre sobre a correspondência que existe entre os silêncios e as lacunas e os espaços de silenciamentos e de ausência de oitiva, em especial derivados da autuação das casas legislativas.

---

inércia do legislador e suas consequências. Curitiba: Juruá, 2011, p. 107.

[3] O conceito de operador do direito é no sentido de abranger o jurista (administrador ou julgador) que demanda a aplicação de uma determinada norma ao caso concreto em apreciação na sua esfera de poder decisório.

[4] MORE, Thomas. **Utopia**. 2. ed. São Paulo: Martins Claret, 2000.

No segundo capítulo, a discussão perpassa a consideração atual de que a incompletude da norma jurídica e a sensação de existência de lacunas no ordenamento jurídico resultam cada vez mais da acentuada ampliação dos auditórios jurídicos. E isso decorre, em larga medida, de processos de silenciamento ou de ausência de oitivas que são levados a efeito no âmbito das casas legislativas, findando por desaguar tais demandas na esfera do poder jurisdicional.

E as cortes constitucionais, nessa quadra histórica, não mais se contentam em legitimar suas decisões tendo por base as manifestações – restritas – de grupos de juristas ou com fundamentação apenas no pensamento da dita "doutrina" jurídica. As cortes tentam alcançar espectros de opiniões públicas ou publicadas de setores variados da sociedade, no que acarreta discussão sobre o impacto que tal procedimento tem para a identificação e superação de lacunas normativas. É dizer, o convencimento e a legitimação buscados não mais se restringem ao que a "doutrina dominante" preleciona sobre aquela determinada questão e nem ao que pensam grupos restritos de pensadores do direito.

Esse conceito de auditório, buscado na obra de Chäim Perelman[5], não consiste apenas no auditório passivo a quem meramente se destina o comando oriundo da decisão judicial. Tem-se aqui em consideração a ampliação do número daqueles que intervêm no processo decisório, externando suas razões perante as cortes. E sem descurar do risco a que está submetido o decisor, ao enfrentar uma questão cujos interessados se reportam a um auditório heterogêneo e, não raro, com pretensões conflitantes, a exigir discursos jurídicos que se amoldem às sutilezas próprias dessa heterogeneidade argumentativa.

Com isso, pretende-se identificar o processo acentuado de identificação das tais lacunas, sejam as totais, sejam as ditas parciais – estas últimas quando o legislador teria deixado de regular suficientemente a questão fática objeto da norma jurídica – a uma ampliação dos auditórios que passam a intervir, interagir e influenciar a corte em seus julgamentos. A problemática do dito ativismo judicial da corte deve ser tida dentro desse espectro de significação das questões jurídicas trazidas aos tribunais.

Por certo que a discussão sobre o denominado ativismo judicial no STF, mais especificamente no que concerne à dita interpretação criativa dos seus juízes, nem sempre faz as indagações corretas: era necessária a intervenção da corte constitucional naquela matéria e, ainda que o fosse, existia espaço normativo para assim proceder?

---

[5] PERELMAN, Chäim. **Tratado da argumentação**: a nova retórica ; [prefácio de Fábio Ulhôa Coelho ; tradução Maria Ermantina Galvão]. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

No âmbito dessas duas perguntas reside uma preocupação central, a qual redunda em outro ponto de interrogação: o propalado intervencionismo do judiciário, em especial do STF, nas escolhas feitas pelo legislador decorre de efetiva omissão ou é mera substituição de um parâmetro valorativo estabelecido na norma por outro eleito pelo julgador?

Mas, se é certo que essas preocupações já integram grande parte de trabalhos jurídicos no âmbito da doutrina constitucional[6], não se pode dizer que haja uma consolidação teórica na identificação dos parâmetros e limites desse intervencionismo. Mais do que isso: não se tem uma preocupação de sistematização sobre a forma como se dá essa intervenção, quais são os parâmetros utilizados e se existem limites na atuação daquela Corte para superar o critério legal previamente estabelecido pelo legislador.

Como visto, este trabalho diz com tema mais ainda específico, dentro do contexto das omissões legislativas, pois se refere à denominada omissão parcial, quando, embora tenha o legislativo desenvolvido sua tarefa, no aspecto formal, o STF considera a existência de uma lacuna no tratamento da matéria. Não há interesse aqui em tratar das denominadas omissões absolutas ou totais, isto é, quando o dever de legislar decorre de norma expressa da constituição e o legislador quedou-se inerte em finalizar o processo de produção da norma. É que em relação a tais omissões, além de facilmente identificáveis, já não mais ocorre grande dissenso quanto à utilização do mandado de injunção ou da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O objetivo central, aqui, é observar o comportamento judicial no exame das omissões parciais, cuja dificuldade na identificação e no tratamento jurídico se revela acentuado, porque tal análise guarda correspondência com um suposto cumprimento pouco efetivo do dever específico de legislar.

Desse problema permite-se inferir duas considerações; a primeira, que se trata de uma lacuna material ou, como alguns denominam, de uma lacuna axiológica; a segunda, que, sendo a omissão – ou lacuna material – decorrente de um *déficit* valorativo, supostamente não efetivado pelo legislador, se o preenchimento desse espaço pelo judiciário não acarretaria a mera substituição do critério legal por aquele que será estabelecido pelo magistrado.

A atividade judicial, na perspectiva de uma interpretação dita criativa, se, de um lado, corresponde a um dado da realidade, do tempo presente[7], revela uma preocupação

---

[6] Sobre o tema, especialmente no âmbito do STF, consultar: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. São Paulo: Forense, 2014.

[7] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. São Paulo: Forense,

quando a matéria tenha sido regulada formalmente pelo legislativo, dentro da sua específica atribuição constitucional. Essa preocupação se reporta aos limites e legitimidade da atuação do judiciário, à efetivação do princípio da separação dos poderes e, até mesmo, ao princípio da segurança jurídica, base de todo o ordenamento jurídico.

A partir deste contexto, este trabalho intenta demonstrar quando o judiciário, em especial o STF, mesmo inexistente uma lacuna formal na legislação, sob o fundamento de uma regulação normativa deficiente da matéria – no seu aspecto material, como típica lacuna axiológica –, atua superando o critério legal estabelecido.

Daí se tem uma discussão quanto à existência de parâmetros para demonstrar a ocorrência de uma lacuna legislativa inconstitucional, diferenciando lacuna formal de lacuna material, e quanto à existência de limites ao STF no trabalho de interpretação e aplicação, diante da denominada omissão normativa parcial inconstitucional.

Nesse particular, faz-se uma contraposição entre a tarefa de identificação de tais lacunas parciais e a ocorrência do denominado silêncio eloquente, o qual ocorre quando se considera ter o legislador esgotado a matéria e que o silêncio quanto a determinado aspecto apenas demonstra que a regulação se deu naquele respectivo limite.

Não se nega que as cortes constitucionais assumiram, de há muito, a função social de protagonistas na definição do alcance dos direitos fundamentais. Como consequência, tem-se, especialmente no ocidente, o avanço da justiça constitucional sobre as "garantias primárias positivas"[8], supostamente omitidas pelo legislativo e executivo, a quem incumbiria a sua efetivação, por decorrência da norma constitucional e do princípio do estado democrático de direito. Assim, como resultado desse *déficit*, o judiciário é convocado para mediar conflitos que, muitas vezes, não são dissensos jurídicos, mas querelas políticas, travestidas de questões jurídicas.

De fato, a polêmica havida entre Hans Kelsen e Carl Schmitt[9] sobre quem deveria ser o guardião da constituição restou superada no tempo. A formulação de Hans Kelsen, no sentido de que uma corte constitucional era o órgão adequado, foi consagrada

---

2014.

[8] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 203.

[9] Para um estudo contextualizado sobre essa polêmica, ver: SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

em praticamente todos os países em que se reconheça a norma constitucional como soberana e não a vontade pessoalizada de um mandatário[10].

Porém, não se deve esquecer que tal polêmica tinha como substrato o fato de que a interpretação constitucional se refere a uma atividade política. Nesse aspecto, não se pode afirmar que os problemas levantados por Carl Schmitt estejam completamente superados. Pode-se afirmar que a sua solução assim o esteja. Mas, a discussão acerca dos limites de atuação da corte constitucional, ao contrário, encontra-se na ordem do dia.

Deve-se dizer, é bem verdade, que as suas decisões não são decisões políticas, no sentido em que é tomado de empréstimo da atuação do legislativo. Um tribunal constitucional decide com base em normas postas, dentro de parâmetros delimitados, bem como através de um procedimento jurisdicionalizado, com todas as consequências que advêm dessa natureza especial[11].

Ocorre, porém, que, diferentemente dos tribunais ordinários, uma corte constitucional não decide com fundamento em normas fechadas, analíticas e bem definidas. A constituição, objeto de seu trabalho, mesmo quando por demais analítica, é necessariamente permeada de normas abertas, verdadeiros 'standards'. No dizer de Carlos Ayres Britto, sendo a constituição "recamada de princípios que são valores dignificantes de todo o Direito, é que ela passou a ocupar a centralidade do Ordenamento Jurídico, tanto quanto os princípios passaram a ocupar a centralidade da Constituição"[12].

A interpretação constitucional, pois, constitui tarefa específica, a demandar métodos e técnicas próprias, apesar de não desconsiderar os critérios tradicionais. É que, ante a especificidade da norma constitucional, os métodos hermenêuticos do positivismo legal não abrangem todos os caracteres e aspectos daquela[13].

Não se há, então, de afastar a polêmica: interpretação *versus* construção; ao contrário, deve-se perquirir o alcance e a dimensão do que já se convencionou afirmar-se o poder normativo do STF. Para Luís Roberto Barroso, "a interpretação exige, ainda, a especificação de um outro conceito relevante, que é o de construção"[14].

---

10 Op. cit., loc. cit.

11 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6. Para Dworkin, tal questionamento – que resultaria no caráter político das decisões judiciais – se resolve em que "os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político"

12 BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 181.

13 COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 113-117.

14 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição***:* fundamentos de uma dogmática

Aliás, muito antes de se ter a onda que resultou na "maré do constitucionalismo ou do neoconstitucionalismo", em que o intérprete passa a considerar antes de tudo – e não somente acima de tudo – a norma constitucional, ainda que seja essa norma vaga e ambígua, o próprio Emílio Betti já assentava o que ele chamava de "construção dogmática"[15]. E já situava essa "construção dogmática" como sendo um contributo "não com esquemas vazios e rígidos, inadequados à realidade sociológica e refratários à dinâmica da histórica do direito, mas sim iluminando na sua íntima coerência lógica as avaliações que determinam e justificam as soluções legislativas dos problemas"[16].

Assim, não se coloca em dúvida a tarefa cometida às cortes constitucionais, no seu labor interpretativo. Mas, a consideração que se impõe decorre daquilo a que Herbert Hart denomina de "discricionariedade do marcador"[17]. E não se olvida o risco por ele bem alertado de que, a depender das constantes ingerências, "há-de chegar um ponto em que, ou os jogadores não aceitam já as determinações aberrantes do marcador ou, se o fazem, o jogo vem a alterar-se"[18].

Da mesma forma, não se desconhece que a vaguidade ou mesmo a redação lacunosa das regras legais autorizam a intervenção do juiz. Aliás, o próprio Hart não desconsidera que "as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas"[19].

O problema suscitado neste trabalho é se em todas as intervenções feitas pelo judiciário, em especial pelo STF, a pretexto de existir uma lacuna legislativa – seja esta denominada de lacuna axiológica, regulação normativa deficiente ou omissão parcial –, efetivamente existe um "defeito total ou parcial" na atuação do legislador. E, para acentuar a problemática, se tais ingerências não decorrem de uma "discricionariedade do marcador", na acepção acima já exposta da obra de Hart.

O terceiro e último capítulo tem por finalidade a defesa da tese de que o silêncio normativo se traduz em um espaço necessário à determinação da pauta da norma

---

constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 97.

15 BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução Karina Jannini. – São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 22.

16 Op. cit., p. 22.

17 HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 158. Diz o autor: "É, claro, possível, que, atrás do escudo das regras que tornam as decisões judiciais definitivas e dotadas de autoridade, os juízes pudessem entre si combinar rejeitar as regras existentes e deixar mesmo de considerar as mais claras Leis do Parlamento como impondo quaisquer limites às suas decisões. Se a maioria das suas determinações se revestisse desse carácter e fosse aceite, isto equivaleria a uma transformação do sistema, análoga à conversão do jogo de críquete num jogo de 'discricionariedade do marcador" (p. 159).

18 Op. cit., p. 158.

19 Op. cit,, p. 17.

jurídica. É dizer, sem o silêncio normativo, o direito normatizaria todos os aspectos da vida em sociedade e, assim, ao se imiscuir em todos os planos sociais, o fenômeno jurídico, de tão totalizante, deixaria de ter a essência do "ser jurídico".

Assim, o tema central é o de que a lacuna ou a omissão é o elemento determinante para delimitação do ser do direito, verdadeira fronteira do espaço entre o jurídico e o não-jurídico, a qual, se turvada, atrapalha os planos da ordem jurídica de ser efetiva. No mais, traça a perspectiva de que a lacuna deve ser vista como a suscitação da ocorrência de um silêncio sobre um relevante fato jurídico agora apto à normatividade. Contudo, ao invés de ser tida como um processo de enfraquecimento da norma jurídica, isso só realçaria a importância que tem o direito para regular os diversos aspectos da vida em comunidade; mas, não para servir de instrumento apto a regular todos os espaços dessa vida comum.

Por fim, questiona os limites hermenêuticos do silêncio eloquente para a autocontenção do poder judiciário e do método da regulação normativa deficiente para suprimento de lacunas parciais.

Com efeito, deve-se ter em conta que os métodos de integração da ordem jurídica não podem ser considerados, *per se*, quando em jogo se encontram supostas lacunas inconstitucionais. Em larga medida, o que exige plena consideração da comunidade jurídica, no atual estágio da jurisdição constitucional, é sistematizar nesse particular, ao menos do ponto de vista teórico, os limites de atuação do judiciário e, em particular, do STF.

Muito embora não seja a preocupação central deste trabalho, não se olvida a problemática decorrente da legitimidade democrática para a atuação das cortes na superação de omissões constitucionais, porque se trata de temas intrinsecamente ligados[20]. E, seguindo o pensamento de Cláudio Pereira de Souza Neto, a atuação judicial não pode ir além do controle das "abstenções" do legislador, porque a "realização de um projeto social abrangente, exorbita de sua legitimação democrática e viola as bases da cooperação social em contextos de diversidade e pluralismo"[21].

O raciocínio do autor nessa obra citada se refere às omissões objeto de mandado de injunção – o que não é a preocupação específica deste trabalho –, mas a premissa é válida, com maior razão, para as ditas omissões parciais conceituadas acima. Nesse

[20] NETO SOUZA, Cláudio Pereira. A legitimação democrática do controle de constitucionalidade das omissões legislativas: notas acerca do instituto do mandado de injunção. *In*: ARRUDA, Paula (coord.). **Os atuais desafios da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 199-216.

[21] Op. cit., p. 212.

sentido, ao contrário do que se poderia supor, o tema das omissões parciais ganha maior importância no cenário jurídico. É que, com o passar dos anos, os casos de omissões totais diminuem, com a constante regulamentação das normas constitucionais pelo legislador ordinário, passando a ter relevância a eventual deficiência ou incompletude dessas normas regulamentadoras[22].

Demais disso, não se revela como preocupação deste texto a verificação da responsabilidade civil estatal pela infringência ao dever de legislar, apesar de se tratar de assunto da mais alta relevância[23].

Como visto, o tema a ser tratado neste trabalho circunscreve-se às omissões parciais, não se interessando pelo estudo das omissões totais ou absolutas, as quais podem ser supridas através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou pelo mandado de injunção[24]. Nesse contexto e por se tratar de igual premissa – ausência total de regulação pelo legislativo –, este trabalho não se insere na pesquisa sobre os silêncios normativos totais e sua superação no âmbito dos processos integrativos regionais e transnacionais[25].

De igual sorte, também não é preocupação deste trabalho fixar-se na questão das lacunas legais que são superadas pelo trabalho cotidiano da jurisdição ordinária, quando se faz o confronto entre a norma positivada e o caso concreto posto para análise do juiz. É que, nessa esfera, já existe um amplo consenso legislativo e jurisprudencial decorrente do princípio positivado do *non liquet* de que ao juiz não é dado deixar de prestar a jurisdição sob o fundamento da inexistência de uma norma para regular o caso em apreciação.

---

[22] Relativiza-se, assim, a assertiva de que "a existência de omissões parciais parece não trazer ao direito grandes problemas, já que sua solução não necessita senão de juízes" feita por Carlos Frederico Marés de Souza Filho em artigo pioneiro sobre o tema, quando, compreensivelmente, somente avultavam de importância as omissões que decorriam de ausência absoluta de regulamentação: *In* SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito constitucional e as lacunas da lei. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, ano 34, n. 133, jan./mar. 1997, p. 12.

[23] Sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, diante da omissão legislativa, ver: PRADO, Tônia Aparecida Tostes do. A responsabilidade civil do estado por omissão legislativa. *In*: FARIA, Edimur Ferreira de (coord.). **Responsabilidade civil do estado no ordenamento jurídico e na jurisprudência atuais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, pp. 233-256.

[24] Nesse particular, existe uma doutrina jurídica consolidada no Brasil, além de que a atuação do STF na definição do alcance de tais institutos jurídicos já superou incongruências verificadas quando da promulgação do texto constitucional em outubro de 1988 e na primeira década de sua vigência.

[25] Sobre esse tema específico, cito duas obras importantes sobre a superação de omissões legislativas, no contexto da integração da União Europeia e do Mercosul, respectivamente: ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências**. Curitiba: Juruá, 2011; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **O silêncio eloquente**: omissão do legislador e responsabilidade do Estado na Comunidade Europeia e no Mercosul. – (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008.

Nada obstante, a identificação na jurisprudência do STF de tais omissões parciais será feita considerando alguns julgados específicos proferidos em sede de controle concentrado e objetivo, bem como no controle difuso de constitucionalidade. Portanto, a preocupação central deste texto se reporta às lacunas que são identificadas no trabalho da corte constitucional, quando intervém para revelar a ocorrência de uma omissão legislativa parcial, perfazendo o confronto entre o texto legal e o objetivo querido pela norma constitucional.

A problemática consiste em extrair da jurisprudência do STF a ocorrência de uma metodologia consistente na utilização do tema da regulação normativa deficiente para superar o marco legal eleito pelo legislador, mesmo que isso ocorra pela via de instrumentos ou denominações diferenciadas.

A relevância de se perquirir essa metodologia diz respeito ao fato de que "mais do que detectar que a omissão inconstitucional está inserida no poder conferido a todo e qualquer juiz de controlar a constitucionalidade, é importante perceber que este poder vem sendo exercido de forma escamoteada e que, bem por isso, não existe qualquer metodologia para tanto e, muito menos, modo de controle do raciocínio judicial"[26]. É que, se o magistrado, "sem dizer nem muito menos justificar, supre a ausência de lei, ele assume um poder que, ainda que possa ser dele, é exercido de modo completamente arbitrário e destituído de legitimação, a reclamar atenção da academia e dos tribunais"[27].

Note-se, nesse âmbito, a necessidade de demarcação dos limites entre as lacunas totais e as lacunas parciais, o que resulta em consequências inteiramente diferentes para a conclusão quanto à ocorrência, ou não, de uma efetiva omissão legislativa. E, dentro desse contexto, se situa a identificação do denominado silêncio eloquente como limite à identificação da lacuna parcial.

O tema das lacunas parciais é pouco explorado pela doutrina brasileira, a qual pende para o exame das omissões totais – quando o legislador permanece totalmente inerte no cumprimento da ordem constitucional para normatizar a questão –, enfocando especialmente os instrumentos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

Dessa forma, os estudiosos do tema não se atentam que a questão das omissões parciais merece ainda um tratamento teórico, o que pode resultar em nova percepção de sua

[26] MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. *In*: **Revista de processo**, ano 38, vol. 226, dez./2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 14.
[27] Op. cit., loc. cit.

natureza jurídica. Com isso, será possível demonstrar que há consequências diferentes sobre a identificação de uma real lacuna legislativa e na própria responsabilização do legislador pela omissão.

O tratamento dado pelo STF na identificação das lacunas parciais, mesmo que utilizando nomenclaturas jurídicas diversas, revela-se uma justificativa para superar o marco legal. As denominações e os instrumentos diversos encampados pelo STF não alteram a essência de se tratar de uma metodologia que se reporta a uma alegada regulação normativa deficiente pelo legislador.

Assim, o percurso traçado por este texto parte do reconhecimento de que o fenômeno da normatividade jurídica é incompleto, por sua natureza intrínseca; intenta demonstrar que as lacunas e omissões, em larga medida, são derivadas de um contexto legislativo de silenciamentos ou ausências de oitivas no processo de sedimentação da norma legislativa nas casas congressuais; mas não se contenta em admitir que, por isso, deva o judiciário assimilar um processo acrítico de substituição ao legislador. E, nesse contexto, o tema dos diálogos constitucionais assume especial relevo, não podendo o judiciário assumir postura apenas reativa, desconsiderando, inclusive, a atuação consciente do legislador.

E, nessa crítica, o texto suscita a dificuldade de o judiciário poder construir soluções de oitivas dos "auditórios" tidos como interditados ou silenciados durante o processo legislativo, além de não desconsiderar que, em grande parte, as normas tidas como lacunosas e omissas apenas trazem um padrão de valoração legitimamente dado pelo legislativo. E mais: a tese do trabalho é, ao contrário, para evidenciar no silêncio – seja esse tido como lacuna, omissão ou uma regulação normativa deficiente – uma portentosa demonstração da força do direito, cuja significação para a vida em comunidade é buscada pela evidência de uma alegada insatisfatoriedade da regulação em vigor naquele momento histórico[28]. Ou seja, dizer que a norma jurídica contém lacunas e omissões não é desconsiderar o ordenamento jurídico como ponto alto da organização da sociedade, mas, ao revés, é demonstrar a sua importância vital para o bom funcionamento do organismo social. Não assim o fosse, nenhum auditório reclamaria da ocorrência de omissões e de lacunas e nem viria suplicar dos entes legitimados a superação de tais silêncios.

---

[28] Para o conceito de insatisfatoriedade, ver: ALMEIDA, Júlio César de. **Retórica dos silêncios normativos & lacunas no direito**: separação entre texto e norma à luz de uma releitura de Kelsen. Curitiba: Juruá, 2014, p. 170.

1 A ideologia da completude da "normação" jurídica. O espaço do silêncio

O direito como um pressuposto essencial das relações humanas prescinde de uma ideia de segurança, a qual se traduz pela sensação de completude do ordenamento jurídico que rege determinada sociedade. E essa sensação de completude é repetida à exaustão pelos juristas como uma oração apta a apaziguar as dúvidas dos fiéis sobre o ritual jurídico e sobre a necessária hierarquia da ordenação jurídica exercida sobre os fatos do mundo da vida.

O que se põe é: existe um espaço para o silêncio, que não seja um silêncio entendido como lacuna, omissão ou regulação normativa deficiente? A essa indagação, deve-se propor como plano de trabalho, neste primeiro momento, descrever a completude da ordem jurídica como uma ideologia e, também, como um raciocínio utópico.

Não se pode descurar da necessidade de precisão dos conceitos de lacuna, omissão e regulação normativa deficiente, inclusive para se firmar quando tal ocorre derivado de um silêncio intencional, consciente, ou de um processo de silenciamento e de ausência de oitivas durante o processo legislativo.

A seguir, este capítulo perpassa a ideia da efetivação de um sincero diálogo institucional, a fim de prevenir impulsos ativistas da corte, desde quando a intervenção de outro órgão – no caso, o Poder Legislativo –, aportando elementos novos no processo constitucional, mitiga tal possibilidade.

Considera, ainda que os diálogos institucionais podem servir de óbice a processos de silenciamento, que é uma forma deliberada de produzir o silêncio em relação a determinadas demandas advindas de parte da comunidade destinatária da norma. Nesse ponto, é necessário precisar que o silêncio normativo que resulta nas lacunas totais ou parciais, incluindo-se nessas últimas a denominada regulação normativa deficiente, tudo isso pode decorrer de procedimentos legislativos em que houve silenciamentos ou ausência de oitivas.

1.1 A completude da norma jurídica como ideologia e como raciocínio utópico

A completude do fenômeno da normatividade jurídica, no sentido de inexistência de lacunas e de proeminência do discurso do direito, radica em uma concepção ideológica, mas que resulta também utópica. Para tanto, os defensores da completude do ordenamento jurídico necessitam obstaculizar o reconhecimento de qualquer lacuna ou, quando muito, apontam para todas as rotas de escape construídas para se vedar o reconhecimento da lacuna como o momento essencial que delimita o ser do direito.

O dogma da completude do ordenamento jurídico, para Norberto Bobbio, tem seu fundamento histórico no momento em que no direito romano se pretendeu que nada se teria "a acrescentar nem a tolher", além do que constava do *corpus iuris*[29]. Daí se vê que, muito antes da tradição que se firmou no sentido de que o professor não ensinava direito civil francês, mas, sim, o Código de Napoleão, já havia essa concepção de completude do ordenamento jurídico – ou de percepção de completude, para se declarar o seu caráter ideológico[30]. Radica tal pressuposto no próprio direito romano, como reportado pela lição de Norberto Bobbio acima citada. E, acrescenta o autor italiano que, "nos tempos modernos, o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal do direito, ou seja, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado"[31].

A ideia de completude do ordenamento, além de dogma – servindo-me da expressão de Norberto Bobbio[32] –, revela-se como uma ideologia e que resulta também em um pensamento utópico, no sentido de que, nesse último caso, não se tem uma correspondência a um ordenamento jurídico existente em determinado espaço real. Não se nega que o termo ideologia "tem um amplo espectro de significados históricos, do sentido intratavelmente amplo de determinação social do pensamento até a ideia

[29] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer ; apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 117.

[30] Atribui-se ao jurista francês Jean-Joseph Bugnet a célebre frase: "Eu não conheço direito civil, eu ensino o Código de Napoleão". A autoria dessa famosa frase é incerta e contém outras versões, sendo que, no espaço deste texto, não cabe ingressar na discussão.

[31] Op. cit., p. 117.

[32] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer ; apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

suspeitosamente limitada de disposição de falsas ideias no interesse direto de uma classe dominante"[33].

De qualquer sorte, seja pelo viés de um conceito racionalizador da ideologia (situando-a no contexto do estudo das ideias), seja dentro de uma concepção pejorativa do termo (ao se tê-la como mero falseamento da realidade), não se olvida que, ao invés do "bom senso" que todos julgam tê-lo[34], no caso da ideologia ninguém assume esse compromisso. E, nada obstante, todos combatem uma ideologia disseminando outra ideologia ainda mais poderosa; nada mais contraditório do que a afirmação de que, ao infirmar uma prática, que não está sendo ideológico. O só fato de assim proceder já constitui o espaço da própria ideologia.

Retorno aqui a Terry Eagleton para considerar que a ideologia "é antes uma questão de discurso que de linguagem – mais uma questão de certos efeitos discursivos concretos que de significação como tal"[35]. E para completar que a ideologia, de outra parte, não deve ser "igualada a nenhuma forma de partidarismo discursivo, discurso interessado ou viés retórico", porque "antes, o conceito de ideologia tem como objetivo revelar algo da relação entre uma enunciação e suas condições materiais de possibilidade"[36].

Assim, faz-se uma ligação aqui entre ideologia e pensamento utópico. Não, no sentido de que a ideologia é toda utopia; mas, ao revés, porque a ideologia enuncia uma ideia de mundo e de contexto que almeja estar acima da mera condição visível. Nisso, ela pode despontar para um pensamento utópico.

As utopias são erigidas como um espaço ideal em meio às tragédias do cotidiano. Não seria outro o cenário para que o santo Thomas More[37] construísse sua sociedade ideal no distante ano de 1516, quando a ideia de um estado de direito não passava de uma concepção que trazia no seu âmago os privilégios de quem exercia a soberania sobre determinada comunidade[38].

---

33 EAGLETON, Terry. **Ideologia. Uma introdução**. Tradução de Silvana Vieira, Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Editora Boitempo, 1997, p. 193.

34 DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. (Coleção Os Pensadores) 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Para Descartes: "O bom senso é a coisa do mundo melhor partilhada, pois cada qual pensa estar tão bem provido dele, que mesmo os que são mais difíceis de contentar em qualquer outra coisa não costumam desejar tê-lo mais do que o têm".

35 Op. cit., p. 194.

36 EAGLETON, Terry. **Ideologia.** Uma introdução. Tradução de Silvana Vieira, Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Editora Boitempo, 1997, pp. 194-195.

37 A Igreja Católica Apostólica Romana, sob o papado de Pio XI, em 1935, canonizou Thomas More, estabelecendo o dia 22 de junho para sua celebração.

38 MORE, Thomas. **Utopia**. 2. ed. São Paulo: Martins Claret, 2000. É significativo esse trecho da obra: "O fim das instituições sociais na Utopia é de prover antes de tudo às necessidades do consumo público e individual; e deixar a cada um o maior tempo possível para libertar-se da servidão do corpo, cultivar livremente o espírito,

A premissa básica da completude do ordenamento jurídico em Utopia é, conforme Thomas More, o fato de que "as leis são em muito pequeno número"[39]. Nesse particular, há de se fazer uma ponte sobre o que se poderia ter como condição de possibilidade[40]. É dizer, para que se tenha por completo o ordenamento jurídico na Utopia de More, não se tem como olvidar a inexistência de uma condição material de possibilidade para que assim ocorra em um contexto real. Aliás, até mesmo para More, constitui uma injustiça suprema enredar os homens "numa infinidade de leis, tão numerosas que se torna impossível conhecê-las todas, ou tão obscuras que é impossível compreendê-las"[41].

Daí se extrai outra premissa da ideia de completude do ordenamento jurídico em a Utopia a qual se reporta à clareza da legislação que rege os fatos da vida na ilha de Thomas More. Mas, a característica principal da completude do ordenamento jurídico em Utopia – e que decorre dessas duas primeiras premissas – se refere à desnecessidade de advogados ou, numa aproximação do argumento, em Utopia prescinde-se de intermediários no processo de interpretação do direito.

Diz o autor que "não há advogados na Utopia", porque aqueles "que se esforçam para torcer a lei, e decidir uma questão com a maior astúcia, foram dali excluídos"[42]. Assim, na ilha de More outra característica essencial é a de que todo cidadão utopiano "é doutor em direito", sendo que "é preferível que cada um defenda sua causa e confie diretamente ao juiz o que teria a dizer a um advogado"[43].

Nesse contexto, não seria de todo descabido tentar uma aproximação com a ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da norma para revelar nessa concepção, se não algo fora da realidade, mas um pensamento que contém traços utópicos[44]. Apesar de não se negar que uma concepção de abertura no contexto da hermenêutica é algo exequível e que se mostra adaptável ao mundo moderno, igualmente não se pode deixar de lembrar dos limites que tal pensamento possui para o processo de aplicação do direito.

---

desenvolvendo suas faculdades intelectuais pelo estudo das ciências e das letras. É neste desenvolvimento completo que eles põem a verdadeira felicidade".

39 MORE, Thomas. **Utopia**. 2. ed. São Paulo: Martins Claret, 2000.

40 No sentido tratado por: EAGLETON, Terry. **Ideologia.** Uma introdução. Tradução de Silvana Vieira, Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Editora Boitempo, 1997, pp. 194-195.

41 Op. cit, loc. cit.

42 MORE, Thomas. **Utopia**. 2. ed. São Paulo: Martins Claret, 2000.

43 Op. cit., loc. cit.

44 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Claro que, para que isso ocorra, ou seja, para que cada cidadão seja o próprio intérprete da lei que rege seu caso, as leis além de pouco numerosas demandariam "a interpretação mais grosseira e mais material", o que seria admitido como sendo a "mais razoável e mais justa"[45]. Observe-se que, para um entendimento sobre uma hermenêutica mais aberta, mesmo que na Utopia de More, as normas deveriam conter um grau de clareza tal que as pessoas teriam, necessariamente, um alto grau de consenso sobre o seu conteúdo.

Nesse sentido, More qualifica o que seria a hermenêutica – tarefa dos intérpretes que serviriam para explicar o sentido dos textos normativos – como sendo a técnica das "sutilezas". Defende que "uma lei claramente formulada, cujo sentido não é equívoco e se apresenta naturalmente ao espírito, está ao alcance de todos"[46].

O ordenamento jurídico em *Utopia* é completo, porque a lei é emanada da fonte primária da ilha – acolhida legitimamente por todos os cidadãos utópicos – além de que não possui obscuridades e nem lacunas.

Não é necessário afirmar que a *Utopia* de More apenas povoou a escrita dessa obra fundamental do séc. XVI e que jamais existiu prova de sociedade tão estaticamente perfeita. Nem se poderia intuir a existência de um ordenamento jurídico em local tão ideal, apesar de Thomas More ainda assim tê-lo previsto, ao lado de magistrados que ouviriam as petições diretamente dos cidadãos e, certamente, decidiriam conforme a clareza dos textos normativos existentes na sua ilha.

Não seria leviano afirmar que a ideia de completude dos ordenamentos jurídicos modernos se revela tão utópica quanto à concepção das leis na ilha de Thomas More. E que o expurgo que a doutrina jurídica perfaz quanto ao conceito de lacuna é muito mais um medo ancestral da insegurança do que uma realidade que convive no cotidiano jurídico. O direito não pode querer normatizar tudo e nem os fatos do mundo da vida devem se importar tanto com o direito, a ponto de exigirem sua presença nos mais comezinhos problemas das relações humanas.

Se a ideologia possui os seus pontos de contato com um pensamento utópico – no sentido do que é querido, mas não visualizável – a sua operação se cristaliza através de um discurso que tangencia o dogma. E aqui retorno a Bobbio para consignar que "o dogma da completude caminha passo a passo com a monopolização do direito por

[45] Op. cit., loc. cit.
[46] Op. cit., loc. cit.

parte do Estado", porque, "para manter o próprio monopólio, o direito do Estado deve servir a todos os usos"[47].

A ideologia se sustenta, ao final, em um dogma que espelha, por sua vez, um pensamento utópico. No que concerne ao discurso da completude do ordenamento jurídico, o ente estatal assume o ônus – utópico – de a tudo saber e a tudo dar resposta. Com isso, intenta suprir eventual desconfiança dos cidadãos na capacidade de o direito atingir a todas as esferas da vida; é pensar que, com isso, se estabelece maior segurança e paz nas relações entre os indivíduos. E que o direito, assim, realiza sua função mais importante.

Mas, por ser uma ideologia, a sua condição material em termos de "possibilidade" demanda, rotineiramente, outros testes de evidência. E nisso se pode detectar que nem tudo interessa ao direito, como também ao direito pode escapar diversos fenômenos. Acreditar na previsibilidade absoluta da norma é não desconfiar de que legislar também é uma tarefa humana, sujeita a prognósticos e previsões que não se confirmam no mundo real.

Ainda há de se considerar, neste âmbito, a busca de uma interpretação menos formalista do direito e que privilegia, no processo hermenêutico, o caso concreto, perpassando o conceito de pré-compreensão. A atividade criativa, dentro do processo de interpretação, é realizada pelo operador do direito, em especial, o juiz; a norma, ao final, resulta de uma construção, que parte de uma pré-compreensão e evolui para o resultado desse processo, com a norma aplicável ao caso, mas sem descurar de uma metodologia para esse labor hermenêutico[48].

Mas, a consideração inicial deste trabalho, longe de considerar que isso seja um grave problema, a causar insegurança nas relações sociais, defende que a aceitação da incompletude da norma em espécie e também do ordenamento jurídico em geral demonstra a importância que determinada conduta passa a ter para o direito.

A lacuna surge, assim, como a afirmação do espaço daquilo que é propriamente jurídico. E afirma porque reconhece que o direito não estende seus tentáculos para todos os espaços onde brotam os fatos. A lacuna demonstra o exato momento em que o fato ou a norma – nessa permanente tensão entre quem delimita e quem é

---

47 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer ; apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 118.

48 Para uma introdução à temática, nesses termos, pode-se consultar: ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

delimitado – demanda a intervenção do jurídico para dar configuração àquele recorte do mundo da vida.

Com efeito, é certo afirmar com Eni Orlandi que "a incompletude é fundamental no dizer", porque é "a incompletude que produz a possibilidade do múltiplo, base da polissemia", sendo que "é o silêncio que preside essa possibilidade"[49]. Ao jurista compete, pois, encarar os silêncios normativos, não como lapsos indesejáveis, mas como oportunidades de distinguir aquilo que é direito de outras espécies de normas que regulam outros espaços da vida social.

1.2 A lacuna, a omissão e a regulação normativa deficiente como conceitos e experiências

Como é sabido, os vazios do ordenamento se caracterizam quando o "tecido normativo não contém a previsão de um caso"[50]. Por certo que ao legislador é improvável catalogar todas as hipóteses que se refiram a fatos passíveis de incidência na espécie normativa. E ainda que haja grande previdência do legislador nessa tarefa, também é intuitivo que, de forma superveniente, existirão sempre novas situações a demandar do intérprete um ajuste na análise daquele fato à norma vigente.

A omissão pode se caracterizar como uma lacuna jurídica, ou não. Se a omissão demonstra apenas a ocorrência de um vazio normativo ou uma ausência de previsão absoluta para reger aquele determinado fato, há de se considerar que o fenômeno fático ainda não interessara ao fenômeno jurídico. E se existe o traço omisso, nessa situação, o caso é de o direito se "interessar" por aquele fato ou conjunto de fatos, passando a normatizá-lo. E deve fazê-lo no plano primário da legislação, porque o que se tem até aí é a significação que passa a ter aquele fato ou conduta para o direito.

Em uma primeira aproximação dessa premissa, não transparece que seja caso de falar em lacuna jurídica ainda. Obviamente, que, nesse particular, existem as situações em que se constata deficiência normativa na legislação a malferir o princípio da igualdade. Mas, até mesmo nessa situação, o intérprete deve atuar com comedimento,

---

[49] ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 6. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2007, p. 47. Defende a autora: "A linguagem empurra o que ela não é para o 'nada'. Mas o silêncio significa esse 'nada' se multiplicando em sentidos: quanto mais falta, mais silêncio se instala, mais possibilidades de sentidos se apresentam".

[50] ASCENSÃO. José de Oliveira. **O Direito.** Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

até porque o suprimento do que venha a ser considerado como lacuna pode demandar uma decisão aditiva, criativa ou apelativa[51].

Sobre as sentenças aditivas na jurisprudência recente do STF, Ademar Filho anota que a "jurisdição constitucional brasileira, apesar de contar com episódios isolados de monólogos marcados pelo total desprezo pela política, não pode ser caracterizada como mecanismo produtor de um isolamento sistemático do direito em relação aos outros Poderes"[52]. De sorte que, nada obstante as críticas pontuais que podem ser feitas para determinada atuação da corte constitucional no manuseio das tais sentenças aditivas, ainda não se trata de comportamento generalizado.

Tal poderia acarretar "uma lacuna parcial, configurando ofensa ao princípio da isonomia"[53], o que deve ser visualizado de forma evidente, a partir de consideração de que o legislador se houve de forma arbitrária para excluir determinadas pessoas da abrangência daquele teor normativo. A postura da jurisprudência do STF tem-se alterado para admitir, cada vez mais, a possibilidade de proferimento de tais sentenças, como anota Francisco Cavalcanti, ao citar a decisão relativa às diferenças salariais dos servidores públicos resultantes da correção geral do índice de 28,86%, decorrente das Leis n. 8.622/1993 e n. 8.627/1993, concedido aos servidores militares e não previsto para os servidores civis[54].

Assim, a omissão que ainda não se configura uma lacuna jurídica, no sentido de uma lacuna de lei, pode ser vista como uma "lacuna do direito", na acepção como essa diferenciação é tratada por Baptista Machado[55]. Para o autor, no caso da "lacuna de lei" haveria uma ausência de regulamentação legal, a qual pode advir de qualquer motivação: ausência de regulamentação de uma norma já editada, o que impede sua completa aplicação aos casos; contradição entre normas existentes; lacunas teleológicas, como quando se exige o recurso da analogia para fazer incidir determinada norma a um caso concreto. Ainda segundo o mesmo autor, a "lacuna do direito" estaria no primeiro nível, porque exige, para sua superação, um estágio além da norma vigente, na prática, a edição de uma nova norma.

---

51 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** – Tomo II, 3. ed., Coimbra Editora, 1991, p. 511.

52 SOUSA FILHO. Ademar Borges de. Pontes de transição entre direito e política: sentenças aditivas na experiência recente do STF. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, n. 2, 2016, p. 74-111. http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum DOI: 10.12957/publicum.2016.23764.

53 MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 133.

54 CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. O supremo tribunal federal e a inconstitucionalidade por omissão parcial. Recife: **Revista da Esmafe / 5ª Região**, ano 1, n. 2, 2001.

55 MACHADO, J. Baptista. **Introdução do direito e ao discurso legitimador**, Coimbra, 1990.

As lacunas totais se revelam na ausência completa de normatividade do direito dirigida àquele fato ou conjunto de fatos; de sua parte, as lacunas parciais decorrem de uma falta de realização ótima ou eficiente do labor legislativo, resultando no que se pode denominar de uma "regulação normativa deficiente" da matéria. As lacunas totais podem ser denominadas, ainda, de absolutas, porque exigem uma total conformação do plano normativo, a fim de que para determinado ato venha a ter incidência de uma norma jurídica.

As lacunas parciais – regulação normativa deficiente da matéria tratada pelo legislador – são, em regra, omissões sobre aspectos valorativos ou sobre a exclusão de determinadas categorias de pessoas da incidência da norma. Trata-se de uma lacuna valorativa, porque o intérprete há de perfazer uma consideração sobre a matéria normatizada, o que traz sua correspondência com o termo "lacuna material".

Pode-se falar em lacunas reais e lacunas ideológicas, o que representaria o que também se denomina de lacunas próprias e impróprias. Para Norberto Bobbio, a "lacuna própria se dá apenas quando, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, e o caso não regulado pode inserir-se tanto numa quanto na outra". Para ele, os dois tipos de lacunas têm em comum o fato de que, para aquela situação fática, inexiste norma jurídica aplicável imediatamente, que seja vigente em determinado ordenamento jurídico. O que as diferencia, segundo Bobbio, é que "as lacunas impróprias só podem ser completadas pelo legislador; as lacunas próprias podem ser completadas por obra do intérprete"[56].

Ainda se pode falar em lacunas subjetivas e lacunas objetivas. As primeiras decorrem de omissão imputável ao legislador, voluntária (consciente) ou involuntariamente (omissão inconsciente); as segundas derivam da superveniente evolução dos fatos, que não poderiam ter sido previstos em suas formatações futuras[57].

Na lacuna subjetiva, em sendo voluntária a omissão, tem-se que o legislador, de forma consciente, deixou de prever a incidência normativa sobre aquele espectro de fatos. A análise posterior dessa omissão deverá identificar se o legislador descumpriu algum dever específico de legislar, quando, então, a superação da lacuna será atitude imperiosa para o intérprete. Caso a lacuna tenha sido consciente por parte do legislador, mas inexiste descumprimento do seu dever de legislar, descabe falar em necessidade de integração da norma.

---

[56] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer ; apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 136.

[57] Op. cit., loc. cit.

De sua parte, a lacuna objetiva demanda uma investigação sobre os prognósticos levados a efeito pelo legislador e os fatos supervenientes que alteraram os limites fáticos previstos na norma anterior. Neste caso, o intérprete irá avaliar o decurso do tempo como fator que operou a alteração dos pressupostos, cabendo-lhe o papel de atualização do padrão normativo.

Com efeito, o pressuposto primário para o reconhecimento da ocorrência de uma lacuna no ordenamento jurídico decorre de uma concepção de que há um dever de legislar. Tal dever de legislar advém, seja quando a lacuna é verificada pela ausência de normatização de determinada conduta ou fato, ou, com maior razão, quando a lacuna é observada em decorrência da ausência de cumprimento de uma determinação constitucional.

Nesse âmbito, pode-se falar em um dever geral e em um dever específico de legislar. O primeiro – dever geral de legislar – se enquadra "predominantemente no campo político-constitucional, enquanto os deveres específicos de legislar se situam já no campo jurídico-constitucional"[58].

Diante dessa diferenciação feita pela doutrina portuguesa de Jorge Pereira da Silva, "ao operador judiciário cabe a tarefa de se munir dos mecanismos que lhe permitam verificar quando há um dever geral de legislar a que o legislador se encontra adstrito e quanto é que este tem de observar um dever específico"[59].

Na compreensão de que existe um dever geral de legislar se encontra embutido o próprio conceito de incompletude do ordenamento jurídico, desde quando se pressupõe que o legislador pode ter, de forma consciente ou inconsciente, deixado de regular determinados fatos.

Não se pode falar, contudo, em um dever de legislar e em lacunas jurídicas, sem que se retome a questão da plenitude ou da incompletude do ordenamento jurídico. E tais pontos têm a abrangência que se dá ao fenômeno jurídico, ou seja, se o direito deve incidir sobre toda a realidade.

Da concepção de plenitude – ou completude – da ordem jurídica deriva a ideia de que o ordenamento jurídico não seria lacunoso e que a norma descreveria todas as ações do mundo da vida. Dessa forma, pleno seria o ordenamento jurídico que contivesse

---

[58] Nesse sentido é o magistério de: SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003, pp. 22-23.

[59] ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: a inércia do legislador e suas consequências. Curitiba: Juruá, 2011, p. 107.

todas as normas necessárias para aplicação aos casos concretos que se apresentam para apreciação do denominado operador do direito[60].

Como visto, o termo lacuna contém variadas formas em sua conceituação. Existem lacunas totais e parciais; lacunas valorativas e ideológicas; lacunas materiais e lacunas formais. Nesse contexto, cabe caracterizar a denominada regulação normativa deficiente como uma lacuna parcial, valorativa e/ou ideológica e, portanto, se classifica como uma lacuna material. Para exercitar o necessário contraponto à ideia de lacuna – neste termo já incluída a denominada regulação normativa deficiente – há se ter em conta o chamado silêncio eloquente decorrente de uma atuação consciente do legislador.

1.3 A atuação consciente do legislador como limite ao intérprete e as lacunas como silenciamentos e ausência de oitiva: o papel dos diálogos

Importa considerar que os silêncios podem resultar em lacunas, ou não. É que "algumas vezes o silêncio é indiferente para o direito, mas, em outras, caracteriza um direito fundamental individual, como acontece com a possibilidade do imputado guardar silêncio"[61]. Nada obstante seja ponto central deste trabalho considerar o silêncio sempre como essencial para a própria definição do que é o "jurídico", para os fins do debate sobre o silêncio eloquente, revela-se pertinente a colocação acima.

Como observado no transcorrer da argumentação neste capítulo, existem silêncios cujo resultado redunda na ocorrência de uma lacuna, seja esta total ou parcial, material ou formal. Deve-se esclarecer que, para efeitos deste texto, sempre que se reportar à lacuna, também a conclusão se dirigirá à regulação normativa deficiente, pois, como assentado antes, trata-se de uma lacuna parcial, valorativa e, portanto, lacuna material.

O silêncio que não resulta em lacuna é tratado pela doutrina jurídica e, com maior acento pela jurisprudência, como sendo um silêncio eloquente. Mas, se o silêncio não é dado por eloquente, tem-se a ocorrência de uma lacuna, cujo suprimento passa a ser reclamado pelos interessados – ou possíveis destinatários da norma – tanto perante os órgãos legislativos quanto junto ao judiciário.

Para que se tenha um silêncio normativo, considera-se que "a interpretação dos significantes jurídicos leva o sujeito cognoscente à conclusão, v.g., de que a conduta

[60] O conceito de operador do direito é no sentido de abranger o jurista (administrador ou julgador) que demanda a aplicação de uma determinada norma ao caso concreto em apreciação na sua esfera de poder decisório.

[61] FERRARI, Regina. O silêncio e o direito. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 81-97, out./dez. 2015.

efetiva tal não tem qualificação jurídica, eis que o seu predicado não está contido no valor da ilicitude ou licitude"[62].

A questão essencial que é posta diz respeito à diferença entre a lacuna e o silêncio eloquente, que se refere à insatisfatoriedade do silêncio normativo[63]. A questão que se põe é quem deve aferir esse grau de insatisfatoriedade do silêncio normativo e qual pode ser a sua extensão.

Diz-se do silêncio eloquente que se trata da "opção do legislador em excluir, intencionalmente, certo fato do comando legal"[64]. E, conforme o entendimento do STF, tal seria "o contrário de lacuna da lei, pois nessas hipóteses não se pode fazer analogia"[65].

Afora a ocorrência do silêncio eloquente, em que, por certo, inexiste omissão passível de supressão pelo intérprete, tem-se a lacuna que é uma omissão sobre aspecto relevante do fato que se encontra apto para ser dado à normatividade do direito.

Nesse sentido, é relevante indagar se aquela determinada lacuna advém de um processo de silenciamento deliberado ou se se trata de um resultado de ausência de oitiva ou de oitiva realizada de forma incompleta ou apressada. Não é tema muito considerado pela doutrina jurídica, mas releva notar que, a depender da origem dessa lacuna, pode-se depreender que se trata de omissão passível de superação por um órgão judiciário ou, ao revés, se reclama a intervenção primária do órgão legislativo.

No processo de produção da norma jurídica, o legislador pode ser um ator de silenciamentos de parcelas da comunidade ou mesmo porque olvidou a oitiva de parte dos grupos interessados. Ou até mesmo porque, diante de um cálculo político, não se sentiu à altura de incorporar aquele desafio à legislação prestes a ser editada. Isso porque na sociedade contemporânea, torna-se cada vez mais difícil acomodar espectros tão diferentes de opiniões sobre temas em relação aos quais existe divergência aberta e inconciliável no âmbito coletivo.

Não se olvida que a "relação dito/não-dito pode ser contextualizada sócio-historicamente, em particular em relação ao que chamamos o 'poder-dizer"[66]. Esse

---

62 ALMEIDA, Júlio César de. **Retórica dos silêncios normativos & lacunas no direito**: separação entre texto e norma à luz de uma releitura de Kelsen. Curitiba: Juruá, 2014, p. 166.

63 Op. cit., p. 170.

64 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 130.522**. São Paulo. Relator Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça 28.06.91, p. 8907. Ementário Vol. 1626-03, p. 525. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 136-03, p. 1340. Julgamento em 04.06.91. 1ª turma. Unânime.

66 ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 6. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2007, p. 73.

ponto é fundamental para o entendimento do silêncio no direito, porque, sendo o fenômeno jurídico um resultante de relações de poder, o não dito se relaciona, na maior parte das vezes, com interdições das falas feitas durante o processo legislativo ou quando do trâmite do procedimento judicial.

E, por conseguinte, os estratos sociais que têm falas interditadas ("silenciadas") – ou mesmo não ouvidas – durante tais processos emergem com o discurso da lacuna, no momento em que a eles se permite chegar a um momento de fala ulterior. A lacuna, assim, tanto mais será suscitada quanto mais os grupos tenham acesso a mecanismos de falas. E talvez seja a temática que mais ocupará o judiciário, porque diz respeito ao reclamo de grupos que se sentem excluídos da incidência da norma – protetiva, certamente – e o fundamento buscado perante o intérprete é que se trata de um direito fundamental sonegado pelo legislador.

É sabido que o texto constitucional, como documento histórico, bem representa o momento político e social de sua concepção. Disso não escapa a atual Constituição Federal brasileira, com um detalhe importante: o seu texto foi gestado em um ambiente de transição histórica mundial, no período de 1987/1988.

Esse ponto assume relevância ímpar, quando se verifica que em diversos aspectos a CF/1988, ao buscar conciliar pretensões diferentes – reforma agrária x propriedade privada, por exemplo –, consignou os dispositivos, seja pela via de normas programáticas, seja pela via de conceitos jurídicos indeterminados. Trata-se, claro, de opção legislativa, a qual permite que pretensões antagônicas de estratos sociais, embora igualmente legítimas, sejam tratadas no texto constitucional.

Mas, igualmente, o debate final sobre tais pretensões se desloca para o âmbito do Poder Judiciário, especialmente para o STF. E, no mundo da vida, nas decisões proferidas pela corte, tais textos de normas, a depender do contexto histórico, serão aplicados e interferirão em posições consolidadas dos indivíduos no tempo e no espaço.

Com isso, avança-se para o exame dos limites dos diálogos institucionais como mecanismo de preservação do texto constitucional, pretendendo-se, sem deixar de conferir os espaços próprios da política e do direito, que tais limites sejam vistos imbricados com a teoria da interpretação.

Dentro desse patamar de análise, os diálogos institucionais passam ser vistos como um "fiel da balança" entre o princípio majoritário e os direitos fundamentais. É que, se de um lado os direitos fundamentais podem funcionar como um contraponto ao princípio majoritário, este pode servir como freio ao Poder Judiciário.

Demais disso, o princípio majoritário, entendido este como a maior expressão do legislativo, pode contrabalancear a ingerência dos juízes, nada obstando que estes, como agentes do judiciário, assegurem os direitos e garantias fundamentais que não podem ser suprimidos pelas maiorias.

Assim, os diálogos institucionais podem atuar como contenção à corte constitucional, revelando a análise do caso "vaquejada" como um exemplo nesse sentido. É que, tendo o STF declarado a inconstitucionalidade da "vaquejada" pela via da ADI n. 4983/CE, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 96/2017 admitindo a prática de tal manifestação cultural, cabendo examinar se tal postura importou na adoção de algum pressuposto tratado na decisão judicial.

Com feito, o primeiro aspecto a engendrar o trabalho do intérprete é o de que existe um texto posto pelo constituinte e, mais do que isso, o texto representa o elemento de demonstração da vontade desse constituinte. Aqui não se desconhece, pelo contrário, admite-se o ponto de vista pertinente ao o pensamento de F. Müller, no sentido de que a interpretação leva em conta o texto (norma) e o contexto (programa de norma), até porque, nada obstante o contexto, sempre o intérprete há de retornar ao texto para validar sua interpretação[67].

Em trabalho relevante sobre o tema, Rodrigo Brandão tece considerações sobre os limites que são postos à própria tarefa do STF e que podem ser relacionados aos denominados instrumentos de interação, tais como: ataques institucionais à Suprema Corte, o poder do Congresso sobre os orçamentos e o processo de nomeação dos juízes, a não implementação de decisões judiciais, os mecanismos de superação legislativa de decisões da Suprema Corte[68].

No caso deste texto, a pretensão de especificar os limites dos diálogos institucionais tem a ver com a abrangência a ser dada à dita teoria, para efeito de preservação da norma constitucional.

Para tanto, a limitação da teoria dos diálogos institucionais se refere aos seguintes pontos essenciais: a) grau de "fechamento hermenêutico" da decisão proferida pela corte constitucional; b) ausência de diálogo sincero entre as instituições envolvidas no debate constitucional; c) a consideração substancial da oitiva feita das manifestações proferidas pelo outro órgão.

---

[67] Nesse sentido, consultar: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

[68] BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais***:* a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

Enfim, o diálogo institucional ocorre, nesse sentido, em contraposição à forma de "medir forças". No diálogo, há o manifesto interesse em incorporar na sua manifestação elementos essenciais contidos na decisão proferida pelo judiciário ou na norma editada pelo legislativo.

Uma consideração se faz necessária: não se olvida o papel atual de, em certas circunstâncias, a corte constitucional exercitar tarefa interpretativa no sentido de "evoluir" o conceito exposto no texto. Mas, há de se dizer que essa tarefa é extraordinária, eventual e atípica, a qual somente pode ser desempenhada em momentos específicos e desde quando a decisão não represente uma afronta evidente a um consenso estabelecido socialmente sobre determinado tema.

A rotina de trabalho dos juízes, mormente aqueles que ocupam os assentos nas cortes constitucionais, é o de, primeiramente, consultar o texto, examinar o seu sentido, analisar o contexto normativo e, depois, como trabalho final, como ressaltado na obra de Friedrich Müller, voltar ao texto, a fim de validar o resultado obtido, verificando se, com esse método de interpretação, não se está extrapolando o texto posto[69].

Eventualmente, como dito, se da relação entre o texto da norma e o seu contexto, revela-se um abismo evidente, o juiz constitucional pode recolocar os significados diante dos signos, perfazendo uma evolução. Tratando-se de momento excepcional, devidamente justificado, a corte constitucional estará representando a própria concepção última e desejada do legislador que, por força do "descolamento" do texto da realidade, necessita da intervenção do juiz para recontextualizar a norma.

De qualquer sorte, a reverência ao texto representa a demonstração da vontade daquele que constituiu a decisão fundamental constante na constituição e bem demonstra que o intérprete traçou seus limites, evitando o arbítrio e o voluntarismo. De outra parte, os diálogos institucionais pressupõem que os entes partícipes da aplicação da norma constitucional, ao efetivarem as respectivas oitivas, consideram que suas posições podem sofrer influxos.

Com isso, desfaz-se o risco seja de um posicionamento que privilegie, tão somente, o princípio majoritário – desconhecendo certas regras substanciais –, mas, também, pode contribuir para o efeito indesejável de uma sacralização dos direitos fundamentais.

A questão que se põe, agora, é se os diálogos institucionais podem servir como um freio ao impulso ativista do STF, examinando, nesse particular, o acórdão que declarou a inconstitucionalidade da prática cultural denominada de "vaquejada" e os

[69] Op. cit., loc.cit.

desdobramentos posteriores, a com a reação do legislativo, inclusive com a edição da EC 96/2017.

Nesse aspecto, importa esclarecer, de logo, que os diálogos institucionais – para que façam *jus* à denominação – não podem ser uma "via de mão única". Assim, há de se ter em conta a efetiva possibilidade de as instituições "assimilarem" aspectos legítimos tidos como pressupostos, sejam das decisões da corte constitucional, sejam das conclusões havidas em sede legislativa.

Inicialmente, é preciso estabelecer se o caso "vaquejada" constituiu, em verdade, uma demonstração de diálogo institucional, especialmente após a promulgação da Emenda Constitucional n. 96/2017 pelo Congresso Nacional.

A crítica que se pode intentar no que consistiria em uma via dialógica de "mão única" reside na própria contradição em termos da expressão, porquanto o diálogo já pressupõe uma "de mão dupla".

Inexiste diálogo quando um agente apenas emite proposições e um outro apenas recebe tais prescrições e as cumpre. O que se tem aí é verticalização da conversa, sendo que a teoria dos diálogos institucionais demanda reconhecer, de forma ínsita à concepção, a competência residual de que seriam detentores outros órgãos acerca do tema constitucional que haja sido enfrentado por determinado ente.

Examinando-se o fundamento suficiente contido no acórdão proferido no julgamento da ADI n. 4983/CE, pode-se inferir que a inconstitucionalidade da prática da "vaquejada" decorreu de uma alegada evidência de maus tratos aos animais. Com isso, haveria contrariedade ao dispositivo da art. 225, § 1º, inc. VII, da Constituição Federal[70].

Aliás, o controle de constitucionalidade efetivado quanto à norma estadual do Estado do Ceará deveu-se a essa consideração essencial: de ser a prática da "vaquejada" uma corriqueira atividade de maus tratos aos animais, revelando traços de tratamento cruel, vedado pela norma constitucional. O caso tratado nessa ação direta de inconstitucionalidade dirigiu-se à Lei n. 15.299, de 8.1.2013, do Estado do Ceará, a qual disciplinava a prática da "vaquejada" naquela unidade federativa.

O primeiro aspecto a ser considerado – e isso não deixou de ser captado pelo voto proferido pelo Min. Teori Zavaski – é o de que a norma em si não revelava qualquer

[70] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983/CE**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874. Acesso em: 17.fev.2020.

indício de tratamento cruel para com os animais[71]. Com efeito, nesse ponto, sequer se poderia admitir debate mais sério acerca da constitucionalidade da norma, porquanto em nenhum dos seus dispositivos constava a referência a um tratamento cruel para com os animais utilizados na prática da "vaquejada".

Nada obstante, o Relator do caso, Min. Marco Aurélio Mello, considerou a existência de laudos técnicos que demonstrariam consequências nocivas à saúde dos animais bovinos, tais como: fraturas nas patas e rabo, ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos, eventual arrancamento do rabo e comprometimento da medula óssea. Considerou, ainda, que os cavalos, de acordo com os laudos, sofreriam lesões, pela prática cultural[72].

Para o relator, o sentido da expressão "crueldade" constante no inc. VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal alcança a tortura e os maus-tratos infringidos aos bois durante a prática da vaquejada. Assim, para ele, revela-se "intolerável a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada"[73].

Observa-se que, assim, o voto condutor do julgamento concluiu que a norma estadual, muito embora nada contivesse de forma positivada quanto a elementos de maus tratos aos animais, por regular tal prática, incidia em inconstitucionalidade, eis que dita prática continha elementos de crueldade para com os animais utilizados.

A crítica que pode ser feita à Corte quanto ao uso de vídeos disponíveis na rede mundial de computadores para alcançar a conclusão havida no julgamento, sem o devido cuidado no que se refere à efetivação de perícia ou a oitiva de profissionais nos autos, não será privilegiada neste texto, apesar de pertinente.

É que o enfoque aqui se reporta à teoria dos diálogos institucionais, sendo a eventual crítica ao acórdão prolatado apenas um "pano de fundo" para a análise do objeto do trabalho. Assim, as críticas que poderão ser feitas ao mencionado julgamento sempre terão em vista o alcance do tema relativo aos diálogos institucionais, evitando-se que, do ponto de vista metodológico, o debate aqui estabelecido seja desviado para críticas em geral ao posicionamento do STF na matéria.

---

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983/CE**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874. Acesso em: 17.fev.2020.

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983/CE**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874. Acesso em: 17.fev.2020.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983/CE**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874. Acesso em: 17.fev.2020.

O voto proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso, mesmo que em concordância com a manifestação do Relator, Min. Marco Aurélio Mello, merece algumas considerações à parte. É que tal voto partiu de determinados pressupostos, os quais se revelam com maior alcance hermenêutico, especialmente, quando se tem em mente a reação posterior do Poder Legislativo, com a promulgação da EC 96/2017.

De forma resumida, o voto do Min. Luís Roberto Barroso concluiu que a vaquejada carrega em si "a simples potencialidade relevante da lesão", o que já seria apto para se invocar o princípio da precaução, caro à atuação dos órgãos ambientais. Acrescentou, ademais, que, no caso da vaquejada, "torna-se impossível a regulamentação de modo a evitar a crueldade sem a descaracterização da própria prática", no que perfez uma equivalência da vaquejada com outras práticas, a exemplo da "farra do boi" e "brigas de galo"[74].

Com essa configuração, fez consignar que, no conflito entre a norma constitucional que protege as manifestações culturais e que veda o tratamento cruel aos animais, esta última deve prevalecer. O Min. Luís Roberto Barroso caracterizou a "vaquejada" como a prática de "puxar o boi pela cauda", ressaltando que isso decorre do fato de que "o touro é torcido pelo rabo e derrubado no chão"[75].

Um ponto essencial a ser questionado – e tem grande relevância no que concerne à teoria dos diálogos institucionais – diz respeito ao fato de essa caracterização da "vaquejada" corresponder, ou não, à totalidade das manifestações culturais que ocorrem no território brasileiro sob tal denominação. Isso quer dizer: seria crível que toda espécie de "vaquejada" demanda a prática de "puxar o boi pela cauda"?

Observa-se que, nos atos seguintes praticados pelo Poder Legislativo, considerou-se como prática cultural algumas outras manifestações, mesmo que conhecidas em determinados locais sob o *standard* de "vaquejada".

Tal questão pode revelar que, à consideração de ter o STF decidido tema dessa envergadura sem um aprofundamento da investigação sobre o que seria, efetivamente, "vaquejada", pode ter deixado lacunas, as quais preenchidas pelo Poder Legislativo, verificando-se verdadeiro e sincero diálogo institucional[76].

---

[74] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983/CE**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874. Acesso em: 17.fev.2020.

[75] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983/CE**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874. Acesso em: 17.fev.2020.

[76] Nesse particular, avulta de importância a Lei n. 13.364, de 29 de novembro de 2016, que estabeleceu: Art. 1º Esta Lei eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição

Dos votos vencidos, podem ser destacados excertos das manifestações do Min. Edson Fachin e Dias Toffoli. O primeiro considerou que a vaquejada consiste em manifestação cultural, o que teria sido reconhecido pela própria Procuradoria Geral da República na petição inicial.

De sua parte, o voto-vista do Min. Dias Toffoli, favorável à constitucionalidade da lei cearense, consignou que a norma não atentava contra nenhum dispositivo da Constituição Federal. Afirmou que via "com clareza solar que essa é uma atividade esportiva e festiva, que pertence à cultura do povo, portanto há de ser preservada" e que na vaquejada há técnica, regramento e treinamento diferenciados, o que torna a atuação exclusiva de vaqueiros profissionais[77].

Proferida a decisão majoritária, pela inconstitucionalidade da norma estadual, a qual veio acompanhada de intensa polêmica, especialmente na Região Nordeste do País, a principal reação do Poder Legislativo, além da edição da Lei n. 13.364/2016, foi a promulgação da Emenda Constitucional n. 96/2017. A referida emenda acrescentou um § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica.

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que o contexto da EC n. 96/2017, além da decisão proferida pelo STF, tem em consideração o texto constitucional e o aparente conflito de bens jurídicos protegidos.

De um lado, o § 1º do art. 215 da Constituição Federal que assegura a proteção das "manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional". De outro, a norma contida na parte final do inc. VII, do § 1º, do art. 225 da mesma Constituição que veda "na

---

de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.
Art. 2º O Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, passam a ser considerados manifestações da cultura nacional.
Art. 3º Consideram-se patrimônio cultural imaterial do Brasil o Rodeio, a Vaquejada e expressões decorrentes, como:
I - montarias;
II - provas de laço;
III - apartação;
IV - bulldog;
V - provas de rédeas;
VI - provas dos Três Tambores, Team Penning e Work Penning;
VII - paleteadas; e
VIII - outras provas típicas, tais como Queima do Alho e concurso do berrante, bem como apresentações folclóricas e de músicas de raiz.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983/CE**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874. Acesso em: 17.fev.2020.

forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

O fundamento maior do texto da EC n. 96/2017 – naquilo que estabelece um diálogo institucional com a decisão antes proferida pelo STF – se reporta aos seguintes pontos: a) primeiro, ao perfazer uma equivalência entre manifestações culturais, desde que reconhecidas e registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, e práticas desportivas não cruéis, ainda que envolvam animais; b) segundo, quando fez constar a exigência de regulamentação por lei específica, desde que "assegure o bem-estar dos animais envolvidos".

Dessa forma, não se pode afirmar, de maneira apressada, que a reação do Poder Legislativo tenha se configurado, pura e simplesmente, um típico *backlash*[78], desde quando o Congresso Nacional não "mediu forças" com o Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, ao incorporar no texto constitucional a exigência de assegurar o "bem-estar dos animais envolvidos" nas manifestações esportivas e culturais, a norma teve em conta a decisão proferida pela corte.

Demais disso, ainda se deve considerar que a decisão proferida pelo STF, como visto acima, diante da forma como evidenciada a alegada inconstitucionalidade – baseada em provas aferidas na rede mundial de computadores –, deixou lacunas e não considerou outros aspectos relevantes no tema.

Com isso, abre-se ao legislativo, que teve o cuidado de preservar o núcleo essencial da decisão proferida pelo STF – vedação de maus tratos aos animais envolvidos nas atividades – a possibilidade de emitir normas, as quais, igualmente, trazem em conta a proteção constitucional das manifestações culturais.

De resto, pode-se com a efetivação de um sincero diálogo institucional prevenir impulsos ativistas da corte, desde quando a intervenção de outro órgão – no caso, o Poder Legislativo –, aportando elementos novos no processo constitucional, mitiga tal possibilidade.

De outra parte, os diálogos institucionais podem servir de óbice a processos de silenciamento, que é uma forma deliberada de produzir o silêncio em relação a determinadas demandas advindas de parte da comunidade destinatária da norma. Nesse ponto, é necessário precisar que o silêncio normativo que resulta nas lacunas totais ou

[78] Nesse sentido, consultar: KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. *In*: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker's Notes. Disponível *on-line*: *http://tinyurl.com/bz4cwqk*

parciais, incluindo-se nessas últimas a denominada regulação normativa deficiente, tudo isso pode decorrer de procedimentos legislativos em que houve silenciamentos ou ausência de oitivas.

Diante disso, imperioso traçar uma perspectiva, no sentido de compreender a lacuna, a omissão e a regulação normativa deficiente também dentro do contexto dos auditórios que tiveram participação efetiva na produção da norma legislativa e daqueles que, porventura, tenham sido silenciados ou não ouvidos. Até porque tais parcelas atingidas – mas não consideradas – pelo fenômeno da normatividade serão responsáveis por suscitar a existência de lacunas ou omissões, seja perante os atores do próprio processo legislativo ou junto ao judiciário.

Compreender tais processos de formação dos auditórios ouvidos, não ouvidos ou silenciados no processo de produção da norma jurídica é vital para entender, classificar e explicitar se as lacunas – nestas incluídas, de forma genérica, as omissões e as regulações normativas deficientes – podem ser supridas pela atuação de um juiz ou se dependem da atuação do legislativo.

2 A incompletude da "normação" jurídica como consequência da ampliação do auditório na formulação das normas: o papel das "opiniões públicas"

Como visto, a ideia de completude da ordem jurídica é uma ideologia e, também, uma concepção utópica, resultando em que o jurista não deve ter o silêncio como um inimigo mortal do direito. Mas, conforme observado no capítulo anterior, pode haver silêncio em diversas modalidades: o que decorre da intencionalidade do agente; o que advém do esquecimento ou da ausência de efetiva oitiva dos interessados e destinatários da norma; ou o silêncio que deriva de um processo direto de silenciamento.

Assim, não se tem como falar em silêncio, quando este resulta em lacuna, omissão ou regulação normativa deficiente, sem se reportar aos auditórios ouvidos no processo de formulação da norma, em especial quando do processo legislativo. E, ainda mais: a percepção de incompletude da ordem jurídica deriva do que se pode denominar "ampliação dos auditórios", ou seja, mesmo quando o silêncio não incorra em nenhuma modalidade acima, é possível que haja uma percepção de incompletude, por força da complexidade dos auditórios contemporâneos.

E para perseguir o objetivo de verificar a possibilidade de "escuta" de uma opinião pública pelas cortes, em especial nas questões difíceis, e o seu papel no suprimento de lacunas, essa questão demanda o revolvimento de conceitos que ficaram à margem da moda da ciência política e, em especial, do direito. E tal se reporta aos conceitos de razão de estado e de razão pública, pois são elementos essenciais à formação das opiniões consideradas nos processos decisórios, que se apresentam à sociedade do seu tempo como opiniões de "concelhias" ou opiniões públicas.

Há de se ter em conta o papel atual dessas opiniões públicas ou publicadas, porque tais manifestações passam a ter profunda relevância, em especial no âmbito do judiciário, quando são opostos os "reclamos" sobre omissões, lacunas e regulações normativas deficientes. E nem se pode desconsiderar que tais manifestações, não raro, se servem de meios heterodoxos – jornais, *blogs*, redes sociais – sem mais a necessidade imperiosa da intermediação dos juristas.

2.1 Razão de estado como espaço integral da política em contraponto à razão pública: as opiniões consideradas para a submissão do direito à centralidade da decisão política ou a um interesse público

Ressalto que o objetivo aqui não será contrapor o pensamento de Maquiavel ao dos pensadores do estado liberal e nem, também, efetivar um longo escrutínio da bibliografia que discorre sobre o conceito de razão de estado. A pretensão é mais simples e se contentará em expor o conceito primordial da temática, sem deixar de perfazer a correlação necessária com a centralidade da decisão política no estado dito absolutista.

Nesse particular, o conceito de razão de estado será buscado em obra tornada clássica do italiano Giovanni Botero, lançada no ano de 1589, para quem a popularidade desse conceito e o seu uso por várias pessoas fazia desnaturar o seu alcance, além de atentar à denominada *recta ratio*. É dele a curiosa advertência de que, pelo visto nos ambientes palacianos da Europa de então, "muitíssimo me admirou ouvir mencionar a toda hora a razão de estado"[79].

Certamente, admiraria o autor, neste momento, o uso disseminado da expressão "interesse público" ou "razão pública" para se justificar toda uma sorte de decisões tomadas no âmbito dos poderes estatais. Com efeito, a sua crítica tende a se concentrar no uso "popular" do conceito, a demonstrar um certo incômodo pelo fato de que uma definição que deveria ser dada pela ciência política ou pela filosofia, qualquer pessoa dela pudesse dispor da forma como lhe conviesse.

Com isso, pretendeu o autor demonstrar não ser cabível pensar a ação política sem a observância dos ditames estritos da razão. Assim, depurando o conceito de razão de estado – então corrompido, segundo ele –, este não autoriza que a política aja dispensada dos imperativos éticos, mas, sim, que o agir político seja ditado pela razão[80].

Obviamente, que a questão que se punha naquele momento dizia respeito à existência dos limites da razão. É preciso deixar assentado que, dentro do conceito de razão de estado, se encontra a percepção de que direito e política são uma única

[79] BOTERO, João. **Da razão de estado**. Tradução Raffaella Longobardi Ralha. Coord. e introd. de Luís Reis Torgal. Coimbra: Inic, 1992, p. 1.

[80] Nesse aspecto, existe todo um esforço intelectual do autor para se contrapor a Maquiavel, agindo, assim, contra o que se poderia denominar de uma "falsa razão".

coisa. Mais do que isso: o direito serve à política, porque somente no seio desta pode encontrar a legitimidade da norma.

E assim ocorre, porque, sendo a arte da política derivada da "reta razão", não há diferença entre a razão de estado e a própria existência do direito. Não prejudica a análise e a tese do autor a circunstância de que, em determinados momentos, invocou-se a razão de estado como exceção à lei vigente, porque, ou se tratava de corruptela do próprio conceito de razão de estado, ou se referia a um agir guiado pelo imperativo racional.

Porém, nada obstante toda a tentativa de Botero de repor a razão de estado aos estritos limites da razão, o certo é que, diante da política vista como arte – não mais da prudência, como na visão dos antigos –, mas como forma de sobrevivência humana e de controle da natureza pelo homem, não se há de negar que a razão de estado constituiu suporte para governos à margem da lei.

Nesse sentido, o *nomen* razão de estado seguiu sua finalidade, desde quando imbrincada com a política como vista na modernidade do séc. XVI, eis que o estado se constituía no fundamento da normatividade, em face do qual as individualidades não poderiam se opor. E assim ocorria, porque "os povos foram levados a dar o governo da república a outros, não para lhes agradar e os favorecer, mas sim para o bem e saúde pública"[81].

Assim, o conceito de razão de estado se encontra para a política, assim com esta corrobora o estado moderno e centralizado dos séculos precedentes, o qual desconhecia a possibilidade de um indivíduo invocar um direito contra o ente estatal, que não fosse interpretado como sedição. Nesse particular e em tal contexto, é que se deve buscar o que se tinha por opinião ou opiniões consideradas no processo decisório naquele modelo de estado. E, dessa forma, buscar na concepção de razão de estado a sua justificativa dentro de espaço de opinião levada em consideração pelo espaço de poder estatal que, embora não pública, no sentido atribuído na ideia liberal, era racionalmente formulado.

Por razão de estado se entendia tanto a justificação supralegal quanto o suporte para uma ampla discricionariedade na atividade do estado centralizado que se formou no ocidente, notadamente a partir do séc. XVI. A construção ideológica da modernidade contrapôs de forma visceral o conceito de razão de estado ao de razão pública, de forma tão tensionada, que permitiu configurar aquela primeira como divorciada, por

[81] Op. cit., p. 15.

completo, de qualquer evidência de conformação com o interesse público ou com uma opinião pública.

Assim, por razão de estado tem-se a correspondência com o interesse particular, de pequenos grupos localizados dentro do aparato estatal ou mesmo com a vontade unipessoal do príncipe. Em contraponto, razão pública denomina a prevalência – sempre – do interesse público que deveria estar acima das contingências particulares de governantes ou de estamentos do poder estatal.

O conceito de razão de estado possui atributos de discricionariedade e de conformação do direito à política, desde quando, acima de determinadas normas jurídicas, haveria de se sobrepor, em momentos específicos, a razão de ser do ente estatal, encarnada na pessoa do príncipe. E não se pode negar que esse esforço para fazer a correspondência do conceito de razão de estado a uma atitude personalista tinha com finalidade derruir o edifício do absolutismo monárquico. Edifício esse que foi construído conceitualmente baseado na pessoa do monarca e na indivisibilidade do poder dele, em uma aberta comparação teológica com o poder que advém de Deus[82].

Dessas premissas, contudo, não pode derivar uma conclusão – que se supõe por demais simplista – de que, no âmbito da definição da razão de estado, o soberano nada considerava quanto a uma opinião externa existente sobre o assunto da decisão a ser tomada naquele momento. Em verdade, a ideia cristalizada na imagem moderna de um príncipe que tomava decisões por si mesmo e que as executava apenas com fundamento no direito divino ou no direito hereditário da sua ascendência, não passa de uma caricatura levada a efeito pelo discurso da ciência política a partir do Iluminismo.

Com efeito, o poder real coexistia com variadas ordens e jurisdições, as quais, ora tinham exclusividade na definição de direitos próprios daquela categoria de pessoas, ora interferiam na tomada de decisões pelo soberano. E, por decorrência lógica, o processo decisório do rei dependia da realização de um consenso entre os integrantes das ordens que concentravam esse plexo de poderes.

No que diz respeito a esse concerto do poder no denominado "reino quinhentista" – cuja concepção se prolonga para os séculos XVI e XVII –, anota Bernardo Vasconcelos e Sousa que "sobre esse processo, muitas vezes se retomou a leitura que, no século XIX,

---

[82] BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Tradução, introdução e notas de José Carlos Orsi Morel. Revisão técnica da tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone Editora, 2011. Para Bodin, a preocupação central deve ser a busca de uma "República bem ordenada" e do quanto o conceito de soberania como unicidade é essencial para se ter a centralidade na figura do monarca. A soberania, a exemplo do poder de Deus, não pode ser concebida de forma dividida.

dele fez historiador Alexandre Herculano, segundo o qual no século XV, o elemento monárquico foi gradualmente anulando os elementos aristocrático e democrático, ou, para falar com mais propriedade, os elementos feudal e municipal"[83].

E acrescenta o autor para infirmar que se trata "de uma visão discutível e discutida", porque "apesar da sua reafirmada proeminência, o poder real coexistia ainda com outros poderes, dotados de uma esfera de jurisdição própria e irredutível – desde a Igreja e as diversas jurisdições eclesiásticas, com competências quase exclusivas em matérias como a família, até aos municípios, passando pelos poderes senhoriais, que modo algum desapareceram nas convulsões do reinado de D. João II, entre 1481 e 1495"[84].

Observe-se que a referência histórica se remete a D. João II, conhecido pelo período de centralização do poder na pessoa do soberano, no âmbito do Estado português, cujo processo de amadurecimento da centralidade do poder estatal já se encontrava mais adiantado do que a maior parte das nações da Europa. A ideia de um poder real que contrastava qualquer outro poder local, mesmo nos momentos de sua maior propensão absolutista, não pode ser acolhida de forma acrítica e fora do ambiente histórico de uma nobreza aristocrática que sempre serviu, mas também se serviu do poder, limitando-o.

Assim, não havia soberano – com tanta soberania assim – que dispensasse a oitiva dos conselhos reais e dos integrantes da nobreza, mesmo em situações nas quais o grau de concentração do poder na pessoa do príncipe já tinha atingido níveis elevados. Claro que o nível e a frequência de tais oitivas dependiam da gravidade da decisão a ser tomada e do risco de exposição do soberano a uma sedição dos súditos.

Aliás, não somente na integração dos conselhos reais, os nobres – dentre esses estava incluído o clero – pautavam determinadas ações dos reis, mas também, e principalmente por isso, no que se denominava a arte da guerra[85]. Ora, se essa situação se verificava em Portugal, cuja precocidade histórica na formatação de um estado nacional é evidente, com maior razão tal estado de coisas ocorria nas demais nações

---

83 SOUSA, Bernardo Vasconcelos e; MONTEIRO, Nuno Gonçalo; RAMOS, Rui (coord.). **História de Portugal**. 7. ed. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2012, pp. 227-228.

84 Op. cit., loc. cit.

85 Sobre esse mundo dos séculos XV e XVI, mais uma vez colho da obra *História de Portugal* excerto que confirma a assertiva: "A vocação ancestral dos fidalgos e nobres, como a fórmula das três ordens ainda evocada nas Ordenações do Reino de D. Afonso V recordava, era a guerra. Ora, ainda no início do século XVI a guerra estava longe de ser monopólio do rei. Entenda-se: não existia ainda um autêntico exército real permanente, pois o monarca tinha apenas uma guarda de proporções reduzidas. Em situações bélicas, o número de homens armados aumentava imenso, mas os efectivos eram recrutados tanto pelo rei, como por grandes senhores ou pelos homens-bons dos concelhos". (Op. cit., p. 248).

europeias. Pode-se mesmo dizer que em todos os processos de centralização do poder estatal na figura do monarca essa formatação não deixou de existir, até porque os nobres sempre integraram a classe responsável pela sustentação política do rei.

Enfim, o poder real se assentava, ao contrário do que sugere a imagem "mítica" passada por gerações, em um complexo e dinâmico conjunto que transitava entre a justificação religiosa do poder soberano, a sua ascendência de uma família real (e, por isso, o seu direito legítimo ao trono) e um consenso obtido pela nobreza que detinha os micro poderes que permeavam a sociedade da época[86].

Mesmo no âmbito da monarquia brasileira, fincada nos trópicos em pleno século XIX, após a independência de Portugal, não se pode afirmar, de forma simplista, que no poder moderador exercido pelo imperador do Brasil se concentrava totalmente a "razão de estado". É que existia uma rede de formação de consensos – ainda que se tratasse de um estado dito unitário e centralizado – que englobava os poderes provinciais, resultando em um balanceamento de atribuições entre o poder legislativo, o Conselho de Estado e o imperador.

Muito embora o argumento da razão de estado estivesse ancorado no poder moderador, com o opinamento jurídico do Conselho de Estado, ressalta Miriam Dolhnikoff que a "Câmara dos Deputados funcionava como espaço de participação das elites provinciais na defesa de seus interesses, uma vez que a divisão de competências entre governos provinciais e geral abria espaço para diferentes interpretações legais, como é da natureza do direito moderno"[87]. E prossegue, afirmando que "além disso, e mais importante, o aparato político-institucional absorvia os diferentes setores das elites que precisavam negociar cotidianamente seus interesses no interior da esfera política"[88].

Do que se pode anotar, a partir de uma leitura realista e menos centrada em estereótipos relativos aos poderes dos monarcas, o poder unipessoal dos reis e imperadores não era nem ilimitado e nem se perfazia sem qualquer intermediação social. Nos séculos XV e XVI, período de formação acentuada dos estados nacionais,

---

[86] O conceito de micropoderes aqui é invocado no mesmo sentido de: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

[87] DOLHNIKOFF, Miriam. **O pacto imperial**: origens do federalismo no Brasil do século XIX. São Paulo: Globo, 2005, p. 283.

[88] Op. cit., p. 283. Nessa obra, a autora traz à lume importante contribuição para o estudo do federalismo no Brasil, rompendo com uma tradição simplista que considera o império um estado unitário, pura e simplesmente, desconsiderando toda uma construção política de "concertação" do imperador com os poderes locais, seja para a manutenção dos interesses provinciais, seja para a própria manutenção da unidade do País e da autoridade do poder moderador do monarca.

o poder real convivia com os poderes disseminados das demais ordens sociais; nos séculos posteriores, especialmente XVIII e XIX, os imperadores dependiam de "oitivas" das "cortes", dos "estados gerais" ou de casas parlamentares, no âmbito dos quais os consensos eram estabelecidos, nada obstante a publicização das decisões se desse sob o signo real e com a alcunha de que externavam uma "razão de estado".

O propósito de toda essa digressão é para demonstrar que, mesmo no âmbito do conceito de "razão de estado", havia necessidade de um consenso – não de uma unanimidade – e disso decorria que existia uma opinião que era considerada. Em um primeiro momento, uma opinião sediada em salões mais fechados, nas "concelhias" reais e nos instrumentos de consulta efetivada pelo poder real; em um segundo momento, essa opinião se amplia para considerar um instrumento político mais amplo, qual seja, o parlamento ou os "estados gerais", com maior ou menor extensão. O argumento não resta sem validade pelo mero fato de que havia pesos diferenciados das opiniões das classes que integravam tais "estados gerais". O que se pretende aqui é demonstrar que oitivas sempre houve e eram consideradas dentro do concerto de poderes, ainda que o centro fosse o monarca.

Assim, não se pode afirmar, de forma impune historicamente, que a razão de estado não dependia da oitiva de uma opinião externa. Essa consulta podia ser mais ou menos ampla, mas o rei não prescindia dela para a resolução de questões difíceis – aquelas que impactavam na própria sobrevivência do monarca –, sob pena de perder sustentação no concerto dinâmico que se fazia entre e com a nobreza aristocrática. Essa advertência sempre é necessária ser feita, para não prevalecer um relato histórico de que as decisões sobre questões fundamentais da sociedade eram tomadas, mesmo em um estado dito absolutista, sem qualquer concertação ou um mínimo consenso.

Dito de outro modo: a razão de estado, por mais restrito que fosse o ambiente de consulta, demandava, sim, respaldo para a decisão a ser tomada, a fim de que, mesmo estatal, houvesse uma razão a dotá-la, como atributo. Não é demais dizer que o termo razão orna tanto o conceito de uma – razão de estado –, quanto da outra – razão pública –, pois ambas derivam de uma alegada racionalidade que as informa. E, nesse ponto, apreende-se a razão para tornar evidente que as decisões não se travestem de algo aleatório ou vago, mas que se funda em uma fundamentação consistente.

A ausência de legitimidade somente passa a ser notada, quando determinado estrato social, cuja oitiva era negada, passa a deter poder suficiente para interferir no jogo, bem como tenha a percepção de que detém poder, mas que não o exerce, por ser tolhido por estruturas que não mais correspondem à realidade.

E, nesse ponto, o grande debate que se instaura – em especial nos momentos revolucionários do séc. XVIII – diz respeito a quem seria o depositário de uma certa "razão pública". E, para tanto, os escritores do que se poderia denominar uma "ciência política", vão identificar nessa "razão pública" um conceito de bem comum, de vontade geral e mesmo de interesse público. Além disso, esses escritos vão identificar na ampliação do antigo auditório – de uma "concelhia real" para o povo e o parlamento – o traço essencial da ocorrência, ou não, de uma "razão pública".

Do que se pode observar, a ampliação numérica desses auditórios que interferem e influenciam nas decisões fundamentais da sociedade passa a corresponder a uma ideia de "razão pública", ainda que, para Rousseau, para citar um exemplo, não se deva fazer uma correspondência exata entre "vontade geral" e uma mera soma de vontades individuais[89].

É preciso levar em conta que a ideia de opinião pública na modernidade encontra correspondência com o próprio triunfo das revoluções liberais e das aspirações burguesas de liberdade de expressão. Nesse contexto, opinião pública se converte na manifestação – especialmente feita em jornais escritos – que se torna visível na denominada esfera pública. Com isso, os conceitos de razão pública, interesse público e esfera pública vão confluir e também se confundir, encobrindo um velho conceito que permeou as justificações do poder no estado moderno, que se traduzia por razão de estado.

De igual sorte, ao divorciar a razão de estado da razão pública, considera-se que a primeira, fundada em vontades setoriais ou unipessoais, contrapondo-se à segunda, que tem em vista o interesso público – comum – e, portanto, mais legítimo, não observa um elemento da cadeia de poder vital nesse processo: a opinião pública.

Uma primeira correspondência que deve ser feita é entre razão pública, vontade geral, bem comum e interesse público. Trata-se de conceitos que estão imbrincados, porque, embora com origens intelectuais diversas, convergem para um mesmo sentido: o de que existe um interesse comum dos indivíduos, que não se reporta a uma mera soma de suas vontades individuais[90], o qual se revela quando, atendido a determinado interesse individual, se encontra atendido o interesse de toda a coletividade.

A razão pública – assentada, em grande parte, no conceito de vontade geral, formulado por J. J. Rousseau em "Do Contrato Social" – deveria se guiar pela mais

---

89 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado; introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

90 Op. cit., loc. cit.

absoluta impessoalidade, do que decorre um arrefecimento da razão de estado, como dito acima, para um espaço mínimo da discricionariedade política[91].

Isso quer dizer que o conceito de razão pública, seja no estudo da ciência política, seja nas considerações das questões jurídicas, passa a ser introduzido, não porque, doravante, haverá a oitiva de um interesse público, representado pela maioria (embora não se confunda com esta), mas porque se pretende haja um "terceiro estado" que precisa ser ouvido[92]. Razão pública é a imagem, tão somente, resultante da ampliação do auditório, que se desloca dos salões das cortes imperiais e das salas de "concelhias", para incorporar novos atores da cena social. E a razão pública, tanto melhor estaria espelhada, quanto fosse decorrente de duas instituições que passam a ser tomadas como razão de ser da democracia liberal: o parlamento e a liberdade de expressão.

Importa observar que a casa parlamentar passa a representar o conjunto dos integrantes do antigo "terceiro estado", que, agora, passa a deter o destino da legislação e da autoridade para dizer o que é a "constituição". Ao lado, uma imprensa livre que deve veicular o que se denominará "opinião pública", sendo esta outra coisa senão a opinião daqueles que ascenderam ao poder e que podem dar-se ao "prazer da leitura".

Atualmente, John Rawls fornece um conceito de razão pública, o qual, embora sujeito a críticas pelo seu caráter abstrato, revela todo o conteúdo material dessa expressão. Diz o referido autor que a "razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham *status* de cidadania igual. O objeto dessa razão é o bem do público: aquilo que a concepção política requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir"[93].

Frise-se que a crítica de se tratar de um conceito abstrato sequer pode se transformar em uma objeção, desde quando não se tem uma forma concreta de conceituação de tal princípio. Prossegue Rawls, afirmando que "portanto, a razão pública é pública em três sentidos: enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base"[94].

---

91 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado; introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

92 A concepção do denominado "terceiro estado" é tomada de empréstimo de: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État*. Nesse opúsculo, o autor parte de três indagações básicas: "1ª) O que é o Terceiro Estado? – Tudo. 2ª) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – Nada. 3ª) O que é que ele pede? – Ser alguma coisa".

93 RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 261.

94 Op. cit., loc. cit.

Do que se pode notar, essa concepção de razão pública se constrói sobre uma racionalidade oriunda de opiniões e considerações de uma comunidade composta de pessoas razoáveis, as quais compartilham certo consenso sobre uma concepção de justiça. E, para tanto, há de existir uma relativa igualdade dos pontos de partida entre as pessoas, a fim de que as questões fundamentais daquela comunidade possam ser decididas.

A real dificuldade, longe de se reportar à delimitação do conceito de razão pública, diz com a sua identificação no seio de uma comunidade complexa e que não guarda consenso sobre os direitos. É que, nada obstante a intensa interferência do direito nos diversos espaços do mundo da vida, a acomodação dos interesses dos atores sociais não significa uma tarefa linear. Os conflitos decorrem das assimetrias existentes entre as pretensões das classes de indivíduos, no momento da incidência da norma jurídica, a qual se pretende geral e abstrata.

E, mais do que isso: se a casa parlamentar, suscetível às paixões dos grupos e das facções, poderia guardar, integralmente, os direitos essenciais daquela comunidade, sem soçobrar diante dos embates normais na esfera de um ambiente político. A grande pergunta que se fez, então, é se o parlamento teria a necessária serenidade para guardar direitos fundamentais da sociedade, sendo estes os que foram conquistados nas revoluções liberais.

Assim, um aspecto fundamental passa a assumir relevância, a partir da construção do instituto do *judicial review*, eis que, a par da experiência europeia centrada no legislativo que ainda perdurará por mais de um século, o engenho americano introduz no direito e na ciência política uma concepção de controle por um poder, supostamente moderado, que se traduz no judiciário.

2.2 As esferas necessárias das "opiniões públicas" e o seu impacto na jurisdição constitucional e na identificação e suprimento de lacunas

Como não se poderia falar em jurisdição constitucional naquela quadra da história, a própria constitucionalidade das decisões tomadas já se situava, seja na razão de estado, expressa pela centralidade do poder no monarca, seja pela razão pública, manifestada pelas casas parlamentares. Em ambas, contudo, não se pode descurar da essência da legitimidade havida do consenso estabelecido e decorrente do seu próprio ambiente social.

Assim, um primeiro problema fundamental de legitimidade da jurisdição constitucional diz respeito à possibilidade de "opiniões públicas" ou "opiniões tornadas públicas" sobre um tema controvertido poderem ser consideradas pelo tribunal durante o processo decisório. E isso é consequência direta da ampliação das oitivas que se deu no âmbito das cortes constitucionais, que não mais se restringem a opiniões estritas de especialistas técnicos da área jurídica.

Obviamente, que o pano de fundo desse debate remete ao papel político da jurisdição constitucional. É que, para a atuação da corte, por mais que permeada pelo discurso jurídico, que se pretende dotado de racionalidade, revela-se inescondível o suporte político da decisão. E sobre isso inexiste qualquer novidade, muito embora esse possa ser considerado o calcanhar de Aquiles da jurisdição constitucional[95].

Diante disso, se a decisão da corte constitucional é dotada de atributos políticos, ainda que ornada de argumentação jurídica, o tema da opinião pública – ou do alinhamento da decisão judicial com ela – passa ao centro da discussão. A essência de uma decisão política é se encontrar de mãos dadas com a opinião prevalecente no contexto de quem determina os processos decisórios naquele momento histórico.

Obviamente que, quando se fala em possibilidade de "escuta" da opinião pública por uma corte constitucional, leva-se em conta que tal pode ocorrer quando de decisões proferidas em questões difíceis. Não se trata de problemas corriqueiros da jurisdição constitucional, para os quais os remédios jurídicos já se mostram consensuais e a própria ordem estabelecida permite o suporte decisório direto.

Com isso, a questão central passa a ser: se as cortes constitucionais, cuja parcela de poder adveio, originariamente, das limitações da democracia parlamentar na garantia de direitos para atores novos surgidos na esfera pública, devem estar atentas à opinião pública; se as cortes constitucionais possuem instrumentos para aferição dessa denominada opinião pública; e se, em democracias modernas e complexas socialmente, é possível aferir uma opinião pública.

E isso decorre da constatação de que o espaço de debates – o espaço de "convencimento" exercido por determinada opinião pública influente na decisão estatal – deslocou-se em uma perspectiva histórica das "concelhias" régias, passando pelos "estados gerais", pelo parlamento e, por fim, desembocando nas salas dos tribunais. Não se pode olvidar que a inovação do *judicial review* foi deslocar para o judiciário a

[95] O herói grego, banhado no rio Estige por sua mãe, Thétis, ficara com o corpo invulnerável, salvo o calcanhar, por onde sua mãe o segurara. *In* BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia: história de deuses e heróis** - tradução de David Jardim Júnior. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018.

definição de questões fundamentais tratadas na constituição e afetas ao legislativo e, bem antes, circunscritas ao monarca.

Toda a tradição europeia se estabeleceu, no princípio, na consideração de que caberia ao monarca a tarefa de sanar eventuais incongruências entre a legislação ordinária e a norma fundamental; depois, na visão de que essa competência seria do parlamento, como expressão em última análise da vontade popular. Observa-se que, nesse contexto, há uma luta entre os poderes dominantes e contrastantes sobre quem detém, ao fim e ao cabo, a soberania estatal.

Portanto, o debate instaurado já na década de 1930 de quem seria o guardião da constituição entre Carl Schmitt e Hans Kelsen representa o último ato dessa discussão na Europa continental. Discussão essa, frise-se, cuja solução já tinha sido definida há mais de um século nos Estados Unidos em favor do poder jurisdicional; e, em solo europeu, apenas principiava a solução austríaca no controle jurisdicional de constitucionalidade.

Para Kelsen, "dentro da atmosfera política da monarquia, essa doutrina do monarca como *guardião da Constituição* era um movimento eficaz contra a busca, que já então aflorava de quando em quando, por um tribunal constitucional"[96]. Prossegue o eminente jurista na crítica a essa teoria, argumentando que a tese de Schmitt de que, diante do art. 48 da Constituição de Weimar, a guarda da constituição estaria em favor do presidente, nada mais pretende do que "restaurar a doutrina de um dos mais antigos e experimentados ideólogos da monarquia constitucional – a doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant – e aplicá-la sem qualquer restrição ao chefe de Estado republicano"[97].

O escrito de Carl Schmitt tem o mérito de trazer ao debate ponto mais do que relevante sobre o caráter político da jurisdição constitucional, mesmo associando a ela o risco de contaminação dos tribunais com questões eminentemente políticas[98]. A solução proposta é que se revela anacrônica, porque tenta justapor a um problema de uma república do século XX uma tese testada especialmente em monarquias de séculos precedentes.

De fato, a polêmica havida entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição restou superada no tempo. A formulação de Kelsen,

---

96 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 242.

97 Op. cit. p. 243.

98 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

no sentido de que uma Corte Constitucional era o órgão adequado, foi consagrada em praticamente todos os países em que se reconheça a norma constitucional como soberana, e não a vontade, pessoalizada, de um mandatário[99].

Porém, como visto, não se deve esquecer que tal polêmica tinha como substrato o fato de que a interpretação constitucional se refere a uma atividade política. Nesse aspecto, não se pode afirmar que os problemas levantados por Carl Schmitt estejam completamente superados. Pode-se dizer que a sua solução o esteja. Mas, a discussão acerca dos limites de atuação de uma corte constitucional, ao contrário, encontra-se na ordem do dia.

Pode-se mesmo afirmar que o diagnóstico efetivado por Schmitt contém evidências seguras de como o debate quanto à jurisdição constitucional seria levado, inclusive no futuro; a solução que propunha é que se revelou equívoca, porquanto anacrônica e que tinha o condão – como a experiência histórica mesmo demonstrou – de concentração de poder autoritário em determinado ocupante do cargo executivo.

Não é demais lembrar, a fim de se estabelecer uma compreensão sobre os limites de uma corte constitucional, que a sua tarefa contém dimensão que, embora imbricada, não deve se confundir com os signos da política. Mas, os primórdios desse debate estão encerrados no conceito do *judicial review*, com uma poderosa defesa por parte de Alexander Hamilton nos artigos federalistas, especialmente no de n. 78. Permeia esse artigo federalista a ideia de que uma judicatura independente – e igualmente

---

[99] Ari Marcelo Solon, assim descreve a referida polêmica: "Em 1931, aparece o livro de Schmitt, *O guardião da Constituição*, cujo prefácio que apontava para a situação de crise daqueles anos terminava com a inquietadora citação: 'Res dura et regni novitas me talia cogunt. Moliri'. Em tradução livre: "a seriedade da situação e a insegurança das novas relações de poder nos coagem a realizar o necessário". O necessário parecia ser, rompendo com todas as concepções clássicas, situar a soberania no nível do executivo. Schmitt reivindicou, nessa publicação, a função imparcial e garantidora de 'guardião da Constituição' ao Presidente da República, assim como outrora Benjamin Constant havia atribuído o 'pouvoir neutre' ao monarca constitucional. Seu mestre de Estraburgo, o positivista Paul Laband, foi quem cunhou este termo de 'guardião da constituição' para o imperador germânico. O fato de a corte suprema alemã também reivindicar este título, é apontado como grave erro teórico e político devido à influência da 'solução austríaca', seus 'normativismos e formalismos abstratos' em criar um novo poder político legiferante como uma falsa jurisdição (retornaremos aos pressupostos teóricos desta crítica nos próximos itens, mas desde já, salta aos olhos uma contradição, pois quem cria um Tribunal Constitucional altamente político não pode ser um 'normativista estéril'). À luz do diagnóstico da confusa situação constitucional daquela época (caracterizada como um pluralismo de grupos sociais e econômico ameaçador da unidade política do povo), Schmitt prescreveu, como amargo remédio, a adoção pelo Presidente da República dos poderes excepcionais contidos no artigo 48 da constituição de Weimar, que lhe facultariam editar 'decretos em substituição a leis' e a reconhecer 'um estado de necessidade e de exceção econômico-financeira'. Mais uma vez, Schmitt contribui com uma das fórmulas de seu rico arsenal para justificar os poderes excepcionais do Presidente, a quem não faltaria legitimidade, pois foi eleito por todo o povo e era suscetível de uma legitimação plebiscitária, em confronto ao Parlamento, convertido num 'teatro de um sistema pluralista', 'incapaz de agir'. Kelsen reagiu prontamente com o escrito 'Quem deve ser o guardião da constituição?' onde emprega, contra o adversário, seu maçante aparato teórico e ensaia uma crítica ideológica, por vezes ingênua, por vezes incisiva". (**Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 106-107).

portadora de boa conduta – serve como barreira em face de "usurpações e opressões do Legislativo"[100].

Esse aspecto é necessário ressaltar, porque, longe de a preocupação se dirigir ao chefe do Poder Executivo, Hamilton a coloca no patamar no Poder Legislativo, o que já demonstra a modernidade de que era imbuída a empreitada na construção das instituições naquela nascente federação. Verifica-se que, na altura daquela quadra histórica, não havia mais um debate acentuado sobre o grau de intervenção do monarca no papel de produção da norma jurídica e do risco que isso pode trazer na intervenção da sociedade em questões fundamentais de liberdade, por exemplo. A grande questão é se o legislativo não poderia ser tomado por um palco de facções, as quais seriam redutos da defesa de direitos dessas parcelas ocasionais da sociedade, burlando diretos fundamentais da comunidade.

Tal questão, atualmente, resta sem grande complexidade, porque a discussão sobre as tensões da jurisdição constitucional se dá, especialmente, nas relações com o Poder Legislativo. Mas, naquele momento histórico, na Europa continental a preocupação consistia na desconfiança da magistratura pela sua relação com o chefe do governo monárquico, seja no aspecto de subserviência ao antigo regime, seja mesmo no reiterado descumprimento de promessas legais, pela prática voluntarista na interpretação dos juízes. E, como consequência, a solução deveria ser atribuir todo poder ao parlamento, considerado como parcela da soberania popular e, portanto, dotado da "razão pública". A discussão se situava na expansão ou restrição que cada parlamento possuía quanto às demandas advindas dos estratos sociais, mas sequer era posta em dúvida a discussão sobre uma ausência de "serenidade" do legislativo para guiar questões fundamentais"[101].

Ao revés, os Estados Unidos da América atribuem como possível problema o próprio parlamento, por ser esse apto a ser capturado pelas facções. Essa é a grande construção histórica que perfaz a grande nação do norte da América, porque coloca o problema um passo adiante e constrói uma solução que modifica a forma como se dá o controle de constitucionalidade. E nisso altera o papel que o judiciário passa a jogar dentro do concerto de poderes estatais.

---

100 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed., Campinas: Russell Editores, 2005, pp. 469-470.

101 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État*. Observe-se que o grande de debate nesse opúsculo, contemporâneo aos artigos federalistas, era que o denominado "terceiro estado" – o povo – tivesse seus direitos fundamentais respeitados no âmbito da "Assembleia Nacional", isto é, o parlamento.

A posição contrária ao poder de dizer a constitucionalidade das leis se situar no âmbito do próprio legislativo, Hamilton a fundamenta em que não se deve admitir "que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobreporem a própria vontade à de seus constituintes"[102]. Dessa forma, faz uma distinção clara entre uma vontade primária, situada na esfera dos constituintes, de uma vontade derivada, relativa aos congressistas eleitos para as legislaturas ordinárias.

De sua parte, ao colocar o judiciário como árbitro entre o povo – representação dos próprios constituintes – e o legislativo, Hamilton considera aquele como um intermediário entre esses dois entes, com o fim de "manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação"[103]. Naquele momento, em solo francês, o grande debate revolucionário proposto por Sieyès era "seguir os interesses do Terceiro Estado até a discussão pública que vai ocorrer sobre a verdadeira composição de uma Assembleia Nacional"[104].

Para os federalistas, o debate se dava no fato de que consideram a constituição como sendo a lei principal à qual devem obediência os legisladores ordinários e os juízes, sendo que estes últimos, quando declaram a inconstitucionalidade de determinada lei, nada mais fazem do que corrigir o rumo daqueles primeiros, até porque os considera como autoridades delegadas[105]. Tratando-se de autoridades delegadas os legisladores ordinários, ao formularem uma lei, devem obediência irrestrita ao texto da constituição. E, se afrontarem esse limite, devem ser corrigidos pelo judiciário, no exercício do *judicial review*.

Nessa premissa já estavam contidos todos os fundamentos que discutem a origem do controle de constitucionalidade, os quais são aprofundados pela jurisdição constitucional e objeto de estudo pela doutrina constitucional em tempos atuais[106]. Nem se olvide aqui que a tarefa mais emblemática da jurisdição constitucional é, certamente, suprir lacunas no texto constitucional, sob o palio de que o faz para garantir direitos fundamentais.

Para tanto, uma premissa básica deve ser considerada, isto é, o fato de que Hamilton qualifica um aspecto essencial do texto, tratando da constituição limitada, na medida

---

102 Op. cit., p. 471.

103 Op. cit., p. 471.

104 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 68. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État*.

105 Op. cit., p. 471.

106 Ver: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

em que "contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis *ex post facto* e outras similares"[107]. Nesse conceito estão consignados todos os fundamentos originários do que se denomina atualmente controle de constitucionalidade e que é objeto de obras atuais sobre direito constitucional[108]. Ainda mais relevante considerar que sequer existia naquele momento histórico consenso sobre a possibilidade da intervenção dos juízes em um espectro tão relevante sobre decisões fundamentais da sociedade.

Para escapar a uma objeção relevante, de que estaria situando o judiciário acima dos demais poderes, Hamilton formula tese engenhosa e original, tanto mais quando se considera o seu momento histórico. Afirma que o *judicial review* "não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo", pois apenas "supõe que o poder do povo é superior a ambos". E conclui que "sempre que vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias"[109].

Portanto, o *judicial review* repousa sua legitimidade na defesa do próprio povo, que traduz sua vontade na escrita do texto constituinte originário, cuja ascendência sobre as normas legislativas ordinárias é inconteste. Assim, Hamilton resolve o possível impasse sobre a preponderância do judiciário que poderia resultar do *judicial review* em relação aos demais poderes, colocando o povo como um ente que paira acima de todos, legisladores e juízes.

No texto do federalista n. 78 não há uma descrição clara do que se considera como sendo o povo. Pode-se intuir que faz uma correspondência entre povo como ente abstrato, cuja vontade soberana se encontra posta no texto constituinte. Pode-se ainda especular que Hamilton não faz corresponder "povo" às maiorias ocasionais, as quais, em determinados momentos, podem perturbar a constituição e os direitos individuais. E tal perturbação que se daria "através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas", as quais "algumas vezes envenenam o povo e que, embora este rapidamente se recupere após ser bem informado e refletir melhor,

---

107 Op. cit., p. 471.

108 TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: superando as teses do "legislador negativo" e do ativismo de caráter jurisdicional. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **Estudos de direito processual constitucional**: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 197-217.

109 Op. cit., p. 472.

tendem, entrementes, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade"[110].

Observa-se que Hamilton, em uma só manifestação, estabelece as premissas do *judicial review*, como defesa do texto constituinte – e, por consequência do próprio povo que exercitou essa vontade primária –, e como abrangente de direitos individuais e cláusula de bloqueio da opressão da maioria sobre a minoria. Não se pode deixar de perfazer aqui um diálogo do conceito de povo como uma questão fundamental das democracias modernas e que, diante dos limites do *judicial review*, do quanto isso pertine aos problemas que isso resulta para o direito[111].

Esse debate se revela mais intenso em Zagrebelsky, quando questiona o que denomina de uma ilusão de que há uma vontade sábia entre o povo simplesmente por ser povo. Assim, a autoridade do povo deve advir não "das qualidades que o fazem similar a Deus", mas das limitações em que se verifica a condição humana, porque na "democracia crítica, toda decisão deve ser revogável e passível de ser revista"[112].

Daquilo que se viu, Hamilton situava esse povo dentro de um conceito "abstrato" como vontade que se expressa no texto constituinte, o qual é trazido ao mundo da vida prenhe de valores e de defesa de direitos individuais. Em outro vértice, encontra-se o povo como "ente histórico", o qual se constitui em maiorias ocasionais, visualizado em "determinadas conjunturas", representantes de "momentâneas tendências", que podem colocar a maioria "em oposição aos dispositivos da Constituição vigente"[113].

Considera, então, Hamilton que, "até que o povo tenha, por algum ato solene e peremptório, anulado ou alterado as normas vigentes, elas devem ser obedecidas tanto coletiva como individualmente e nenhum pressuposto ou mesmo conhecimento das intenções do povo poderá autorizar seus representantes a furtarem-se, antes do referido ato, ao cumprimento daquelas normas"[114]. Observe-se aí a admissão de um papel moderador do judiciário no concerto das decisões fundamentais na sociedade e nisso o embrião de todo um questionamento sobre o papel do juiz nesse processo decisório fundamental. Até mesmo na legitimação do processo decisório, no sentido dos debates acerca dos precedentes, porque quem o firma "não é mais um expectador,

---

110 Op. cit., p. 473.

111 Nesse sentido, sobre a discussão do conceito de povo, em especial para as democracias modernas, ver: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. 7. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

112 ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

113 Op. cit., p. 473.

114 Op. cit., p. 473.

que pode decidir friamente sem reagir às alegações dos seus pares e dos advogados, mas alguém que, num ambiente de permanente questionamento e discussão, expõe e testa seus argumentos"[115].

Assim, o judiciário parte de uma postura inerte e entra em uma arena do franco debate, o que em muito não destoa do que se tem da forma de debate nos parlamentos. Ocorre que, assim como no tempo de Hamilton, quando nos tempos atuais, exige-se desse mesmo judiciário que, nada obstante esteja nessa arena franca de debates, aja com moderação. E que essa moderação deve servir para equilibrar surtos sociais momentâneos, encaminhando a comunidade a deliberar, de forma refletida e solene, sobre seu próprio futuro.

Não seria exagero afirmar que, na concepção de Hamilton, o *judicial review* é um elemento da defesa daquele povo "ente abstrato" (mas presente no espírito que anima o texto constituinte) frente ao povo "ente histórico", que pode se manifestar em determinados momentos contra direitos individuais, afetando a própria base daquela comunidade.

Claro que Hamilton considera que é "necessária uma forte dose de retidão, por parte dos juízes, para cumprirem seus deveres como fiéis guardiães da Constituição, se as invasões do Legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade"[116]. Não se verifica grande diferença entre essa exigência de outrora do embrião do juiz da constitucionalidade das leis para o atual juiz constitucional. Para Dworkin, por exemplo, tal questionamento – que resultaria no caráter político das decisões judiciais – se resolve em que "os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político"[117].

Não se pode olvidar, assim, o intenso papel dos juízes nessa arquitetura do *judicial review* ideada por Hamilton e que, de certa forma, permeia a sua própria construção instrumental no âmbito da Suprema Corte. E nem, de outra parte, pode-se ocultar a correlação do objeto do *judicial review* com o próprio povo, dentro dessa concepção de que este revelou sua vontade constituinte, a qual deve ser "guardada" pelos juízes, mesmo em face do legislador.

---

115 MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

116 Op. cit., p. 473.

117 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6.

Assim, a cláusula de defesa da constituição, pelo Poder Judiciário, é a manifestação da própria defesa do povo, a constituir elemento forte de legitimação do poder dos juízes na tarefa do controle de constitucionalidade das leis. E, nisso, assenta-se a parcela maior da legitimidade da jurisdição constitucional, revelada na sua dimensão universal, no sentido de que transcende o aspecto histórico momentâneo.

Ora, diante disso, como não falar na possibilidade de que o judiciário, no enfrentamento dessas graves questões constitucionais, deve observar o que "pensa" a opinião pública? Concordar-se com isso, ou não, é uma opção. O que não se revela uma opção é supor a inexistência da interferência de uma "opinião pública" nas decisões de uma corte constitucional, desde quando, ao atuar nos casos difíceis, deverá sabiamente auscultar o interesse público, que se encontraria, em tese, acima das próprias maiorias ocasionais formadas no âmbito do legislativo.

Se essa é uma decorrência do que se chamou evolução histórica do constitucionalismo ocidental, o enfrentamento do tema da opinião pública e da sua intromissão nos assuntos de uma corte constitucional se revela evidente. Não sem antes debater sobre a possibilidade de uma definição de razão pública – elemento central do que se pretendeu convencionar de "opinião pública" nas sociedades atuais – em uma comunidade dita pós-moderna. Mais do que isso: sobre a própria possibilidade de obtenção de uma "verdadeira" opinião pública.

Se a jurisdição constitucional, dentro da visão hamiltoniana, em última análise, obedece ao povo e também o "guarda", e se tem o ônus da defesa precípua do texto, sendo este a um tempo expressão da vontade daquele e limite da vontade dos juízes, a concepção de razão pública passa a informar, na essência, o conteúdo dessa mesma jurisdição. Isso, levando-se em conta que razão pública pode ser o centro, inclusive, dos denominados direitos fundamentais, o que toma a importância central no debate.

Nesse ponto, é imperioso esclarecer que não se está afirmando que a "razão pública" será, exclusivamente, tratada no âmbito da jurisdição constitucional. Até porque os demais poderes e órgãos estatais fazem emanar normativos, os quais buscam, como decorre de sua própria motivação, a consagração de um interesse público (razão pública). Mas, é relevante notar que, a partir da construção dos fundamentos do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, o espaço de debate de uma "razão pública" se desloca, definitivamente, da arena legislativa para a do judiciário, no que concerne à definitividade das decisões nesse particular.

A entrada da jurisdição constitucional no centro desse debate decorre também do fato de que, diante da "invasão do direito" nos diversos espaços da vida, a judicialização das questões afetas se torna uma decorrência lógica. Não se trata de uma interferência voluntária do judiciário – até porque deve ser um poder inerte inicialmente –, mas isso resulta, igualmente, da intensa normatização dos processos cotidianos e de largas camadas de fatos que, até há pouco tempo, passavam incólumes à autoridade do direito.

O problema que surge é outro: até que ponto o judiciário tem a possibilidade de extrair esse conteúdo de "razão pública" e ser o portador legitimado a decidir sobre ela. E mais, se os problemas que daí surgem não trazem o judiciário para a arena política, em um movimento em que, de um lado se perde a "serenidade" do juiz e, de outro, não se ganha no conjunto uma decisão racionalmente posta.

Mas esse debate não pode ser posto sem se colocar uma premissa básica que diz respeito à necessária identificação, doravante, mesmo que não sendo explícita, entre "razão pública" e "direitos fundamentais". Nesse contexto, a mesma discussão acirrada nos primórdios do estado moderno sobre quem mais estava preparado para discernir racionalmente o conteúdo de uma "razão pública" passa a ser quem mais adequado pode decidir sobre o que é um "direito fundamental".

2.3 Identificação da razão pública com os direitos fundamentais: jurisdição constitucional e os limites de "escuta" de uma opinião pública

Da análise da (im)possibilidade de uma razão pública em uma comunidade pós-moderna deriva a apreensão acerca da existência, ou não, de uma "verdadeira" opinião pública. Pode-se dizer que, em se tratando de uma sociedade constituída de atores variados, com interesses múltiplos e desconformes, como seria possível extrair a ocorrência de uma razão pública? Ou, não sendo possível, se a razão pública não se reportaria a um mero arquétipo conceitual, genérico, desprovido de conteúdo realizável na esfera do mundo da vida?

De outra parte, a fim de se estabelecer uma compreensão sobre os limites de uma corte constitucional, tem-se que a sua tarefa contém dimensão que, embora imbricada, não deve se confundir com os signos da política. Essa advertência se revela essencial, porque, embora se tenha a busca na jurisdição constitucional da identificação da razão pública – especialmente na delimitação dos direitos fundamentais –, há de se ter em

conta a necessidade de separação dos campos da política e do direito, sob pena de se retornar à configuração da razão de estado do séc. XVI, conforme tratado acima.

Nesse ponto, é preciso refletir, com a mesma percepção de Dieter Grimm, para quem "a Constituição não pode realizar uma total juridicização da política. Se for tarefa da política adaptar a ordem social a exigências variáveis, ela necessita então de uma área de atuação que a Constituição pode delimitar de maneira diferenciada, mas não suprimir totalmente" [118].

E, a seguir, complementa que "a política como produtora do direito positivo transcende necessariamente este. Por conseguinte, a Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura. Em contrapartida, uma política totalmente juridicizada estaria no fundo despida de seu caráter político e por fim reduzida à administração[119].

As considerações acerca dos limites que devem ser postos à jurisdição constitucional interessam no que respeita à definição de parâmetros de atuação da própria corte constitucional.

A essa apreensão, não se pode negar outra, trazida por Bruce Ackerman, no sentido de que "o fracasso dos juízes em implementar os direitos positivos pode desmoralizar os seus esforços de proteger direitos mais tradicionais de liberdade negativa. (...) Sob tal cenário, o esforço ativista orgulhoso para constitucionalizar liberdades positivas pode resultar contraproducente, legitimando um abandono de inteira escala do projeto de tutela dos direitos liberais"[120].

Com isso, já se pode ter um panorama da dificuldade que possui uma corte constitucional nesse mister, no que se refere aos critérios para identificação dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, direito fundamental será tomado em uma acepção que considere "o caráter fundamental dos direitos fundamentais", na precisa concepção de Carlos Bernal Pulido[121]. Assim, os direitos fundamentais são direitos subjetivos com propriedades específicas, no que consiste a diferenciação quanto aos demais direitos subjetivos, de acordo com a sua doutrina.

---

118 GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10.

119 Op. cit., p. 10.

120 ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 109.

121 PULIDO, Carlos Bernal. **O caráter fundamental dos direitos fundamentais**. Revista de Direito do Estado 19-2017:17, 2010.

Primeiro, essa caracterização pelas propriedades formais ocorre por pertencerem a um capítulo dos direitos fundamentais na constituição, nisso também ressaltando o problema daquelas constituições que não contêm um capítulo específico sobre os direitos fundamentais e nem quando todos direitos catalogados como fundamentais assim são reconhecidos[122].

Com isso, exige-se que haja uma disposição integrante do texto constitucional para a configuração formal do direito fundamental, nada obstante existam disposições fora do texto constitucional que são consideradas direitos fundamentais e também há normas dentro do texto constitucional que assim não se configuram. E mesmo quando se remeter a uma outra fonte – pactos, tratados, convênios ou tratados sobre direitos humanos –, a constituição deve assim reconhecer tal fonte (como direito constitucional).

Demais disso, para Pulido, o direito fundamental deve ser assim reconhecido pela jurisdição constitucional. Prossegue o referido autor no sentido de que a fundamentalidade dos direitos fundamentais deve ser buscada somando uma propriedade material com um dos requisitos formais, sendo que as propriedades materiais dizem respeito à liberdade, autonomia e igualdade.

Nesse contexto, a liberdade concerne aos interesses fundamentais da pessoa liberal, considerando o conceito de pessoa liberal como aquela dotada de senso de justiça e como um ser racional. No campo da autonomia, os interesses fundamentais da pessoa democrática se revelam na autonomia do sujeito para dar consentimento às deliberações. Nesse aspecto, tem-se um ponto de idealismo, ao se remeter a uma certa ideia de vontade geral, na acepção de Rousseau, revelando a obediência ao direito como obediência do sujeito a si mesmo. De outro lado, Pulido retoma a teoria do discurso de Habermas, no sentido de que o participante do discurso racional, ao ser afetado pela norma, tenha dado o seu consentimento[123].

Para o referido autor, um direito subjetivo, para ser fundamental, deve possuir, como visto, ao menos, uma propriedade formal e uma propriedade material, além de que os direitos fundamentais representam "uma institucionalização dos direitos fundamentais morais"[124].

Nesse particular, toma relevo a consideração de que, tratando-se de uma institucionalização de direitos fundamentais morais, há de se verificar um mínimo

122 Op. cit., loc.cit.
123 Op. cit., loc.cit.
124 Op. cit., loc.cit.

consenso social sobre os limites tratados, bem como não se pode perder de vista a historicidade na formulação desses mesmos limites.

Para Pulido, como as propriedades materiais são abstratas, há uma margem de atuação do constituinte e do tribunal constitucional e, dentro dessa margem de ação, eles podem "estabelecer quais devem ser em cada sociedade os direitos fundamentais concretos capazes de garantir os interesses liberais e democráticos da pessoa política e as necessidades dela relacionadas com a proteção oferecida pelo Estado Social". E, "por mais que essa atuação de concretização pareça ser discricionária, ela possui, em todo caso, uma pretensão de correção e, por isso, sempre pode ser objeto de crítica na dimensão ideal do Direito"[125].

Como visto, não se pode negar que a cláusula dos direitos fundamentais não pode olvidar sua característica de consenso social e de historicidade, sendo claro que tais aspectos se revelam como limites a uma ideia de sacralização acrítica, dogmatizadora dos direitos fundamentais reconhecidos pela jurisdição constitucional.

Como visto, é possível perfazer essa correspondência entre razão pública – especialmente na acepção tratada acima de "vontade geral", como professada por Rousseau – e direitos fundamentais. Resulta disso que a tarefa das cortes constitucionais é, de um lado, garantir tais cláusulas, mesmo em face de maiorias ocasionais e, de outro, não desconhecer a historicidade de tais direitos, tanto porque, sendo frutos de uma "razão pública", podem cambiar em diversos aspectos ao longo do tempo.

No que concerne, agora, aos limites da corte para a consideração de uma opinião pública ou a possibilidade, ou não, de uma escuta dessa opinião pública, imprescindível fazer algumas considerações.

Em primeiro lugar, aceita-se aqui a objeção feita por Walter Lippmann sobre a real configuração de uma opinião pública[126]. Em segundo lugar, ainda que se tenha por válida a objeção, não se pode deixar de consignar que opinião pública não precisa, necessariamente, corresponder à ideia de uma opinião geral ou de uma ideia reveladora de um interesse público.

---

[125] Op. cit., loc.cit.

[126] O autor assinala que "o ambiente em que nossas opiniões públicas atuam é refratário em muitas maneiras, por censura ou privacidade na fonte, por barreiras físicas e sociais na outra extremidade, por atenção escassa, por pobreza de linguagem, por distração, por constelações inconscientes de sentimento, por desgaste, violência, monotonia. Estas limitações sobre nosso acesso ao ambiente combinam com a obscuridade e a complexidade dos próprios fatos que impedem a clareza e a justa percepção, substituindo ficções enganosas por ideias aplicáveis, impedindo-nos de adequados exames dos que conscientemente se esforçam em enganar" (*In*: **Opinião Pública**. Tradução e prefácio de Jacques A. Wainberg. 2. Ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, pp. 78-79).

Nesse contexto, admite-se que a opinião pública seja de parcela da comunidade que discute abertamente no espaço da esfera pública[127]. Se a discussão é feita de forma transparente, com a possibilidade de os argumentos serem contraditados, pode-se falar em uma opinião pública, a qual, neste particular, pode corresponder ao termo opinião publicada ou tornada pública[128].

Assim, à corte constitucional é possível exercitar a "oitiva" da opinião pública – mesmo admitindo que esta se reporte à mera opinião publicada –, especialmente pelo instrumento das audiências públicas e pelas intervenções de *amici curiae* nos processos onde são tratadas questões difíceis, como se encontra positivado no § 1º do art. 20 da Lei n. 9.868/1999[129].

A consideração dessa opinião pode decorrer de algumas características específicas do processo em discussão. Se a demanda disser respeito à questão técnico-científica, de alta complexidade, certamente a corte dará prevalência à oitiva da opinião externada por especialistas técnicos, quase que numa correspondência com os "pequenos auditórios aristocráticos" da era monárquica, dita absolutista. Se se tratar de processo cujo tema encontrar uma ampla discussão, pela própria generalidade da questão, certamente, o auditório será ampliado, para incorporar atores sociais que, não necessariamente, se qualificam como especialistas técnicos no assunto.

Neste ponto, existe uma objeção séria advinda dos meios jurídicos, os quais receiam que as questões possam ser submetidas a um escrutínio "popular" correspondente à forma majoritária de votação, em nada discrepando a corte constitucional de uma casa parlamentar. Ocorre que, muito embora relevante a objeção feita, se a questão propicia vários ângulos de análise, a corte pode "auscultar" essas impressões tornadas públicas, mesmo que não seja para angariar legitimidade para sua decisão. A abertura dada nesse atuar hermenêutico da corte pode trazer para o processo decisório aportes de atores sociais, cuja contribuição para melhor precisão interpretativa de uma dada expressão em debate seja mais relevante do que a de um jurista[130].

---

127 Expressão tomada de empréstimo de Habermas em: HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de F. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

128 Nesse sentido, ver as objeções feitas, em especial por: LIPPMANN, Walter. **Opinião Pública**. Tradução e prefácio de Jacques A. Wainberg. 2. Ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

129 BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 9.fev.2020.

130 Nesse sentido, a doutrina de: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Por fim, uma importante consideração deve ser feita: quando a opinião pública (ou tornada pública) interfere diretamente no processo decisório[131]. Essa possibilidade, aventada por vários escritos na área jurídica, tem se tornado frequente pela intensa publicidade dos julgamentos do STF, além da própria paixão derivada das controvérsias postas à apreciação por uma corte constitucional, que detém competência, no entanto, para diversas outras matérias, especialmente em direito penal.

Nem se avente aqui para outro importante aspecto que diz respeito aos limites de atuação da própria corte constitucional, enquanto órgão da jurisdição. E se reporta à advertência de que "o poder de julgar encontra limite na própria formulação da lei a aplicar"[132], do que resulta que a oitiva de uma "opinião pública" pode transformar o julgador em agente efetivo da legislação.

Todavia, a essa advertência pode-se trazer uma outra consideração, no sentido de que a "separação funcional de poderes não implica nem deve ser entendida como isolamento de um em relação ao outro"[133]. Nesse sentido, a questão nem tanto deve se reportar a um possível conflito entre poderes do próprio estado. Mas, à própria legitimidade da decisão que será proferida pela corte constitucional, a qual, embora revestida de tons jurídicos, pode se fundar em meras razões políticas.

A consequência mais direta dessa interferência diz respeito à potencial espetacularização dos julgamentos, que se revela prejudicial a uma apreciação serena da questão posta para apreciação da corte[134]. Todavia, essa possibilidade não autoriza uma assertiva de que a corte constitucional, em questões para as quais existam dúvidas razoáveis, não deva se esforçar para averiguar o sentido da opinião pública sobre aquela demanda.

Assim, como visto, a razão de estado, mesmo confinada a um espaço aristocrático de consulta, demandava a "escuta" ativa de conselheiros políticos e jurídicos. As decisões tomadas pelo soberano, muito embora tornadas visíveis pelo manto da potestade real, traziam no seu bojo amplo espectro de consentimento daqueles que integravam os escalões de poder, mesmo em monarquias ditas absolutas.

---

131 Nesse sentido, é a advertência de Patrícia Perrone Campos Mello, na obra: **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 293-333.

132 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização dos poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de 'O espírito das leis'. **Revista dos Tribunais**, v. 97, n. 868, p. 53-68, fev.2008.

133 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O mito da separação de poderes e a necessidade real da legislação delegada. **Revista Jurídica – CCJ**. v. 20, n. 42, p. 85 - 112, maio/ago. 2016.

134 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017, p. 402-423.

Nesse momento, a razão de estado é um amálgama da própria sociedade que ainda desconhece o que viria a ser o "terceiro estado". O estado, naquele momento histórico, é a reunião dos senhores detentores de posses e em cujo âmbito se situava o entorno da vassalagem, que lhe rendia obediência.

Com isso, a razão de estado externava, com a devida correspondência à realidade, a essência daquela sociedade que se constituía pela hierarquização da relação de mando, resultando em que, com o consenso aristocrático obtido, a verticalização da ordem a ser tornada pública não poderia encontrar resistência.

O conceito de razão pública se torna premente na sociedade ocidental moderna, no momento em que se dilata o "pequeno auditório", representado pelas salas de conselhos reais, premido pela necessidade de abarcar novos atores do espaço de poder real: a burguesia nascente, desprovida dos privilégios da nobreza e do clero.

O novo "auditório burguês", contudo, é composto de pares, de iguais, cujos consensos decorrem da liberdade de expressão decorrente, em especial, da liberdade de imprensa. Para tanto, os consensos que serão formados dependem da relativa homogeneidade de uma classe que pode ter acesso a jornais escritos e que possui tempo para leitura e para exercitar um debate livre.

Nada obstante a expansão desse auditório, englobando extensa camada de pessoas antes desprovidas de privilégio decorrente do nascimento ou do título que ostentavam, esse conjunto de indivíduos ainda desconhece a oitiva de várias categorias sociais, a exemplo das mulheres e dos operários. Sendo assim, trata-se de um auditório que seleciona seus debatedores pela autonomia que decorre da renda auferida na sua classe social, pois o sujeito de direito exige a inserção ativa na engrenagem econômica na nascente sociedade industrial.

Para o poder político, a transição se deu de forma radical, não raro através de movimentos revolucionários. E o foro, por excelência, que passava a representar a força desse novo "auditório" burguês, ampliado, se revela nos parlamentos. Não por outra razão que ao judiciário é relegado um papel subalterno de mero cumpridor dos ordenamentos emanados dos parlamentos.

A força da jurisdição constitucional se verifica com a crise do sistema parlamentar europeu, devendo ressaltar que, na experiência americana, a construção de Hamilton se antecipa a essa tendência que, somente um século depois, seria vitoriosa na Europa continental. O desgaste da democracia representativa, centrada no auditório cuja figura por excelência é o parlamento, pode ser visualizada como a incapacidade de

esse espaço de oitiva ter sido capaz de aglutinar a escuta dos variados setores de uma sociedade muito complexa do final do séc. XIX e que se consolida ao longo do séc. XX.

Uma das consequências foi atribuir tal mister à jurisdição constitucional, passando o judiciário a deter parcela relevante de poder político, que consiste na delimitação de direitos fundamentais intangíveis à ação, inclusive, das maiorias parlamentares ocasionais. Disso resulta grandes problemas para a jurisdição constitucional, porquanto propicia, nas demandas difíceis (nas quais inexiste consenso sobre os termos e temas em disputa), uma aproximação entre as esferas política e jurídica.

Nada obstante todas essas considerações, retoma-se aqui questão muito particular que diz com um raciocínio fundado em argumentos sacralizados. Da sacralização resultam dogmas, os quais passam a sobreviver independentemente de uma fundamentação adequada à sua aplicação ao mundo da vida. E várias das concepções da ciência política e, por consequência, do direito têm sua ascendência em conceitos teológicos secularizados. No tocante à soberania, por exemplo, Carl Schmitt demonstra sua origem em ideia de um Deus único, indivisível[135], conceito esse que adentrou a ciência política e serviu de justificação ao poder absoluto, sendo Jean Bodin o maior defensor da indivisibilidade do soberano[136].

No tema de direitos fundamentais, o risco existe, desde quando se negue a limitação do escopo dos direitos fundamentais e não se lhes atribua a veste da historicidade. Nesse primeiro aspecto, há de se fazer o reconhecimento da relatividade dos direitos fundamentais; no segundo, não se pode "descolar" o conceito de determinado direito fundamental de sua aptidão secular e da sua tradição histórica.

Pode-se objetar que, dessa forma, retira-se parte da carga valorativa do direito fundamental, cerceando, em determinados momentos, a realização do seu núcleo essencial. Isso pode ser verdade, mas não exclui a sua relação circunstancial com a história das instituições e com seu papel dentro da estrutura reconhecida de direitos.

Demais disso, ao não reconhecer um caráter de "plasticidade" ou de "dinâmica" na visualização das características intrínsecas dos direitos fundamentais, tal postura pode resultar na manutenção de interpretações desajustadas da realidade que cerca atualmente o contexto da norma.

Obviamente, que qualquer reconhecimento na "dinâmica" de visualização de determinado direito fundamental não pode ser feito sem a necessária transparência do

---

135 SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Organização por Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

136 BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Tradução, introdução e notas de José Carlos Orsi Morel. Revisão técnica da tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone Editora, 2011.

intérprete, a fim de demonstrar essa correlação e permitir que o destinatário da norma interpretada possa verificar – e, se for o caso, discordar – desse manejo hermenêutico.

A sacralização de conceitos dos direitos fundamentais pode ocasionar, igualmente, que às cortes constitucionais seja atribuída a pecha de oráculos. E, dentro do perfil da modernidade, mesmo o oráculo deve demonstrar qual o método utilizado para atingir a sapiência reconhecida pela comunidade. É dizer: essa sapiência não mais se justifica por ser oráculo, mas desde que o processo de sua interpretação seja possível controlar.

Por fim, o deslocamento da legitimação pela origem na divindade para o centro da humanização de determinado conceito – nisso incluídos, com especial nota, os direitos fundamentais – não pode acarretar processo inverso.

A corte constitucional não pode declinar da possibilidade de "auscultar" a opinião pública, ainda que haja grandes dificuldades para a sua identificação e integração ao seu processo decisório. De outra parte, o fato de a opinião pública não representar, necessariamente, uma ideia de interesse público ou de bem comum (razão pública), não a desqualifica pelo mero fato de ser uma "opinião publicada". É que, nesse caso, o posicionamento tornado público pode ser tomado como elemento decisório, ainda que submetido a esse processo de relativização.

Contudo, nesse dilema de a corte ter que se manifestar quanto ao suprimento de alegadas omissões, lacunas e regulações normativas deficientes, não pode ultrapassar determinadas barreiras, sob pena de perda de legitimidade de suas decisões. E isso decorre, inclusive, da igual necessidade de balizar as informações que advêm das "opiniões públicas" ou "tornadas públicas", eis que a corte não necessariamente detém mecanismos de filtros de tais manifestações.

De outra parte, não pode olvidar que a lacuna, a omissão e a relação normativa deficiente são as fronteiras do que se pode chamar de "jurídico" e do que se pode denominar "apto a ser jurídico". Disso decorre a consideração de que há limites hermenêuticos à atuação da corte e que as técnicas decisórias de identificação do que se denomina "silêncio eloquente" ou, ao revés, da chamada "regulação normativa deficiente" não podem ser chanceladas de forma acrítica para o suprimento de omissões ou mesmo para a declaração de que a norma dispôs sobre tudo.

E, demais disso, existe um espaço para o silêncio na "pauta" da norma de direito, porque, como visto, se tudo é direito, nada o será. Mais do que isso: se o direito se espraia para atingir todas as esferas do mundo dos fatos, o desprestígio da norma poderá

ocorrer em consequência, desde quando há um limite de atuação dos indivíduos que é infenso à incidência do fenômeno jurídico.

3 O silêncio da norma como a determinação do ser jurídico: a fronteira do direito

O plano deste texto iniciou pela consideração acerca da ideologia – e pensamento utópico – da completude do ordenamento jurídico, desde já pontuando os conceitos de lacunas, omissões e regulações normativas deficientes. Perfez, ainda, uma correspondência das lacunas ou omissões com os silenciamentos ou ausência de oitiva durante o processo de formação da norma jurídica. Prosseguiu com a aproximação entre a suscitação de tais lacunas ou omissões perante os poderes constituídos e o fato da ampliação dos auditórios nas sociedades contemporâneas, sem descurar de que processos de silenciamentos ou de ausência de oitivas podem ocasionar as manifestações de tais destinatários silenciados ou não ouvidos.

Neste ponto, retoma-se o silêncio como parte da determinação do que "é jurídico", a verdadeira fronteira do direito, seja quando tal silêncio se traduz como lacuna, omissão e regulação normativa deficiente, seja quando tal silêncio representa a "eloquência" do legislador ou, necessário dizer, como uma parte da "pauta jurídica".

Com isso, pretende-se discutir as limitações de tantos quantos pretendem a inexistência de omissões ou lacunas quanto daqueles que supõem possa o judiciário assumir essa tarefa com maior desenvoltura do que o legislador. Assim, defender que o silêncio seja a fronteira do "dito jurídico" não traduz um mero conformismo com eventual lacuna havida no texto legislativo; mas, representa o reconhecimento de que é, na esfera da análise do silêncio, que o intérprete pode discernir o "jurídico" do que apenas está "apto à normatividade do direito".

3.1 O silêncio normativo como espaço necessário à determinação da pauta da norma jurídica: a lacuna como a ocorrência de um silêncio sobre um relevante fato agora apto à normatividade

A relação entre silêncio e direito não é de todo desconhecida e nem olvidada pelos juristas. Regina Ferrari considera que "Refletir sobre o silêncio e seu significado para o direito é tarefa que seduz e encanta, em que pese a dificuldade encontrada para desmistificá-lo e compreendê-lo"[137].

[137] FERRARI, Regina. O silêncio e o direito. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte,

A doutrina clássica igualmente se preocupou em demonstrar que o silêncio também "pode ser interpretado, de molde a revelar o que constitui, ou não, o conteúdo da norma"[138], tudo isso a evidenciar que, ao menos para o trabalho do hermeneuta, o silêncio é essencial para indicar os caminhos da norma expressa. É dizer: o não dito tem a possibilidade de auxiliar a busca do sentido da norma que restou escrita.

Nada obstante, são escassos os textos de juristas que pretendem "desmistificar" esses espaços do silêncio dentro do discurso jurídico. E quando há um interesse do direito pelo tema do silêncio, tal ocorre pelo viés "mais barulhento" do silêncio, que se reporta à situação em que o texto normativo atribui consequências jurídicas diretas ao silêncio. Nesse sentido, é possível inferir em diversos pontos da legislação quando o silêncio é considerado uma expressa consequência ao destinatário da norma. Tais aspectos já foram situados no capítulo primeiro deste texto para demonstrar que a temática do silêncio não é alheio ao discurso jurídico e, mais, que com ele encontra diversos pontos de contato.

Mas, esse aspecto do que se poderia denominar de espaço do silêncio reconhecido como manifestação apta a formar consequência jurídica não é o objeto central deste trabalho. A preocupação aqui é com a fronteira do silêncio que, embora sem lhe ser dada uma consequência jurídica direta, essa "manifestação do silêncio", ainda assim, impõe ao operador do direito a ocorrência de uma possível omissão.

Neste ponto, a preocupação central é desvelar o silêncio – deveras incômodo – como uma fronteira do discurso jurídico, o qual se preocupa, de forma mais direta e exclusiva, somente com o dito e, em especial, com o dito expresso em textos escritos. Claro resta que se trata de tarefa que traz alguma dificuldade, porque "a fala divide o silêncio"[139], pois o não dito de forma expressa depende uma forma específica de apreensão, que em muito difere do que foi dito.

O texto jurídico já foi comparado a um romance em cadeia, no qual os juristas, em especial os julgadores, se sucedem "escrevendo" tal romance, peça por peça, capítulo por capítulo. Para essa concepção de Ronald Dworkin, com a sua denominada teoria do "romance em cadeia", a interpretação não seria uma mera operação de extração da

---

ano 13, n. 51, p. 81-97, out./dez. 2015.

138 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 208.

139 ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 6. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2007, p. 32. Complementa a autora: "O silêncio é disperso, e a fala é voltada para unicidade e as entidades discretas. Formas. Segmentos visíveis e funcionais que tornam a significação calculável. [...] O silêncio não está disponível à visibilidade, não é diretamente observável. Ele passa pelas palavras. Não dura. Só é possível vislumbrá-lo de modo fugaz. Ele escorre por entre a trama das falas".

literalidade da norma, mas o juiz se serve dos julgamentos pretéritos, valendo-se da história[140].

Neste trabalho, cujo objeto primordial é o silêncio e suas significações para o direito, pretende-se comparar o ordenamento jurídico como a pauta de uma obra musical. Ordenamento jurídico aqui pode ser substituído por texto de lei, norma jurídica, código legal, dentre outros aspectos mais reducionistas da expressão mais genérica "ordenamento jurídico", o que não faz diferença para o argumento central.

Um texto legal pode ser comparado com a pauta de uma música. Como é sabido, a música pode ser executada "de ouvido", para quem possui de memória todas as notas e acordes musicais daquela peça. Mas, de ordinário, considerando a extensão, bem como a impossibilidade de o executor da melodia saber, de antemão, todas as notas musicais, a peça é escrita na linguagem musical. A isso se dá o nome de pauta, a qual pode ser traduzida como a escrita da música, a forma como ela, na sua linguagem de notas semibreves, mínimas, semínimas e outras tantas repartições de tons e semitons, é escrita e se apresenta ao músico executor na forma de uma partitura[141].

Intuitivo até para os que não são versados em "leitura de partituras" que a música possui pausas. Aliás, se assim não ocorresse, certamente, nem se poderia falar em música, dado que o barulho permanente – o qual possui igualmente notas e acordes, ainda que sem concepção de harmonia – não pode equivaler a uma peça musical audível. A função da pausa na peça musical pode se dizer que é tão importante para a execução da música que, se não for bem apreendida pelo profissional que a executa, este modificará o teor da peça, alterando a sua linha melódica[142].

A pausa é um espaço do silêncio dentro da música, ou seja, um silêncio interno da peça musical. Sendo interno, compõe a tessitura daquela melodia, desde quando a extensão do silêncio entre uma nota ou acorde dá a dimensão da nota ou acorde

---

140 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 237-238. Defende Dworkin: "Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de direito "subjazem" a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então".

141 PRIOLLI, Maria Luísa de Mattos. **Princípios básicos da música para a juventude**. 52. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Casa Oliveira de Músicas Ltda., 2011, p. 8.

142 PRIOLLI, Maria Luísa de Mattos. **Princípios básicos da música para a juventude**. 52. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Casa Oliveira de Músicas Ltda., 2011, p. 13. A autora conceitua as pausas como sendo "figuras que indicam duração de silêncio entre os sons".

seguinte, em tudo considerando a escala musical e dentro de uma concepção de harmonia e de linha melódica. Ou seja, para um músico, seria profundamente perturbador que se pretendesse não haver silêncio – a pausa – entre notas e acordes na execução de uma peça musical. Isso porque, como dito, essa pausa, esse silêncio, é parte da melodia executada, com ela se confunde e, mais ainda, lhe dá o senso melódico. Nesse sentido, Priolli acentua que "alguns tratadistas dão às pausas a denominação de figuras negativas ou valores negativos". E contradiz tal assertiva: "Não concordamos. As pausas têm função rítmica e função estética definidas no sentido musical" [143].

Seria de todo inconveniente supor que o silêncio compõe a pauta da norma jurídica, seja esta entendida como o texto de uma lei, de um código legal, de um estatuto normativo? A resposta a essa provocação é negativa, no sentido de que não há nenhuma inconveniência nesse pressuposto. É dizer, o silêncio compõe, sim, o tecido da norma jurídica. Aliás, pode-se inferir que é pelo silêncio da norma sobre determinados aspectos do tratamento dado àquele fato que se pode deduzir a intenção, o espírito ou a finalidade da norma jurídica. É sobre o que a norma não fala que se permite entrever qual a sua finalidade em espraiar normatividade sobre aquele espectro de fatos[144].

Nesse ponto, importa dizer que o silêncio diz muito sobre – ou talvez mais – sobre o teor escrito da norma do que a própria escrita dessa norma. É dizer: o que norma não disse de forma textual foi considerado, no entanto, para que essa própria escrita normativa existisse; há, então, que se perscrutar o silêncio não como um nada, mas como uma expressão ativa da norma escrita.

Amplia-se, aqui, o espectro do silêncio, não para considerar que, em regra, "não tem valor jurídico, todavia, pode comportar exceções, na medida em que pode ter o sentido reconhecido pela lei"[145]. O silêncio aqui buscado não é aquele cuja voz ativa é atribuída pela norma escrita, mas quer indagar daquele que se apresenta para a norma escrita, independente de esta norma nele reconhecer efeitos jurídicos específicos.

Assim, o silêncio tratado por Regina Ferrari não depende do fato de ter sido "convencionado pelas partes em um contrato, quando pode ganhar relevância jurídica e produzir efeitos nesta seara", e nem porque "para que tenha valor jurídico, é necessário que a lei lhe atribua sentido ou que as partes o estabeleçam em contrato"[146].

---

143 Op. cit. p. 13.

144 ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 6. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2007.

145 FERRARI, Regina. O silêncio e o direito. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 81-97, out./dez. 2015.

146 Op. cit., loc. cit.

Assim, o que importa considerar é que o silêncio, seja ele tratado como lacuna, seja como um silêncio eloquente, compõe a pauta da norma jurídica, que não se faz sem ele (o silêncio). Na comparação com a peça musical, a lacuna equivaleria à ausência de uma nota que, na escala melódica, se revelaria como perfeitamente natural para "caber" naquela peça musical. É a nota musical que, em ouvidos considerados "absolutos", tem-se por natural, por uma nota que dá sequência melódica àquela composição, de forma natural.

Mas, independentemente de se tratar de uma lacuna, o que se defende aqui no texto é que ela delimita o espaço do que é direito, assim como a ausência de uma nota musical naquela composição dá limite entre o que se considera música em contraponto ao que é mero ruído. Se tal lacuna vai exigir uma "integração" da norma jurídica, pelos mais variados meios, isso é outra questão.

Não fosse a lacuna, o direito seria tido como elemento suficiente e pleno para exercer normatividade sobre todos os fatos da vida, presentes e vindouros. E, sendo assim, tudo seria direito e nada poderia diferenciar o direito de outras fontes de normatividade sobre aqueles mesmos fatos da vida. Será o fenômeno jurídico algo assim tão totalizante? E, se assim o for, existirá delimitação possível entre o jurídico e o não-jurídico?

Com essa inquietação, pretende-se colocar a lacuna no âmbito, não da demonstração da fraqueza do fenômeno jurídico, mas de elemento essencial para definir a exata fronteira entre o jurídico e o não-jurídico. E, nesse aspecto, não se tem a demonstração da fraqueza do direito, mas, ao revés, sua delimitação dentro do espaço mais amplo da normatização social.

Com efeito, o pressuposto primário para o reconhecimento da ocorrência de uma lacuna no ordenamento jurídico decorre de uma concepção de que há um dever de legislar. Tal dever de legislar advém, seja quando a lacuna é verificada pela ausência de normatização de determinada conduta ou fato, ou, com maior razão, quando a lacuna é observada em decorrência da ausência de cumprimento de uma determinação constitucional.

Nesse âmbito, pode-se falar em um dever geral e em um dever específico de legislar. O primeiro – dever geral de legislar – se enquadra "predominantemente no campo político-constitucional, enquanto os deveres específicos de legislar se situam já no campo jurídico-constitucional"[147].

[147] SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003, pp. 22-23.

Diante dessa diferenciação feita pela doutrina portuguesa de Jorge Pereira da Silva, "ao operador judiciário cabe a tarefa de se munir dos mecanismos que lhe permitam verificar quando há um dever geral de legislar a que o legislador se encontra adstrito e quanto é que este tem de observar um dever específico"[148].

Na compreensão de que existe um dever geral de legislar se encontra embutido o próprio conceito de incompletude do ordenamento jurídico, desde quando se pressupõe que o legislador pode ter, de forma consciente ou inconsciente, deixado de regular determinados fatos.

Não se pode falar, contudo, em um dever de legislar e em lacunas jurídicas, sem que se retome a questão da plenitude ou da incompletude do ordenamento jurídico. E tais pontos têm a abrangência que se dá ao fenômeno jurídico, ou seja, se o direito deve incidir sobre toda a realidade.

Da concepção de plenitude da ordem jurídica deriva a ideia de que o ordenamento jurídico não seria lacunoso e que a norma descreveria toda uma gama de ações do mundo da vida. Dessa forma, pleno seria o ordenamento jurídico que contivesse todas as normas necessárias para aplicação aos casos concretos que se apresentam para apreciação do denominado operador do direito.

A completude do ordenamento jurídico não passa de um mito, porque o contrário seria admitir que sempre existirá uma norma pronta para que ao seu comando seja subsumido determinado fato ocorrido no mundo da vida.

Da discussão sobre o que se entende por omissão legislativa inconsciente e por silêncio eloquente não se pode olvidar que representam problemas gerados pela transposição do discurso que se hospedava na mente do legislador e a forma simbólica como foi gravado na escrita. Com efeito, é relevante notar que "a inscrição torna-se sinônimo de autonomia semântica do texto, que resulta da desconexão da intenção mental do autor relativamente ao significado verbal do texto"[149].

Imperioso ressaltar que o silêncio normativo pode ser qualificado como uma lacuna ou se traveste em um silêncio eloquente. Para que se tenha um silêncio normativo, considera Júlio Cesar de Almeida que "a interpretação dos significantes jurídicos leva o sujeito cognoscente à conclusão, v.g., de que a conduta efetiva tal não tem qualificação

---

148 ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento**: a inércia do legislador e suas consequências. Curitiba: Juruá, 2011, p. 107.

149 RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação – o discurso e o excesso de significação**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1976, p. 41. Ressalta esse autor que "A carreira do texto subtrai-se ao horizonte finito vivido, pelo seu autor. O que o texto significa interessa agora mais do que o autor quis dizer, quando o escreveu". Por isso, "o conceito de autonomia semântica é de imensa importância para a hermenêutica". (p. 41).

jurídica, eis que o seu predicado não está contido no valor da ilicitude ou licitude"[150]. Para o autor, a questão essencial que é posta diz respeito à diferença entre a lacuna e o silêncio eloquente, que se refere à insatisfatoriedade do silêncio normativo[151].

E dá-se a insatisfatoriedade do silêncio normativo, quando a fronteira estabelecida entre o discurso jurídico e o não-jurídico se esgarça. A partir daí a força assumida pelo domínio dos fatos em conexão com a pretensão de normatividade que possui o direito assume o protagonismo. Desse embate expõe-se a lacuna que deve ser tratada como o espaço de conformação limítrofe entre o fato apto para a normatividade do direito e o fato que deita sua liberdade em outros campos do fenômeno das normas.

Essa tensa relação "fato – norma – fato", a revelar a satisfatoriedade ou a insatisfatoriedade do silêncio perpassa também pelos conceitos do que se denomina de "situação extrajurídica" e dos chamados "espaços livres do direito".

No primeiro, tem-se por situação extrajurídica os casos que não importam ao direito, por não possuírem uma relevância jurídica para que ingressem no catálogo jurídico das situações normadas[152]. É o indiferente jurídico, por se tratar de fato que, na linguagem do direito penal, é atípico; assim, na teoria do direito, atípico seria aquele fato desinteressante para o ordenamento jurídico.

Os ditos espaços livres do direito ou espaços jurídicos livres, na acepção de Castanheira Neves, podem ser tidos como situações em que o direito fica alheio àquela realidade fática. Considera o autor português que "o que está essencialmente em causa é saber até onde e em que termos deverá o direito atingir a vida humana, ou enquanto será exigível e justificado que ele a atinja como sua dimensão prático-constitutiva[153]. Tudo isso tem relação direta com o conceito de significância – ou insignificância – daquele fato para integrar o rol de condutas aptas à normatividade jurídica.

E também não se deve olvidar que a lacuna decorrente dessa evidência de insatisfatoriedade do silêncio normativo também deriva do papel ampliativo dado às oitivas – inclusive de não juristas – no processo de formulação das decisões das cortes constitucionais. Isto quer dizer que, ampliado o auditório, que não mais se circunscreve

---

150 ALMEIDA, Júlio César de. **Retórica dos silêncios normativos & lacunas no direito**: separação entre texto e norma à luz de uma releitura de Kelsen. Curitiba: Juruá, 2014, p. 166.

151 Op. cit., p. 170.

152 Nesse sentido, é a doutrina de: ASCENSÃO. José de Oliveira. **O Direito.** Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Almedina, 1995.

153 NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica.** Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

a um "concílio" de juristas renomados, igualmente são ampliadas as "necessidades" de normação, porque outros atores passam a falar.

Com isso, a busca incessante pela demonstração de que a inexistência de lacunas – o que seria a profissão de fé na infalibilidade da completude do ordenamento jurídico – seria a característica do direito, em especial nas sociedades modernas, cujo monopólio da produção do discurso jurídico é do ente estatal. Por outro lado, essa concepção expõe uma fraqueza essencial do ordenamento jurídico, porque se de tudo ele se ocupa para normatizar os fatos, turva-se a fronteira entre o jurídico e o não-jurídico.

Sobre a atuação do intérprete, quando diante da constatação de uma lacuna, Bobbio afirma que "se aplicarmos a norma geral exclusiva, o caso não regulado será resolvido de modo oposto ao regulado; se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não regulado será resolvido de modo idêntico ao regulado"[154].

A sutileza do reconhecimento da lacuna, longe de inferir uma deficiência do direito na normatização do mundo da vida, torna-se uma demonstração de que o direito produz seu espaço, perfazendo diferenças essenciais de outros sistemas de normatividade social.

Assim, a lacuna não é a prova de que o ordenamento jurídico se tornou frágil, mas, ao revés, é a demonstração da sua força, porque permite inferir que determinado fato – que se encontra alheio ao fenômeno jurídico, satisfazendo-se inteiramente com outras normatizações – se apresenta para ser jungido ao mundo jurídico.

Construída essa consideração preliminar, busca-se agora inferir das decisões que reconhecem a configuração do dito silêncio eloquente no âmbito do STF a importância dessa técnica – assim entendida no âmbito deste estudo – para os propósitos da hermenêutica e da sua importância no que concerne aos limites do intérprete.

3.2 O silêncio eloquente como método de hermenêutica e sua importância relativa para a autocontenção do poder judiciário

Diz-se do silêncio eloquente que se trata da "opção do legislador em excluir, intencionalmente, certo fato do comando legal"[155]. E, na forma de entendimento do

[154] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer ; apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 130.

[155] DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

STF, tal seria "o contrário de lacuna da lei, pois nessas hipóteses não se pode fazer analogia"[156].

Como visto em linhas precedentes, a lacuna decorre do espaço em que o interessado, entrevendo a omissão de uma norma jurídica existente, deduz de tal omissão a necessidade de que tal conduta ou fato fosse regulado pelo direito.

De sua parte, o silêncio eloquente é apenas o espaço da pausa do direito, tal qual o silêncio em uma pauta musical. Assim como em uma peça musical o silêncio compõe a tessitura da melodia, o silêncio na lei é o espaço em que o direito se afirma como tal. Com efeito, o silêncio em toda a extensão é o nada, é falta de notação de qualquer ação. Mas, o barulho permanente em uma peça musical é como uma norma que pretende ter regulado todos os espaços do mundo da vida. Dito dessa forma, o silêncio eloquente, tal qual a pausa musical, compõe a peça normativa, dando-lhe sentido, não se traduzindo em nenhuma ausência.

Da discussão sobre o que se entende por omissão legislativa inconsciente e por silêncio eloquente não se pode olvidar que representam problemas gerados pela transposição do discurso que se hospedava na mente do legislador e a forma simbólica como foi gravado na escrita. Com efeito, é relevante notar que "a inscrição torna-se sinônimo de autonomia semântica do texto, que resulta da desconexão da intenção mental do autor relativamente ao significado verbal do texto"[157].

Nesse sentido, Karl Larenz consigna que se poderia pensar "que existe uma lacuna só quando e sempre que a lei [...] não contenha regra alguma para uma determinada configuração no caso, quando, portanto, «se mantém em silêncio»"[158]. E acrescenta:

---

156 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 130.522**. São Paulo. Relator Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça 28.06.91, p. 8907. Ementário Vol. 1626-03, p. 525. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 136-03, p. 1340. Julgamento em 04.06.91. 1ª turma. Unânime. Em trecho do aludido julgado, consta: "Conflito de competência entre Sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento da contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Interpretação do art. 114, da Constituição Federal. Distinção entre lacuna da lei e 'silêncio eloquente' desta. Ao não se referir o art. 114, da Constituição, em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenção ou acordos coletivos, utilizou-se ele do 'silêncio eloquente', pois essa hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar à lei ordinária estender, ou não, a competência da Justiça do Trabalho a outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente. Em consequência, e não havendo lei que atribua competência à Justiça Trabalhista para julgar relações jurídicas como as sob exame, é competente para julgá-la a Justiça Comum".

157 RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação – o discurso e o excesso de significação**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1976, p. 41. Ressalta esse autor que "A carreira do texto subtrai-se ao horizonte finito vivido, pelo seu autor. O que o texto significa interessa agora mais do que o autor quis dizer, quando o escreveu". Por isso, "o conceito de autonomia semântica é de imensa importância para a hermenêutica". (op. cit., loc. cit).

158 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego e revisão de Ana Freitas. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

"Mas existe também um «silêncio eloquente» da lei"[159]. Esse silêncio que fala por si próprio, sem necessidade de superação de omissão, em verdade, exige do intérprete uma análise contextual da norma posta, identificando que nada mais poderia ter dito de forma expressa, porque nenhuma outra interpretação pode ser extraída desse contexto normativo.

Imperioso ressaltar que o silêncio normativo pode ser qualificado como uma lacuna ou se traveste em um silêncio eloquente. Para que se tenha um silêncio normativo, considera-se que "a interpretação dos significantes jurídicos leva o sujeito cognoscente à conclusão, v.g., de que a conduta efetiva tal não tem qualificação jurídica, eis que o seu predicado não está contido no valor da ilicitude ou licitude"[160].

A questão essencial, assim, diz respeito à diferença entre a lacuna e o silêncio eloquente, que se refere à insatisfatoriedade do silêncio normativo[161]. A questão que se põe é quem deve aferir esse grau de insatisfatoriedade do silêncio normativo e qual pode ser a sua extensão.

De início, é preciso deixar consignado que, ao menos para a jurisprudência do STF, o conceito de silêncio eloquente não se circunscreve ao âmbito da norma constitucional, como sendo o limite semântico dado pelo texto magno para a tarefa do legislador ordinário.

Se já é certo que se trata de ponto relevante identificar-se quando a lacuna se reporta a um silêncio eloquente, mais ainda assume relevo o método da regulação normativa deficiente como pressuposto para atuação do STF. Assim, a cláusula da regulação normativa deficiente se assume como fator preponderante para que o STF intervenha no texto legal, mesmo que, para isso, seja invocada uma justificação excepcional.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trata de exemplos considerados como "silêncio eloquente". Tais julgados podem ser classificados em três grupos básicos de modelos de silêncios eloquentes: a) normas que se referem a limites e competências de instituições estatais; b) normas que dizem respeito à matéria tributária; c) normas que se referem a instrumentos estatais sobre o direito de punir e de processar cidadãos em direito penal e eleitoral.

Ao primeiro grupo podem ser reunidos alguns julgados do STF, conforme descritos. O RE n. 135.637 debateu se a ausência no art. 114 da Constituição, àquela altura,

159 Op. cit., loc. cit.

160 ALMEIDA, Júlio César de. **Retórica dos silêncios normativos & lacunas no direito**: separação entre texto e norma à luz de uma releitura de Kelsen. Curitiba: Juruá, 2014, p. 166.

161 Op. cit., p. 170.

de previsão de lei atribuindo competência à Justiça do Trabalho para julgar litigio entre sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento de contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho autorizava a concluir pela competência daquela justiça especializada. No julgamento desse caso, o STF considerou que "não havendo lei que atribua competência à Justiça Trabalhista para julgar relações jurídicas como a sob exame, é competente para julgá-la a Justiça Comum[162]. Para tanto, o Min. Moreira Alves, Relator, considera expressamente a distinção entre lacuna da lei e "silêncio eloquente".

No julgamento do MS n. 30.585[163], o STF debateu a tese da especialidade do art. 107, inc. II, da Constituição Federal, em relação ao art. 93, inc. II, a, da mesma Constituição, no sentido de se afastar, ou não, a vinculação do Presidente da República, nas promoções por merecimento, quanto à escolha de juiz federal que figure em lista tríplice pela terceira vez consecutiva ou pela quinta alternada. Outra questão similar a essa foi discutida no julgamento do MS n. 31.375, no qual o STF considera a ocorrência de um silêncio eloquente, a partir da EC n. 45/2004, de referência expressa ao inc. II do art. 93 da Constituição Federal no inc. III do mesmo dispositivo, relativamente às promoções por merecimento de juízes para a segunda instância[164].

Observe-se que, nesses casos, tem-se a consideração do silêncio eloquente no seu aspecto limitativo da atuação de entes estatais no espaço de conformação de atribuições e competências no funcionamento das instituições.

No segundo grupo, verifica-se o exame de normas de direito tributário, em relação às quais a legalidade estrita é princípio exigido. O julgamento do RE n. 566.259 teve por escopo a inexistência de menção às receitas decorrentes de exportação dentre as várias hipóteses de não incidência da CPMF no art. 85 do ADCT[165]. O STF concluiu que o art. 85 do ADCT, após alteração da EC n. 37/2002, "previu, de forma minuciosa, diversas hipóteses de não-incidência da CPMF, sem fazer qualquer menção às receitas

---

162 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 135.637**. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207858. Acesso em: 9.fev.2020.

163 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 30.585**. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3133932. Acesso em: 9.fev.2020.

164 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 31.375**. Plenário. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4291303. Acesso em: 9.fev.2020.

165 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 566.259**. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614536. Acesso em: 9.fev.2020.

decorrentes de exportação, silêncio eloquente que, à toda evidência, precisa ser levado em consideração para a correta exegese".

De sua parte, o julgamento do RE n. 562.980 debateu sobre "a inexistência de qualquer condição ou limite, no regime constitucional do IPI, à compensação do tributo pago nas operações antecedentes, ao contrário do que ocorre com o ICMS[166]. E concluiu que "a ficção jurídica prevista no art. 11 da Lei nº 9.779/99 não alcança situação reveladora de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI que a antecedeu".

No último grupo, normas que se referem a instrumentos estatais sobre o direito de punir e de processar cidadãos em direito penal e eleitoral, podendo ser citados como exemplificativos da jurisprudência do STF: a ADI n. 371, o HC n. 94.654, o HC 85.029 e a ADI 978.

No julgamento da ADI n. 371, o STF debateu sobre a consequência da inexistência de menção à imunidade formal ou processual dos vereadores no art. 29 da Constituição Federal[167]. Nesse particular, concluiu a corte que o art. 29 da CF/1988, ao ter concedido aos vereadores a denominada imunidade material, "excluiu, implicitamente, que a eles se aplicasse a imunidade formal". E, com isso, "simplesmente considerou que aos vereadores só era aplicável a norma de imunidade material: é caso de silêncio eloquente".

Na mesma linha de raciocínio, o STF remeteu a discussão na ADI n. 978, sobre a inexistência de previsão de imunidade à prisão cautelar e a qualquer processo penal por delitos estranhos à função governamental, no art. 86, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, aos governadores dos Estados. Concluiu a corte que a redação constante desse dispositivo constitucional, a se referir exclusivamente ao presidente da República enquanto chefe de Estado, exclui os governadores dos Estados. Apesar de não se reportar ao termo silêncio eloquente, de forma expressa, a conclusão lógica é a mesma[168].

No caso do julgamento do HC n. 85.029, debateu-se a consequência de não existir previsão de depoimento pessoal do investigado ou representado na disciplina legal

---

166 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 562.980**. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602287. Acesso em: 9.fev.2020.

167 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 371**. Plenário. Relator: Min. Maurício Corrêa. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266320. Acesso em: 9.fev.2020.

168 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 978**. Plenário. Relator: Min. Ilmar Galvão. Relator para o acórdão: Min. Celso de Mello. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266320. Acesso em: 9.fev.2020.

da investigação judicial eleitoral[169]. O STF considerou que "o silêncio da lei eleitoral a respeito não é casual, mas eloquente: o depoimento pessoal, no processo civil, é primacialmente um ensaio de obter-se a confissão da parte, a qual, de regra, não tem relevo no processo eleitoral, dada a indisponibilidade dos interesses de que nele se cuidam".

De sua parte, ao revés da admissão da ocorrência de silêncio eloquente, há julgados em que o STF conclui que determinadas omissões não podem ser interpretadas como "silêncio eloquente" do legislador.

No processamento da Ação Penal Originária n. 470 foram proferidas várias decisões pela corte e, no julgamento do 2º Agravo Regimental interposto de decisão prolatada nesse feito, concluiu-se que, nada obstante a ausência de previsão específica do Código de Processo Penal acerca do direito à substituição de testemunha não encontrada, não se pode falar em silêncio eloquente. O STF assentou, no caso, que cabe nessa situação aplicar a regra subsidiária do Código de Processo Civil[170].

Em julgado proferido na ADPF n. 132, o STF considerou a inexistência de alusão à união entre pessoas do mesmo sexo no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, não um silêncio eloquente, mas a ocorrência de uma omissão. Na conclusão, a corte entendeu que se trata de um "silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido"[171].

Sobre esse tema, que não é o objeto estrito deste trabalho, é possível inferir da doutrina a suscitação de um problema pouco reportado, o qual diz respeito à possibilidade, ou não, de ocorrência de lacunas tipicamente constitucionais. Sendo a constituição um instrumento normativo essencialmente de aspecto geral, que autoriza padrões normativos para a legislação ordinária, é problemático falar, acriticamente, em lacunas diretas do texto constitucional.

---

169 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n. 85.029**. Plenário. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358613. Acesso em: 9.fev.2020.

170 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2º-AgR Ação Penal n. 470**. Plenário. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590406. Acesso em: 9.fev.2020.

171 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Plenário. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 9.fev.2020.

Para Bruno Amaro Lacerda e Juliana Martins de Sá Müller, "isso suscita um problema de teoria do direito: pode-se falar na existência de lacunas constitucionais?". E concluem no sentido de que "tais omissões não deveriam ser consideradas propriamente lacunas, pois estas só se dão infraconstitucionalmente"[172].

A essa objeção responde Daniel Sarmento, com apoio em Gomes Canotilho, no sentido de que "em algumas hipóteses, é possível inferir, da consideração global da Constituição, que ela reservou para si o tratamento de determinados temas", naquilo que se poderia denominar "reserva de constituição"[173]. Todavia, essa modalidade de integração direta do texto constitucional há de ser tida como algo excepcional, por considerar que somente a constituição poderia tratar daquela matéria e, não o fazendo, seria autorizada a superação das lacunas através dos métodos já consagrados.

No julgamento do RMS n. 24.334, o STF discutiu se a inexistência de previsão constitucional de tempo mínimo de atividade profissional para que os advogados possam fazer parte da lista elaborada para composição de Tribunal Regional Eleitoral se configuraria em um silêncio eloquente. E concluiu que "nada há, porém, no âmbito dessa justiça, que possa justificar disciplina diferente na espécie"; sendo que tal omissão constitucional "não se converte em silêncio eloquente"[174].

No caso do HC n. 94.654, a discussão se deu sobre a consequência de inexistir disposição expressa no Decreto n. 5.295/2004 que impeça a comutação de pena aos condenados que estão em livramento condicional[175]. O STF concluiu que "a interpretação a ser dada ao Decreto n. 5.295/04 é no sentido de que a comutação de pena não é vedada àqueles que estão em livramento condicional". Nesse caso, a corte rejeitou o fundamento acatado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que haveria um silêncio eloquente.

Pode-se visualizar dos exemplos citados que a jurisprudência do STF não encerra o tema do silêncio eloquente à superação de lacunas constitucionais, eis que também contempla possibilidade de sua ocorrência em textos legais. De outra parte, verifica-se

---

172 LACERDA, Bruno Amaro; MÜLLER, Juliana Martins de Sá. As lacunas constitucionais e o direito como integridade: análise de um caso concreto. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 102-118, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p102. ISSN: 2178-8189.

173 SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 29-58, jul./dez. 2012.

174 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança n. 24.334**. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116086. Acesso em: 9.fev.2020.

175 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n. 94.654**. Primeira Turma. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552065. Acesso em: 9.fev.2020.

que os casos pontuais na identificação do silêncio eloquente, notadamente vinculado às normas estritas de organização, atribuições e competências de entes públicos, normas de direito tributário, do direito de punir estatal, revela um limite do uso desse mecanismo hermenêutico na autocontenção do judiciário.

É que, tratando-se de normas jurídicas oriundas do direito tributário, penal e de normas de organização e estrutura de entes públicos, a identificação no seu teor da estrita interpretação dos termos já é contemplada pela doutrina tradicional. É dizer: o silêncio eloquente, visualizado na jurisprudência do STF, não traz uma alteração essencial do padrão hermenêutico tradicional, inclusive no que respeita à denominada interpretação restritiva.

Disso se conclui que o silêncio eloquente, apesar de configurar uma "cláusula de reserva" das técnicas de hermenêutica, suas características específicas de identificação possuem parâmetros que podem ser visualizados da jurisprudência tradicional. Nada obstante, verifica-se da análise acima empreendida que o silêncio eloquente é uma cláusula de interpretação que contém uma importância relativa para a autocontenção do judiciário. E se diz relativa, porque não se trata de uma panaceia para resolução de todos os problemas advindos da interpretação das normas jurídicas.

Um contraponto à técnica da identificação do silêncio eloquente – como limite à atuação do intérprete – se refere à indicação da existência de lacunas parciais, que se travestem em alegadas regulações normativas deficientes. E nesse ponto é preciso investigar alguns entendimentos do STF para se verificar se a técnica hermenêutica de identificação dessas alegadas regulações normativas deficientes revela um procedimento suficiente para superação das lacunas parciais.

3.3 Os limites hermenêuticos do método da regulação normativa deficiente para suprimento de lacunas parciais

"O texto apresenta um campo limitado de construções possíveis" (Paul Ricoeur)[176].

A identificação na jurisprudência do STF de uma metodologia no uso do conceito da regulação normativa deficiente é necessidade premente. Para isso, é preciso saber em que termos é tratado o tema, mesmo que sob expressões diferenciadas e ainda

[176] RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação – o discurso e o excesso de significação**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1976, p. 91.

que haja um véu a encobrir todos os aspectos envolvidos nessa problemática. Trata-se, assim, de uma tarefa a exigir a busca dentre julgados proferidos pelo STF das mais diversas acepções com que a regulação normativa deficiente se torna objeto do controle de constitucionalidade.

Dessa forma, a regulação normativa deficiente será visualizada na jurisprudência do STF, seja como um conceito jurídico indeterminado, seja como resultado de uma omissão legislativa inconsciente, nesse último caso, em contraposição ao conceito de "silêncio eloquente". Tudo isso conduzindo a atividade do intérprete judicial para uma atuação excepcional do magistrado.

Não se deve deixar de registrar que sobre omissões (in)constitucionais, a doutrina brasileira passou de um espanto sobre sua ocorrência – ou falácia, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[177] – para uma aceitação acrítica ou acomodada dos operadores do direito e da academia jurídica. E tudo isso sem que as decisões proferidas pelo STF sejam escrutinadas em debate acadêmico franco, trazendo a público as contradições e limites dessa atuação da corte suprema.

Nesse ponto, será feita uma análise da sequência de decisões havidas nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF e da Reclamação n. 4.374/PE, porque ambos os julgados, que dizem respeito a uma mesma temática, são exemplos que coroam a forma como o STF trata o que se poderia denominar de vício da regulação normativa deficiente.

Com a interposição da ADI n. 1.232-1/DF, pelo Procurador-Geral da República, o STF examinou a constitucionalidade da norma, sob o fundamento principal de que o estabelecimento do limite de renda *per capita* em ¼ (um quarto) do salário mínimo restringia, indevidamente, um direito já garantido por norma constitucional.

O requerente fundou sua premissa básica no argumento de que o *caput* do art. 203 da CF/1988 previu que a assistência social – de cujo gênero é espécie o benefício de prestação continuada disposto no inc. V – será prestada "a quem dela necessitar".

Assim sendo, ao estabelecer a lei regulamentadora do inc. V, do art. 203, a renda *per capita* de ¼ (um quarto) do salário mínimo como requisito para obtenção do benefício, somente poderia ser interpretada no sentido de que essa previsão importou

177 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Uma falácia: a inconstitucionalidade por omissão. **Jornal Estado de São Paulo**. São Paulo, 1987, p. 32. Nesse ponto, em pleno processo constituinte, o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirmava ser uma falácia o argumento da inconstitucionalidade por omissão, porque não caberia ao judiciário invadir seara típica do legislativo. E, sobre a previsão na Constituição da República portuguesa do instrumento da ação de inconstitucionalidade por omissão, declarava que nem sempre o que pode servir para Portugal, deve servir ao Brasil.

em presunção. Mas, não excluiu a possibilidade de fruição do benefício por outras pessoas que demonstrem dele necessitar, conforme texto do *caput* do art. 203 da CF/1988.

A medida cautelar requerida foi negada, considerando o então Relator, Min. Maurício Corrêa, que "o legislador ordinário, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional"[178].

No julgamento de mérito, o Relator (para quem o feito foi redistribuído), Min. Ilmar Galvão, concluiu que "outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso"[179].

No entanto, o Min. Nelson Jobim divergiu do Relator para considerar que "o gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição".

O Min. Sepúlveda Pertence abordou, sob outra óptica, uma possível omissão no texto da lei (quanto a outras formas de comprovação da miserabilidade), argumentando que, ainda assim, "isso não a faz inconstitucional, nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado". E, a seguir, acrescentou: "Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta"[180].

---

178 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF**. Plenário. Relator: Min. Ilmar Galvão. Relator para o acórdão: Min. Nelson Jobim. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451. Acesso em: 17.fev.2020.

179 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF**. Plenário. Relator: Min. Ilmar Galvão. Relator para o acórdão: Min. Nelson Jobim. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451. Acesso em: 17.fev.2020. O Relator, ainda citando a manifestação do Procurador-Geral da República, consigna: "Por isso, ao estabelecer que em se tratando de "família cuja renda per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo", AUTOMATICAMENTE, "considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência, o § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742, de 1993, nada mais estava fazendo, senão instituindo típica PRESUNÇÃO JURIS ET DE JURE, ou seja, DISPENSANDO DE QUALQUER COMPROVAÇÃO, NO ESPECÍFICO CASO CONSIDERADO – continuando OS DEMAIS CASOS submetidos à regra geral de COMPROVAÇÃO -, no que não extrapolou a outorga que lhe foi conferida pelo texto constitucional". (Acesso em: 8/5/2018)

180 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF**. Plenário. Relator: Min. Ilmar Galvão. Relator para o acórdão: Min. Nelson Jobim. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451. Acesso em: 17.fev.2020.

A Corte, então, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Min. Nelson Jobim, que adotou como fundamentação suficiente o critério da estrita legalidade. É dizer: se o direito à prestação somente veio a ser efetivado com a edição da Lei n. 8.742/1993, não se pode falar em restrição indevida da norma constitucional, desde quando o inc. V do art. 203, da CF/1988, fala em "conforme dispuser a lei"[181].

Todavia, como visto, deixou latente um outro debate sobre a possível "omissão" ou "regulação deficiente da norma", ao não ter previsto a Lei n. 8.742/1993 outras formas de comprovação da miserabilidade do beneficiário.

Depois de cerca de 15 (quinze) anos da manifestação externada no julgamento da ADI n. 1.232-1/DF, o STF viu-se, novamente, às voltas com o exame da matéria, desta feita, com a interposição da Reclamação de n. 4.374/PE.

Nesse particular, assoma-se um grau de perplexidade, porque, tendo interposto o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a mencionada reclamação para ver assegurado o cumprimento da "então jurisprudência" do STF na matéria (por decorrência óbvia da conclusão havida no julgamento da ADI n. 1.232-1/DF), findou por ter contra si a revisão da jurisprudência que lhe era favorável.

Diz-se perplexidade e também estranhamento, porquanto estes se revelam no exame da finalidade da reclamação que é, segundo texto constitucional, para "preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões", na dicção exata da alínea 'l', inc. I, do art. 102 da CF/1988[182].

A perplexidade se demonstra, porque, caso não tivesse o INSS arguido o "descumprimento" de julgado do STF em julgamento proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Pernambuco, não teria trazido para si o "infortúnio" de ver o próprio precedente revisado.

O estranhamento é que o debate sobre a revisão de um precedente estabelecido no âmbito de um julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade – para o quê não se encontra impedido o STF de fazê-lo – deveria, ao menos, a Corte assim proceder na mesma via processual ou em procedimento no qual possam ser admitidos outros interessados. Tudo no sentido de que o debate levado a cabo consiga abranger

---

[181] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto compilado e organizado com as Emendas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08.mai.2018.

[182] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto compilado e organizado com as Emendas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08.mai.2018.

todas as facetas da questão, ainda mais quando se refere à possibilidade de revisão de um precedente[183].

Nada obstante, o STF firmou o entendimento, por maioria, de que, no âmbito da reclamação, é possível reinterpretar o comando anterior, inclusive, para superar o posicionamento antes firmado[184].

Prosseguindo no julgamento, o Relator, Min. Gilmar Mendes, após tecer longas considerações acerca do histórico do enfrentamento dessa matéria no âmbito do STF, consigna que, reanalisando os parâmetros do julgamento da ADI n. 1.232-1/DF, pode-se perceber que, embora tenha julgado improcedente o pedido, havia uma típica omissão legislativa.

E assim o faz, retornando à manifestação do Min. Sepúlveda Pertence – citada acima neste texto –, quando, por ocasião do julgamento daquela ação direta, havia ressaltado esse problema de omissão legislativa, ao menos no que se refere à possibilidade de comprovação da miserabilidade por outros meios.

No âmbito deste texto, releva a consideração quanto ao que a decisão denominou de "processo de inconstitucionalização"[185] do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/1993. Para tanto, o julgado do STF considerou os seguintes parâmetros: a) o fato de a lei ter permanecido inalterada, mesmo que o Poder Judiciário tivesse se debruçado para avaliar o estado de miserabilidade dos beneficiários por outros meios; b) a edição superveniente de leis (Lei n. 10.836/2004 – Bolsa Família; Lei n. 10.689/2003 – Programa Nacional de Acesso à Alimentação; Lei n. 9.533/1997 – que autorizou o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas).

Estabelece, assim, o STF, ter havido a ocorrência desse "processo de inconstitucionalização decorrente de mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)"[186].

---

183 O termo precedente é tratado aqui na visão da processualística civil brasileira, não descurando da compreensão de que não há a mesma correspondência para o termo precedente no direito norte-americano.

184 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.374/PE**. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489. Acesso em: 17.fev.2020.

185 MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 21 e seguintes.

186 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.374/PE**. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489. Acesso em:

É preciso considerar que o fato de outros programas sociais (notadamente, o denominado Bolsa Família), na sua legislação específica, conterem a previsão de renda *per capita* de ½ (meio salário mínimo) para a concessão do benefício, não autoriza, por si, a conclusão de que a renda *per capita*, para o benefício assistencial de prestação continuada, em ¼ (um quarto) do salário mínimo, encontre-se em estágio de defasagem legislativa.

Em primeiro lugar, porque se trata de programas sociais com finalidades diversas. Em segundo lugar, o benefício denominado "bolsa família" é, por sua natureza, transitório e parte de uma política que pode ser eventual do poder público, apenas para atender situações relativas a "bolsões de pobreza". Diferente em tudo é o benefício assistencial de prestação continuada, porquanto tem natureza de permanência (ou contém uma pretensão de permanência mais acentuada), eis que atinge beneficiários idosos e deficientes para os quais a aquisição de renda superveniente é algo improvável.

Por fim e ainda nesse aspecto, o STF, ao arrepio de consolidada jurisprudência, por via oblíqua, entende que se pode aumentar um benefício (ou, ao menos, não se manter o seu estágio atual), diante da comparação com os critérios eleitos para outras categorias de beneficiários. Uma indagação se torna necessária, a fim de saber se o STF, em razão de um argumento de isonomia (suposta) atuou para determinar que os critérios postos para beneficiários diferentes fossem equalizados pelo legislador.

De outra parte, o entendimento do STF manifesta incongruência, quando, mesmo admitindo a existência de uma política de aumento do valor real do salário mínimo, insiste no argumento de que o percentual de ¼ (um quarto) do salário mínimo estaria defasado para efeito de comprovação da miserabilidade.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade da norma do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/1993, sem pronúncia de nulidade, concluiu por determinar ao legislador que atue no sentido de criar novos critérios econômicos e sociais para implementação do benefício assistencial de prestação continuada, tendo mantido a sua vigência até 31 de dezembro de 2014.

O que se pode questionar é o grau de prognóstico de que é detentor o STF para estabelecer, de forma geral, sem que o seja para casos individuais, uma nova proposta de atuação do legislador. A corte teria condições de formular objeções pragmáticas, prognósticos econômicos e sociais, firmar programas e conhecer de todos os detalhes que cerca uma atividade que compreende o orçamento público e a definição de uma

17.fev.2020.

política pública essencial? Ao que parece, a resposta a ser dada é negativa, porque, muito embora não tenha havido qualquer alteração legislativa no caso, a evidenciar a baixa legitimidade da decisão proferida pelo STF, inexistiu atuação para superar esse alegado "estado de coisas inconstitucional".

Presume-se que a crise econômica havida no Brasil, em especial, a partir de 2013 – e que provavelmente não foi incluída no prognóstico do STF para a sua tomada de decisão, até porque não devidamente "advertida pelo oráculo" – impediu essa alteração legislativa, sugerida ou determinada por aquela corte.

Assim, como visto, a regulação normativa deficiente, de uma cláusula ampla e indeterminada, que pode abranger e assumir as mais variadas formas, a jurisprudência do STF a encerra em uma conceituação de omissão legislativa parcial. O aspecto mais relevante que assume a problemática, nesse ponto, diz com o fato de ser essa omissão legislativa parcial consciente ou inconsciente. Demais disso, assume particular interesse quando, em diversas ocasiões, contrapõe-se a omissão legislativa parcial – na sua acepção de omissão inconsciente – ao silêncio eloquente.

Certamente que a utilização do método da regulação normativa deficiente como verdadeira cláusula no controle de constitucionalidade prescinde de uma tarefa do STF de identificação das lacunas constitucionais parciais.

A questão essencial, nesse particular, refere-se ao critério de identificação de tais lacunas, até porque é preciso advertir que uma lacuna constitucional não pode equivaler, em termos de hermenêutica, a uma lacuna legal. E assim deve ser, porque, como é sabido, na lei por ser o mundo das regras, por excelência, é possível identificar uma lacuna de forma mais clara ou mais claramente evidenciada. Diferente da norma constitucional, a qual, dado o grau de sua indeterminação, falar-se em lacuna pode conduzir a uma conclusão de que esse *lapso constitucional* nada mais é do que uma decorrência da intenção do intérprete.

A identificação do método da regulação normativa deficiente pelo STF no trabalho hermenêutico cotidiano e a sua utilização para superar o critério legal, mesmo que com a justificativa de suprimento de lacunas parciais, se completa com a visualização de seus limites. Trata-se de decorrência lógica, porquanto se reportam às faces de uma mesma moeda: na própria extensão do uso de determinado método já se encontra a sua limitação.

Com isso, no âmbito da regulação normativa deficiente como uma expressão do voluntarismo da jurisprudência do STF em detrimento da opção legal eleita pelo

legislador, pode-se verificar um limite da hermenêutica da corte constitucional, diante do risco no déficit de legitimação das suas decisões.

Pelo visto, a jurisprudência do STF recorre ao método da regulação normativa deficiente e, nesse mister, atua para afastar o critério legal que fora estabelecido. Importante evidenciar se tal ocorre em uma situação de verdadeira "cláusula de reserva", ou seja, quando os demais métodos restaram inaplicáveis, ou se tal ocorre, mesmo quando possível a incidência de outros critérios da hermenêutica constitucional.

Define-se aqui o conceito de legislador primário, como sendo aquele que edita pela primeira vez determina norma jurídica apta para reger fatos da vida. Obviamente, que ao se falar em um legislador primário, alberga-se a ideia de que existe um legislador secundário ou se poderia um legislador "em segundo grau". Não se olvida que a tarefa de legislador primário deva estar cometida ao legislativo, desde quando se apresenta como o poder estatal com aptidão e vocação para realizar as oitivas necessárias da sociedade e traçar o panorama de fatos eleitos para normatização.

Dessa forma, a atuação do judiciário somente seria admissível quando, ao realizar o julgamento de determinada causa, se verificar a ocorrência de lacuna inconsciente, suprir tal omissão do legislador. E assim estará fazendo, porque autorizado pelo próprio legislador, seja pela cláusula geral do *non liquet*, seja a própria lei que o autoriza a lançar mão da analogia, por exemplo, para superar tal lacuna legal. Nesse caso, o magistrado atua quase como se o fizesse pelo legislador, porque o esquecimento totalmente involuntário deste gerou uma situação não abarcada pela regra jurídica. Mas, pelo visto, caso o legislador houvesse de ter editado aquela norma, teria feito da mesma forma que o juiz a editou para o caso concreto.

Essa situação, contudo, difere em essência daquela em que, não estando o juiz perante um caso concreto, mas se encontra diante de questão relativa a um alegado cumprimento deficiente do dever de legislar.

Na primeira hipótese, a atuação do juiz é de identificar um esquecimento involuntário, inconsciente do legislador e, ao superar a lacuna, aplicando regra similar ao caso concreto, realiza o direito que se revela aquele querido pelo editor da norma. O magistrado atua como um legislador secundário, porque a moldura legal – para aplicação ao caso concreto não regulado especificamente – foi extraída de arquétipo já existente. Na segunda hipótese, ao contrário, ao entender ter havido um cumprimento deficiente do dever de legislar, o magistrado realiza a edição primária de uma norma

jurídica, a qual vem ao mundo dos fatos sem necessariamente observar um modelo estabelecido de antemão pelo legislador.

Evidenciada a atuação do STF na condição de legislador positivo, tarefa da qual já se desincumbe sem grande constrangimento hermenêutico, ressai de importância fundamental identificar a existência de limites no uso dessa metodologia na hermenêutica da Corte. Nesse âmbito, trata-se de saber se o método da regulação normativa deficiente, na forma como tratado pela jurisprudência do STF, demonstra quais seriam os limites da hermenêutica na colmatação das lacunas constitucionais parciais.

Como visto, o primeiro limite do método da regulação normativa deficiente, na tarefa de suprir lacunas parciais pela jurisprudência do STF, decorre da identificação do voluntarismo judicial.

Por voluntarismo judicial, verifica-se que tal ocorre diante das perspectivas tratadas acima: a) texto da norma e texto declinado pelo intérprete; b) aferição de correspondência entre a ideia do intérprete e a ideia contida na norma; c) usual interpretação dada ao texto da norma e sua correspondência à nova ideia trazida pelo intérprete; d) existência de um *déficit* normativo, pelas variáveis tempo e espaço; e) intenso debate sobre o alcance da norma efetivado pelas instâncias ordinárias em contraposição a um ineditismo atribuído pelo intérprete constitucional.

Disso tudo se abre a perspectiva de que o método da regulação normativa deficiente opera como uma justificativa para substituição da opção valorativa do legislador pela decisão judicial. Deve-se considerar, nesse ponto, a advertência de Inocêncio Mártires Coelho de que "os limites da mutação constitucional, tal como os limites da interpretação dos enunciados jurídicos, não constituem problema específico da hermenêutica jurídica"[187]. É que tais limitações são presentes para qualquer enunciado em relação ao qual tenha que haver uma intervenção humana na realização daquela tarefa de acomodação do enunciado a uma situação prática do cotidiano.

Isso, todavia, não impede que os operadores jurídicos, utilizando-se dos aportes teóricos da hermenêutica como teoria geral do conhecimento do direito e, em especial, da constituição, atuem na crítica metódica quanto aos entendimentos oriundos das cortes, notadamente do STF. É que interessa sobremaneira a identificação de

[187] COELHO, Inocêncio Mártires. **A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 100. Para o autor: "Antes de se apresentarem como questão específica dos realizadores da Constituição, suscitam controvérsias entre os operadores do direito, em geral, dado que quaisquer textos – e não apenas os jurídicos – expõem-se à ação do tempo, que neles atua para consolidar, modificar ou sepultar alguns de seus múltiplos significados".

contradições, limites e insuficiências dos métodos aplicados para a obtenção dos resultados da interpretação.

Demonstrado que o método da regulação normativa deficiente atua como justificativa para substituição da opção valorativa do legislador pela opção do magistrado, assume relevo saber em quais circunstâncias pode ocorrer e quais limites decorrem dessa atuação. Com efeito, não se admitir que haja limites, seria entender que a atividade hermenêutica do STF, nesse particular, seria arbitrária. E tal arbitrariedade decorreria de uma atuação legislativa plena e primária.

Como visto, dentro da própria justificação dada pelo STF para utilizar a metodologia da regulação normativa deficiente, já se encontra a demonstração dos seus limites hermenêuticos. Nesse sentido, importante retomar aqui o conceito de validação, na expressão de Paul Ricoeur, não como processo de verificação empírica, mas como aproximação de uma lógica da probabilidade. Isto quer dizer, conforme o autor, que "a validação não é verificação". É, sim, "uma disciplina argumentativa comparável aos procedimentos jurídicos usados na interpretação legal, uma lógica da incerteza e da probabilidade qualitativa"[188].

Assim, retornar ao texto para verificar a "viabilidade" daquele padrão encontrado na primeira etapa do processo hermenêutico é vital para se evitar que a interpretação fique divorciada do texto, o qual, como inicialmente citado neste capítulo, "apresenta um campo limitado de construções possíveis"[189]. Nesse sentido, também o entendimento do que seja "texto de norma" e "programa de norma"[190], compreendendo-se que esse passar de olhos entre texto e contexto da norma não autoriza que se faça aderir ao texto elementos que jamais lá estiveram. Essa sinceridade do intérprete é relevante para não haver uma desmoralização dos processos hermenêuticos.

Os limites hermenêuticos do método da regulação normativa deficiente para suprimento de lacunas parciais foram demonstrados. Com isso, resta evidenciado que a atuação do juiz constitucional deve guardar equilíbrio entre a postura clássica do magistrado que só olha "fatos passados" e uma exigência dada pela força normativa

---

188 Op. cit., p. 90. Para o autor, "A lógica da validação permite-nos girar entre os dois limites do dogmatismo e do cepticismo. É sempre possível argumentar a favor de ou contra uma interpretação, confrontar interpretações, arbitrar entre elas e procurar um acordo, mesmo se tal acordo ficar para além do nosso alcance imediato" (Op. cit., p. 91).

189 RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação – o discurso e o excesso de significação**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1976, p. 91.

190 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

da constituição[191] que se propõe a olhar para frente. Mas, o risco de o intérprete constitucional se converter em legislador primário é deveras alto, caso não haja uma postura de autocontenção.

É possível observar que esse papel estará bem desempenhado, desde que o juiz constitucional se exima – ele próprio – da pretensão de expor pautas sociais, por mais legítimas e por mais que elas sejam aspirações da sociedade. Tudo isso, considerando que haja o legislador atuado. Mas, enfim, contentar-se com o espectro de limitação de construções possíveis que advêm do texto interpretado também é uma garantia de transparência do processo de interpretação.

[191] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

Conclusões

À guisa de considerações finais, é preciso considerar, de início, que a estruturação do trabalho se dá em três pontos principais: a completude da norma jurídica ser uma ideologia e, também, resultar em um pensamento utópico; a incompletude – já considerada como fato – ter origem, em grande parte, em processos de silenciamento e de ausências de oitivas durante o trâmite do processo legislativo; a percepção maior dessa incompletude nos tempos contemporâneos decorrer da ampliação dos "auditórios" que passam a ser ouvidos, sem a restrição e o filtro dos intermediários, em especial, dos juristas; o silêncio ser essencial à configuração do "ser do direito", porque estabelece a fronteira entre o "jurídico" e o não-jurídico"; a demonstração dos limites do silêncio eloquente para a autocontenção do judiciário e de ausência de metodologia na identificação de lacunas parciais – tidas como regulação normativa deficiente – bem como do processo de sua superação.

A completude da norma e, por consequência, do ordenamento jurídico, representa uma ideologia e, também, uma concepção utópica. Assim, faz-se uma correspondência entre ideologia e pensamento utópico. Não no sentido de que toda ideologia é uma utopia; mas, ao revés, porque a ideologia tem por objetivo enunciar uma ideia de mundo e de contexto que almeja estar acima da mera condição visível. Nisso, ela pode despontar para um pensamento utópico. Para isso, retoma-se a obra "Utopia" de Thomas More para visualizar, a título de exemplificação, todo um argumento utópico no sentido de que a norma conteria as respostas para as situações fáticas postas pelo mundo da vida.

A seguir, perpassa os conceitos de lacuna e da denominada regulação normativa deficiente, descrevendo o seu tratamento pela doutrina. A lacuna vista como uma espécie de omissão que resulta na ausência de normatividade sobre determinado fato, que possui significância para o direito; a regulação normativa deficiente como uma espécie de lacuna parcial.

A lacuna ou a omissão possuem conceitos organizados na ciência jurídica tradicional, mas sua importação e uso dentro dos próprios sistemas jurídicos devem ser bem dimensionados, sob pena de se ter consequências hermenêuticas diferenciadas, quando se trata de lacunas legais ou de lacunas constitucionais. A experiência jurídica no uso de tais conceitos e, melhor dizendo, na sua aplicação à vida prática, demonstra a necessidade de ajustamento dos conceitos à esfera de direitos envolvida

naquela deliberação, diferenciando a esfera de direito dito público (constitucional, administrativo, penal, processual) e do direito dito privado (em especial, o direito civil).

Com efeito, deve-se ter em conta que os métodos de integração da ordem jurídica não podem ser considerados, *per se*, quando em jogo se encontram supostas lacunas constitucionais. Em larga medida, o que exige plena consideração da comunidade jurídica, no atual estágio da jurisdição constitucional, é sistematizar nesse particular, ao menos do ponto de vista teórico, os limites de atuação do judiciário e, em particular, do STF.

O conceito de silêncio eloquente advém de uma consideração de que houve atuação consciente do legislador e que, em tendo consignado determinado expressão à norma jurídica, outro limite não haveria à interpretação, sendo que eventual ausência de um significante não alterará a conclusão já predisposta na norma jurídica. Por tudo isso, tem-se no silêncio eloquente uma consideração de limite à atuação do intérprete, nada obstante defenda sua insuficiência para a autocontenção do judiciário.

Nesse percurso, percebe-se a importância dos diálogos institucionais como instrumentos de autocontenção da atividade dos juízes e para evitar que processos deliberados de silenciamento sejam efetivados durante o trâmite, em especial, do processo legislativo.

É que as lacunas podem advir de silêncios que foram gerados de processos em que houve ausências de oitivas ou porque resultaram de processos diretos de silenciamentos, em especial durante a produção da norma jurídica no espaço de deliberação do legislativo. Pode haver silêncio em diversas modalidades: o que decorre da intencionalidade do agente; o que advém do esquecimento ou da ausência de efetiva oitiva dos interessados e destinatários da norma; ou o silêncio que deriva de um processo direto de silenciamento.

Mas, não se tem como falar em silêncio, seja este classificado como lacuna, omissão ou regulação normativa deficiente, sem se reportar aos auditórios ouvidos no processo de formulação da norma, em especial quando do processo legislativo. E a percepção de incompletude da ordem jurídica pode derivar do que se denomina "ampliação dos auditórios", ou seja, mesmo quando o silêncio não incorra em nenhuma modalidade acima descrita, é possível que haja uma percepção de incompletude, por força da complexidade dos auditórios contemporâneos. Assim, a discussão perpassa pela consideração atual de que a incompletude da norma jurídica e a sensação de existência

de lacunas no ordenamento jurídico decorrem cada vez mais dessa acentuada ampliação das classes de destinatários.

Para se verificar a possibilidade de "escuta" de uma opinião pública pelas cortes, em especial nas questões difíceis, e o seu papel no suprimento de lacunas, tal questão demanda o revolvimento de conceitos que ficaram à margem da moda da ciência política e, em especial, do direito. E tal se reporta aos conceitos de razão de estado e de razão pública, pois são elementos essenciais à formação das opiniões consideradas nos processos decisórios, que se apresentam à sociedade do seu tempo como opiniões de "concelhias" ou de opiniões públicas.

Há de se ter em conta o papel atual dessas opiniões públicas ou publicadas, porque tais manifestações passam a ter profunda relevância, em especial no âmbito do judiciário, quando são opostos os "reclamos" sobre omissões, lacunas e regulações normativas deficientes. E nem se pode desconsiderar que tais manifestações, não raro, se servem de meios heterodoxos – jornais, *blogs*, redes sociais – sem mais a necessidade imperiosa da intermediação dos juristas. E disso tudo advém a dificuldade de as cortes lidarem com a consideração das "opiniões públicas" ou "tornadas públicas", diante da diversidade de atores envolvidos e da complexidade da sociedade contemporânea.

Resulta, assim, que se deve relativizar esse papel das cortes para a inclusão das "opiniões públicas" no processo decisório, mesmo se admitindo que elas não podem olvidar o seu grau de influência. Em especial, porque a identificação do conceito de direitos fundamentais com "razão pública" pode-se, em uma correspondência mais simplista, considerar que tal fundamentalidade dos direitos poderia estar encartada em uma determinada "opinião pública".

E as cortes constitucionais não mais se contentam em legitimar suas decisões tendo por base as manifestações – restritas – de grupos de juristas ou com fundamentação apenas no pensamento da dita "doutrina" jurídica. As cortes tentam alcançar espectros de opiniões públicas ou publicadas de setores variados da sociedade, no que acarreta discussão sobre o impacto que tal procedimento tem para a identificação e superação de lacunas normativas. O convencimento e a legitimação buscados não mais se restringem ao que a "doutrina dominante" preleciona sobre aquela determinada questão e nem ao que pensam grupos restritos de pensadores do direito.

O texto questiona os limites hermenêuticos do silêncio eloquente para a autocontenção do judiciário e do método – assim entendido – da regulação normativa deficiente para suprimento de lacunas parciais. Para tanto, perfaz análise de alguns

julgados proferidos pelo STF em que o tema do silêncio eloquente foi critério definidor da atuação – restrita, nesses casos – daquela corte. De sua parte, o exame de dois julgados demonstra a insuficiência para a corte, no que concerne à identificação e superação de uma lacuna parcial, tida como uma regulação normativa deficiente na matéria pertinente aos benefícios assistenciais.

A lacuna decorre do espaço em que o interessado, entrevendo a omissão de uma norma jurídica existente, deduz de tal omissão a necessidade de que tal conduta ou fato seja regulado pelo direito. Nesse particular, o silêncio eloquente é o espaço da pausa do direito, tal qual o silêncio em uma pauta musical. Assim como em uma peça musical o silêncio compõe a tessitura da melodia, o silêncio na norma é o espaço em que o direito se afirma como tal. O silêncio em toda a extensão é o nada, é falta de notação de qualquer ação. O barulho permanente em uma peça musical é como uma norma que pretende ter regulado todos os espaços do mundo da vida.

Por fim, tem este texto por finalidade a defesa da tese de que o silêncio normativo se traduz em um espaço necessário à determinação da pauta da norma jurídica. Sem o silêncio normativo, o direito normatizaria todos os aspectos da vida em sociedade e, assim, ao se imiscuir em todos os planos sociais, o fenômeno jurídico, de tão totalizante, deixaria de ter a essência do "ser jurídico".

Assim, a lacuna é o elemento central para delimitação do ser do direito, verdadeira fronteira do espaço entre o jurídico e o não-jurídico, a qual, se turvada, atrapalha os planos da ordem jurídica de ser efetiva. No mais, conclui que a lacuna deve ser vista como a suscitação da ocorrência de um silêncio sobre um relevante fato jurídico agora (a partir dali) apto à normatividade. Isso, ao invés de ser tido como um processo de enfraquecimento da norma jurídica, só realça a importância que tem o direito para regular os diversos aspectos da vida em comunidade; mas, não para servir de instrumento apto a regular todos os espaços dessa vida comum.

O texto não deixa de questionar a ausência de coerência na jurisprudência do STF para identificação de alegadas lacunas legais em face de comandos implícitos decorrentes de interpretação de normas constitucionais. E ainda constata a necessidade de separação temática e metodológica entre: lacunas das normas constitucionais; lacunas das normas legais em face de determinações expressas oriundas de normas constitucionais; lacunas legais em face de comandos gerais oriundos de normas constitucionais; lacunas legais em face de comandos implícitos decorrentes de interpretação de normas constitucionais.

Com isso, revela a necessidade de se estabelecer critérios adicionais de identificação de lacunas legais em face de comandos implícitos decorrentes de interpretação de normas constitucionais. E, nesse âmbito, identificada a aplicação do método da regulação normativa deficiente, no âmbito da jurisprudência do STF, foi posto o debate à luz do dia acerca dos limites hermenêuticos dessa atividade de típico legislador primário para suprir lacunas parciais.

A temática se abre para diversas perspectivas que se reportam a um outro tratamento que deve ser conferido na diferenciação entre lacunas legais e lacunas constitucionais. Disso decorre tema mais palpitante, quanto à mitigação ou mesmo desuso dos métodos tradicionais de suprimento de lacunas no âmbito da hermenêutica constitucional.

Esse tema desafiador precisa ser melhor enfrentado pelos estudiosos da matéria, porque pode trazer novas referências teóricas e demonstrar que muito do que se critica quanto a um judiciário que não conhece seus limites decorre de uma falta de entendimento sobre as diferenças entre lacunas e omissões na relação fato e lei e lacunas e omissões entre lei e constituição.

Referências

ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento:** a inércia do legislador e suas consequências. Curitiba: Juruá, 2011.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ALMEIDA, Júlio César de. **Retórica dos silêncios normativos & lacunas no direito:** separação entre texto e norma à luz de uma releitura de Kelsen. Curitiba: Juruá, 2014.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização dos poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de 'O espírito das leis'. **Revista dos Tribunais**, v. 97, n. 868, p. 53-68, fev.2008.

_____. O mito da separação de poderes e a necessidade real da legislação delegada. **Revista Jurídica – CCJ**. v. 20, n. 42, p. 85-112, maio/ago. 2016.

ASCENSÃO. José de Oliveira. **O Direito.** Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer ; apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Tradução, introdução e notas de José Carlos Orsi Morel. Revisão técnica da tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone Editora, 2011.

BOTERO, João. **Da razão de estado**. Tradução Raffaella Longobardi Ralha. Coord. e introd. de Luís Reis Torgal. Coimbra: Inic, 1992.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial *versus* Diálogos Constitucionais**: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto compilado e organizado com as Emendas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08.mai.2018.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 9.fev.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983/CE**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874. Acesso em: 17.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 135.637**. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207858. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 30.585. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3133932. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 31.375**. Plenário. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4291303. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 566.259**. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614536. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 562.980**. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602287. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 371**. Plenário. Relator: Min. Maurício Corrêa. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266320. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 978**. Plenário. Relator: Min. Ilmar Galvão. Relator para o acórdão: Min.

Celso de Mello. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266320. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n. 85.029**. Plenário. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358613. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **2º-AgR Ação Penal n. 470**. Plenário. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590406. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Plenário. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança n. 24.334**. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116086. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n. 94.654**. Primeira Turma. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552065. Acesso em: 9.fev.2020.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF**. Plenário. Relator: Min. Ilmar Galvão. Relator para o acórdão: Min. Nelson Jobim. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451. Acesso em: 17.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.374/PE**. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489. Acesso em: 17.fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 130.522**. São Paulo. Relator Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça 28.06.91, p. 8907. Ementário Vol. 1626-03, p. 525. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 136-03, p. 1340. Julgamento em 04.06.91. 1ª turma. Unânime.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia: história de deuses e heróis**. Tradução David Jardim Júnior. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. São Paulo: Forense, 2014.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. O supremo tribunal federal e a inconstitucionalidade por omissão parcial. Recife: **Revista da Esmafe / 5ª Região**, ano 1, n. 2, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. (Coleção Os Pensadores) 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

DOLHNIKOFF, Miriam. **O pacto imperial:** origens do federalismo no Brasil do século XIX. São Paulo: Globo, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EAGLETON, Terry. **Ideologia.** Uma introdução. Tradução Silvana Vieira, Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Editora Boitempo, 1997.

ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRARI, Regina. O silêncio e o direito. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 81-97, out./dez. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Uma falácia: a inconstitucionalidade por omissão. **Jornal Estado de São Paulo**. São Paulo, 1987, p. 32.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **O silêncio eloquente:** omissão do legislador e responsabilidade do Estado na Comunidade Europeia e no Mercosul. – (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de F. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed., Campinas: Russell Editores, 2005.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. *In*: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker's Notes. Disponível *on-line*: *http://tinyurl.com/bz4cwqk*

LACERDA, Bruno Amaro; MÜLLER, Juliana Martins de Sá. As lacunas constitucionais e o direito como integridade: análise de um caso concreto. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 102-118, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p102. ISSN: 2178-8189.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego e revisão de Ana Freitas. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LIPPMANN, Walter. **Opinião Pública**. Tradução e prefácio de Jacques A. Wainberg. 2. ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

MACHADO, J. Baptista. **Introdução do direito e ao discurso legitimador**, Coimbra: Editora Coimbra, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. *In*: **Revista de processo**, ano 38, vol. 226, dez./2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 13-29.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília*, v. 14, n. 1, 2017, p. 402-423*.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** – Tomo II, 3. ed., Coimbra Editora, 1991.

MORE, Thomas. **Utopia**. 2. ed. São Paulo: Martins Claret, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. 7. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NETO SOUZA, Cláudio Pereira. A legitimação democrática do controle de constitucionalidade das omissões legislativas: notas acerca do instituto do mandado de injunção. *In*: ARRUDA, Paula (coord.). **Os atuais desafios da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 199-216.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica.** Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 6. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2007.

PERELMAN, Chäim. **Tratado da argumentação**: a nova retórica ; [prefácio de Fábio Ulhôa Coelho ; tradução Maria Ermantina Galvão]. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PRADO, Tônia Aparecida Tostes do. A responsabilidade civil do estado por omissão legislativa. *In*: FARIA, Edimur Ferreira de (coord.). **Responsabilidade civil do estado no ordenamento jurídico e na jurisprudência atuais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, pp. 233-256.

PRIOLLI, Maria Luísa de Mattos. **Princípios básicos da música para a juventude**. 52. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Casa Oliveira de Músicas Ltda., 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. O caráter fundamental dos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Estado**, 19-2017:17, 2010.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação – o discurso e o excesso de significação**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1976.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado; introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. – 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 29-58, jul./dez. 2012.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Teologia política**. Organização por Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État*.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

SOUSA, Bernardo Vasconcelos e; MONTEIRO, Nuno Gonçalo; RAMOS, Rui (coord.). **História de Portugal**. 7. ed. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2012.

SOUSA FILHO. Ademar Borges de. Pontes de transição entre direito e política: sentenças aditivas na experiência recente do STF. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, n. 2, 2016, p. 74-111. http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum DOI: 10.12957/publicum.2016.23764.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito constitucional e as lacunas da lei. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, ano 34, n. 133, jan./mar. 1997, p. 12.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: superando as teses do "legislador negativo" e do ativismo de caráter jurisdicional. *In*: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **Estudos de direito processual constitucional**: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 197-217.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2012.