



## OS SIGNIFICADOS DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

### THE MEANINGS OF CONSTITUTIONAL RIGIDITY

## LOS SIGNIFICADOS DE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Felipe Bizinoto Soares de Pádua<sup>1</sup>

**Resumo:** A ideia de rigidez constitucional é tradicionalmente vista em relação a uma Constituição rígida, que exige o cumprimento de solenidades para sua alteração. Na perspectiva dos mecanismos de proteção constitucional (o controle de constitucionalidade) é que surge um significado a mais para rigidez constitucional, este ligado à proteção contra atos inconstitucionais. É sobre esses dois significados de rigidez constitucional que este artigo tratará.

**Palavras-chave:** Rigidez constitucional; Supremacia da Constituição; Emenda à Constituição; Controle de constitucionalidade.

**Abstract:** The idea of constitutional rigidity is traditionally seen in relation to a rigid Constitution, which requires the fulfillment of solemnities for its alteration. From the perspective of constitutional protection mechanisms (the judicial review) there is an additional meaning for constitutional rigidity, this one linked to protection against unconstitutional acts. It is about these two meanings of constitutional rigidity that this article will deal.

**Keywords:** Constitutional rigidity; Supremacy of Constitution; Amendment of the Constitution; Judicial review.

**Resumen:** La idea de rigidez constitucional se ve tradicionalmente en relación a una Constitución rígida, que requiere el cumplimiento de solemnidades para su alteración. En la perspectiva de los mecanismos de protección constitucional (el control de constitucionalidad) hay un significado adicional para la rigidez constitucional, este vinculado a la protección contra actos inconstitucionales. Sobre estos dos significados de rigidez constitucional que este artículo tratará.

**Palabras clave:** Rigidez constitucional; Supremacía de la Constitución; Enmienda a la Constitución; Control de constitucionalidad.

### 1 Considerações iniciais

Em *A Luta por Justiça* é retratada a história de um advogado recém-formado que se dedica a proporcionar assistência jurídica adequada aos prisioneiros que estão no corredor da morte, mostrando a interação da personagem principal com diversos negros presos, em especial um que fora falsamente acusado e condenado por assassinato. Para além dos problemas prisionais e étnicos que o filme apresenta, importante destacar duas ideias tratadas por Konrad

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (2021). Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Registral e Notarial, em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (2019). E-mail: bizinoto.felipe@hotmail.com

Hesse (1991, p. 13-23) e Norberto Bobbio (2011, p. 55), quais sejam, a Constituição como diploma jurídico dotado de hierarquia máxima é uma conquista para o Direito e que tal conquista advém do ambiente social, das crenças sociais que servem de liga para um texto jurídico seja aplicável. Essa dualidade é expressa nas lições de Geraldo Ataliba (2011, p. 17-18), para quem a Constituição não é apenas um instrumento jurídico (texto), e sim uma prática social.

A conquista constitucional acima é mostrada por Dalmo de Abreu Dallari (2010) sob a vista histórica, que demonstra que o resultado a que a contemporaneidade chegou é dual: ao mesmo tempo é produto de contribuições pretéritas e, também, parte de um processo que – ao que tudo indica – continuará. Em suma, a conquista da Constituição contemporânea é, simultaneamente, resultado e processo contínuo. Dentro desses contributos consta o da cultura jurídico-política dos EUA, que em 1787 levou ao mundo a noção de Constituição como o diploma de hierarquia máxima dentro de um Estado, um texto posto por uma autoridade constituinte e que estabelece as linhas mestras do Estado (DALLARI, 2010, p. 229 e ss.).

Sob a óptica do hoje é que se define a Constituição como o conjunto de decisões políticas fundamentais dotadas de hierarquia máxima dentro de um ordenamento jurídico e que dizem respeito, essencialmente, às posições jusfundamentais e à organização e finalidade do Estado (PÁDUA, 2020c; BARROSO, 2015, p. 107).

É a partir da definição de Constituição, com ênfase à sua hierarquia, que se desenvolve o ponto central deste artigo: a rigidez constitucional. Afinal, o que é? Para isso que se desdobrarão duas definições ou acepções: (i) uma primeira que é denominada rigidez constitucional legislativa, que envolverá o berço da relação constitucional democrática que vigora em parcela substancial dos discursos dos países: o Legislativo; e (ii) uma segunda que é denominada rigidez constitucional técnico-decisional, que diz respeito à garantia da supremacia da Lei Fundamental em relação aos atos estatais de potencial ou efetiva violação a preceitos superiores.

O ponto comum das acepções está na perspectiva de Georges Vedel (2002, p. 117-118), que menciona o reconhecimento da rigidez constitucional tem como consequência central a supremacia da Constituição em relação aos demais atos jurídicos (públicos e privados). Isso decorre da compreensão de Hans Kelsen (1998, p. 246-249) sobre a Constituição em sua acepção formal, como diploma de hierarquia máxima, aquele conjunto normativo que corresponde ao fundamento de validade de todos os atos do ordenamento jurídico.

## **2 Acepção legislativa**

A rigidez constitucional legislativa remete à visão tradicional que nutre em relação ao texto constitucional, partindo-se da classificação da Constituição em relação à sua mutabilidade. De acordo com Michel Temer (1984, p. 15-16), a mutabilidade formal constitucional é medida

em três graus classificatórios: é rígida a Constituição cuja mudança do texto exige um rito específico e dotado de mais solenidades; é flexível a Constituição cuja alteração textual não tem rito próprio, sendo aplicável o rito comum das leis *stricto sensu*; é semirrígido o texto constitucional cuja mudança textual é dual: uma parte exige um rito próprio, outra tem rito legislativo comum.

A noção de rigidez ora desenvolvida trata da primeira classificação, a das Constituições rígidas, sendo exemplos a Constituição do Brasil de 1988 (CRFB/1988), a Constituição dos EUA, a Constituição da Alemanha de 1949.

Na CRFB/1988 consta um conjunto de solenidades que devem ser atendidas para que um ato de reforma (Emenda à Constituição) seja reputada como válida. No seu art. 60 consta todo o rito que passa pelo interior do Congresso Nacional para tornar uma proposta de emenda à Constituição (PEC) em uma efetiva mudança em algum enunciado da Lei Básica brasileira.

O uso terminológico sobre o desdobramento do art. 60 CRFB/1988 é da Teoria Geral do Direito, particularmente aquele utilizado na compreensão de Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 42), que trata do negócio jurídico: as lições aplicam-se com maior largueza (e atingem o Direito Constitucional), sendo que o processo legislativo é uma declaração de vontade do Estado-Legislator e, portanto, a Emenda à Constituição e o seu processo de elaboração também é um ato de vontade. Por ser um ato de vontade, ele deve ser hígido e, portanto, cumprir com certos requisitos de validade, que consistem em qualidades que aqueles atos que passam pelo plano da validade devem ter para que produzam os efeitos de Direito (AZEVEDO, 2002, p. 29-30 e p. 42).

Aplicando a premissa da TGD à rigidez constitucional legislativa, esta se exterioriza na Constituição brasileira por meio do art. 60, que estabelece três blocos a que se dão o nome de limites (SILVA, 2013, p. 63-70; TEMER, 1984, p. 159-160; RUSSOMANO, 1976, p. 131-133; MELGARÉ, 2018, p. 86-91). Voltando à TGD, precisamente são limitações, e não restrições, pois tais espécies de delineamentos distinguem quanto à origem: segundo vocábulo de F. C. Pontes de Miranda (1972, p. 80), limitações são os contornos estabelecidos pela ordem jurídica, em especial o ordenamento legal, enquanto as restrições são os contornos em virtude de atos jurídicos, especialmente os negócios jurídicos.

Logo, as limitações constitucionais ao poder de reforma compreendem um conjunto de requisitos de validade circunstanciais, formais e materiais que devem ser atendidos pela reforma ao texto da Constituição para que possa produzir plenamente seus efeitos jurídicos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 125-126; SILVA, 2013, p. 67-70; MELGARÉ, 2018, p. 87-90; BARROSO, 2015, p. 183 e ss.; VEDEL, 2002, p. 118-119). Essas limitações ou limites ao poder reformador constam da seguinte forma na CRFB/1988 (BRASIL, 1988):

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do

Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

De acordo com o enunciado acima, não poderá haver emenda à Constituição na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Desse enunciado se extrai os limites circunstanciais, que compreendem um conjunto de qualidades que dizem respeito ao momento que a reforma à Constituição é proibida (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 131-132; BARROSO, 2015, p. 185; SILVA, 2013, p. 68; MELGARÉ, 2018, p. 89). Trata de determinadas situações de grave instabilidade no Estado brasileiro que inviabilizam a reforma constitucional, situações que são a intervenção federal, os estados de defesa e de sítio.

Em razão do grande colorido que o mundo dos fatos leva do mundo jurídico, importante destaque feito por Ingo W. Sarlet é de que as PECs que tramitavam quando da decretação de uma das circunstâncias do § 1º do art. 60 incorrerá na suspensão do trâmite da proposta até que dada situação seja superada (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 131-132). Isso aconteceu com a dupla decretação de intervenção federal no ano de 2018, em Roraima e no Rio de Janeiro, o que levou à suspensão, p. ex., das PECs da reforma tributária e da reforma federativa.

O segundo grupo de limitações são as limitações ou limites formais ao poder reformador, que compreendem um conjunto de qualidades que dizem respeito ao procedimento de reforma da Constituição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 126; BARROSO, 2015, p. 186; SILVA, 2013, p. 67; MELGARÉ, 2018, p. 87; VEDEL, 2002, p. 118). Na Constituição brasileira de 1988 constam as limitações formais nos incisos I a III e nos §§ 2º, 3º e 5º do art. 60.

Apesar das etapas da Emenda à Constituição diferirem dos demais diplomas legais do art. 59 da CRFB/1988, aplica-se o raciocínio didático (MELGARÉ, 2018, p. 77-85; RUSSOMANO, 1976, p. 121-130): (i) a iniciativa é o poder de iniciar o procedimento de

reforma constitucional e seu impulso é feito pelo (i.1) Presidente da República, (i.2) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou (i.3) mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se em cada uma pela maioria relativa de seus membros; (ii) a votação é o processo deliberatório que ocorre no interior do Congresso Nacional, sendo que a PEC deve ser votada em cada uma das Casas, em dois turnos e com aprovação se obtiver o mínimo de três quintos dos membros de cada Casa em ambos os turnos. A matéria rejeitada ou prejudicada da PEC só poderá ser proposta na próxima sessão legislativa; (iii) a promulgação, que compreende a conversão da PEC em Emenda à Constituição e que se dá por meio de ato das Mesas da Câmara dos Deputados Federais e do Senado Federal, atribuindo-se um número de ordem; e (iv) publicação, que compreende a levada ao público do ato e de seus efeitos, o que ocorre por meio dos Diários Oficiais.

Como última limitação há os limites materiais, também chamados de cláusulas pétreas, que compreendem um conjunto de qualidades que o poder de reforma deve atender em relação a aspectos de conteúdo contra o qual a PEC não pode atentar, pois compreendem o núcleo material que dão identidade à Constituição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 132; BARROSO, 2015, p. 194; SILVA, 2013, p. 68; MELGARÉ, 2018, p. 89; VEDEL, 2002, p. 118). Sobre tal classe de limitações há desdobramento em limitações materiais explícitas e implícitas.

As limitações materiais explícitas constam no § 4º do art. 60 e envolvem a proibição de que seja deliberada (fase de votação) de PEC tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos “Poderes”, os direitos e garantias individuais.

As limitações materiais implícitas são aquelas que não constam de forma categórica no texto constitucional brasileiro como tais, todavia decorrem do que Karl Loewenstein (1979, p. 186) denomina espírito e *telos* constitucional. De forma mais detalhada, tais limites implícitos decorrem da lógica estrutural extraída da própria Constituição, sendo que a doutrina varia na enumeração (BARROSO, 2015, p. 201; SILVA, 2013, p. 70), mas que podem ser sintetizados em três grupos: 1º sobre o titular do poder constituinte originário, pois o reformador é subordinado ao constituinte e, portanto, não pode alterar o titular da soberania (no contexto atual, o povo); 2º sobre o titular do poder constituído de reforma (ou poder constituinte reformador), porque só o poder constituinte pode estabelecer um novo exercente da reforma; e 3º sobre o procedimento de reforma da Constituição, pois o poder reformador é delegado do poder originário, não podendo o primeiro alterar a própria delegação.

Novamente, é com base nessa ampla solenidade que abrange várias limitações à reforma constitucional brasileira que se destaca a acepção de rigidez mais tradicional, aqui denominada de rigidez constitucional legislativa, eis que ela ocorre no âmbito de uma definição mais larga de processo legislativo (que envolve todas as funções estatais, não apenas o Legislativo).

### 3 Acepção técnico-decisional

Ao se perguntar do porquê cumprir a Constituição, Hans Kelsen (1998, p. 67-78) e Konrad Hesse (1991, p. 24-32) respondem que ela é norma jurídica e, por conseguinte, não é voluntariamente declinável, e sim obrigatoriamente passível de cumprimento, isto é, a Constituição deve ser cumprida por ser Direito, e Direito é caracterizado pela sua obrigatoriedade, sob pena de uso do aparato estatal para conformar o fato (descumprimento) à norma (cumprimento).

Sob o aspecto reativo que se desenvolve a acepção técnico-decisional de rigidez constitucional. É dizer: parte-se de uma rigidez que reage a certo incumprimento a preceito constitucional, mediante exposição dos mecanismos que conformam o ser ao dever ser. E é dentro dessa acepção que se desenvolvem dois debates: um sobre quem faz cumprir a Constituição, ou, melhor dizendo, quem guarda a ordem constitucional em última instância, o outro é sobre como esse guardião exerce sua atribuição de guarda constitucional.

Acerca da primeira questão é que surge o famoso debate entre Hans Kelsen (2013, p. 237-298) e Carl Schmitt (2007) em relação à pergunta: quem é o guardião da Constituição? É importante informar que tal debate não trata do exclusivo guardião, eis que parte do pressuposto de que todas as funções ou “Poderes” de Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) são poder constituído e, portanto, devem respeito e proteger a Constituição. Trata-se da guarda da Lei Fundamental sob o enfoque de quem é a autoridade última dentro de um Estado a que se recorre para solucionar questões constitucionais.

Já contextualizando na história, a visão schmittiana prevaleceu em um início, entendendo-se que uma autoridade política (o Führer, no caso) seria a última voz da (e sobre a) Constituição (SCHMITT, 2007). No pós-2ª Guerra Mundial houve vitória kelseniana, entendendo-se que uma autoridade técnica (órgão ou função estatal apartada) seria a última voz da (e sobre a) Constituição (KELSEN, 2013, p. 237-298). No momento contemporâneo é de se falar que muitos Estados vivem em momentos políticos e jurídicos nos quais os Tribunais Constitucionais têm grande poder, podendo denominar a situação (até com um grau de exagero) como a *Era dos Tribunais*.

Sobre a segunda questão, o principal instrumento através do qual as Cortes Constitucionais exercem a guarda do texto constitucional é o chamado controle de constitucionalidade, que compreende em linhas gerais uma espécie de juízo de verificação da compatibilidade de certo ato estatal em relação aos requisitos de validade inscritos na Constituição (PÁDUA, 2020a; BARROSO, 2015, p. 109). Em oportunidade anterior é que se destacou ser o juízo de constitucionalidade uma espécie do juízo de compatibilidade, que tem como outras classes os juízos de recepção, de convencionalidade e de legalidade (PÁDUA, 2020b; PÁDUA; MINHOTO, 2021, p. 61-82).

Como informado, todas as autoridades têm seu fundamento na Constituição e, por isso,

devem zelar pela rigidez do sistema constitucional. A acepção de rigidez técnico-decisional está na ideia trazida pelo controle de constitucionalidade diante do fato de que nada adianta um ordenamento ter todo um aparato solene para mudança constitucional e não ter garantias para que esses ritos próprios sejam obedecidos e que os atos que contrariem o texto constitucional sejam sancionados.

Apesar desse amplo campo de proteção, este artigo terá como enfoque o controle de constitucionalidade judicial, que será tratado sob dois enfoques que variam em relação ao grau de atuação judicial sobre os atos estatais cuja compatibilidade é verificada.

Mauro Cappelletti (1984, p. 23-44) e Jorge Miranda (2017, p. 32-36) demonstram que o juízo de constitucionalidade, além de ser um juízo de compatibilidade, e estar situado no plano da validade, envolvem, inevitavelmente, uma interferência judicial no plano político (área de protagonismo do Executivo e do Legislativo), determinando-se um predomínio jurídico sobre o político, da supremacia da Constituição em relação ao mundo do governo da e legitimado pela maioria. É com o intuito de evitar mais atritos que Hans Kelsen (2013, p. 301-319) desenvolveu a figura da Corte Constitucional como um legislador negativo e cujos efeitos da decisão de inconstitucionalidade teriam efeitos prospectivos (*ex nunc*).

É considerando que a tradição cultural jurídica do controle judicial de constitucionalidade que reconhece que o primeiro o primeiro enfoque diz respeito, justamente, à tradicional decisão de inconstitucionalidade, que, independentemente do modelo adotado (inspiração dos EUA ou Áustria ou França), corresponde a uma eliminação do ato estatal do sistema (MIRANDA, 2017, p. 11-17). O ato cuja constitucionalidade é questionada existe no mundo jurídico, pode produzir efeitos em razão da presunção que milita a seu favor, mas será desfeito em razão da sua invalidade insanável, que resulta na decretação da inconstitucionalidade pela via judicial.

Não obstante a idealização kelseniana de mínimo atrito jurídico-político, a hipercomplexidade social arrastou consigo o Direito, sendo o cenário brasileiro um exemplo de forte atuação judicial na seara de incumbência do Estado-Legislator e do Estado-Executor, destacadamente nas políticas públicas. Sobre esse exemplo no qual existe um evidente conflito entre os “Poderes” majoritários e o “Poder” técnico é que Ana Paula de Barcellos (2011, p. 244) expõe que as medidas administrativas e legislativas não podem abandonar o compromisso constitucional com a existência humana digna, eis que estariam a violar um dos fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade humana.

É com fundamento no chamado mínimo existencial e na conduta inconstitucional do legislador ou administrador que os magistrados – com ênfase no Supremo Tribunal Federal – atuam nas áreas que são constitucionalmente designadas como sendo de domínio legislativo e administrativo, servindo os seguintes julgados:

(...) embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 2009b).

(...) 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial (STJ, 2010a).

(...) 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. *In casu*, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros (STJ, 2010b).

Para além das políticas públicas, um outro caso no qual o Judiciário brasileiro intervém na esfera legislativa é na inovação ao reconhecer um *status* aos atos internacionais absorvidos



pelo ordenamento brasileiro e que envolvam temáticas de direitos humanos, todavia não tenham atendido ao rito do art. 5º, § 3º da Lei Fundamental brasileira. A tais atos em situação de materialidade constitucional, mas formalidade legal é que o Supremo Tribunal Federal reconheceu aos atos internacionais o status de supralegal, ou seja, um ato que fica abaixo da Emenda à Constituição e acima das leis *stricto sensu* e demais atos legais, servindo o caso do depositário infiel cujo art. 5º, LXVII da Constituição de 1988 foi interpretado à luz do art. 7º, § 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica):

RECURSO. Extraordinário. Provimento Parcial. Prisão Civil. Depositário infiel. Possibilidade. Alegações rejeitadas. Precedente do Pleno. Agravo regimental não provido. O Plenário da Corte assentou que, em razão do status supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. (STF, 2009a).

Em razão da frequente atuação judicial sob o fundamento da inconstitucionalidade dos “Poderes” majoritários, intervenção judicial que vai para além do quadro normativo estabelecido pela Constituição, é que o segundo enfoque surge. Este diz respeito a uma via intermediária entre a retirada do ato do sistema e a inanição com relação aos preceitos constitucionais: Karl Larenz (2019, p. 479 e ss.) leciona que existem mecanismos hermenêuticos através dos quais os atos de constitucionalidade questionada em juízo são mantidos no sistema, desde que compreendidos de determinada forma, mecanismos cujo gênero é chamado de interpretação conforme a Constituição.

As espécies de interpretação conforme a Constituição são tratadas por Luís Roberto Barroso (2015, p. 336-338), Jorge Miranda (2017, p. 84-88), Luiz Guilherme Marinoni (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1218-1221) e Elival da Silva Ramos (2015, p. 212-229), todos com referência à doutrina italiana e à existência de diversas espécies de sentenças manipulativas, mas atribuindo ênfase à espécie interpretação conforme a Constituição e à decretação parcial de inconstitucionalidade sem redução textual<sup>2</sup>. A primeira espécie é decisão de caráter hermenêutico e consiste em analisar qual ou quais das diversas interpretações extraídas do ato questionado são compatíveis com a Constituição, sendo que a decisão será no sentido de delimitar a tais interpretações conformes a atividade hermenêutica; a segunda espécie é decisão de caráter judicial e consiste em analisar qual ou quais quadros fáticos devem ser excluídos do âmbito de incidência normativa, mantendo-se a interpretação/aplicação normativa naqueles quadros fáticos não retirados do âmbito de incidência do ato questionado.

Ao segundo enfoque, ainda mais diante das explicações de que ele envolve o plano

---

<sup>2</sup> Sobre esta espécie, a doutrina em geral fala como declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, terminologia que o autor deste artigo não adere, eis que a inconstitucionalidade se situa no plano da validade, sendo necessária uma decisão desconstitutiva para que ou o ato questionado seja retirado da ordem constitucional, ou seja, alterado em sua interpretação para compatibilizar-se com o sistema. A discordância tem como base a localização da inconstitucionalidade, sendo que a decisão que invalida tem força desconstitutiva, segundo lição de F. C. Pontes de Miranda (1972).

jurídico hermenêutico, importante destacar a visão de Hans Kelsen (1998, p. 4-5), Vezio Crisafulli (1964), Eros R. Grau (2018, p. 39-41) e Humberto Ávila (2016, p. 50-51), que entendem que existe uma diferença entre dispositivo (*disposizione*), ou, melhor dizendo, fonte do Direito<sup>3</sup>, e norma: a primeira espécie é o Direito em sua latência, é a fonte a partir da qual o intérprete exercerá a interpretação, enquanto a norma jurídica é o resultado da interpretação da fonte do Direito. Ao se falar do gênero interpretação conforme a Constituição, então faz referência ao plano hermenêutico, ao plano de significantes e significados, ao da interpretação das fontes jurídicas, sendo o intuito dos mecanismos relacionados ao controle de constitucionalidade a preservação da fonte mediante impressão de certos significados e exclusão de outros.

Ocorre que mesmo com todo esse recurso à deferência da opção legislativa (ou administrativa) através do uso das interpretações conforme a Constituição, crítica válida de Elival da Silva Ramos (2015, p. 23-333) é que muitos espaços normativos não judiciais são judicializados e, conseqüentemente, são levados a que o Estado-Juiz decida sobre: aqueles espaços das demais funções estatais. Isso tem como possível fonte o próprio legislador, que tem maior papel nos ordenamentos de família romano-germânica (os sistemas de *Civil Law*) e que estabelece textos dotados de maior elasticidade em razão dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, que dão maior margem de conformação pelo magistrado (PÁDUA, 2021).

Segundo António M. da R. e Menezes Cordeiro (2017, p. 1176 e ss.), Karl Engisch (2014, p. 205 e ss.) e Karl Larenz (2019, p. 686 e ss.), os conceitos jurídicos indeterminados são signos dotados de porosidade apta a que o intérprete preencha com determinados valores e, também, concretize com maior intensidade o desiderato jurídico no mundo fenomênico, enquanto as cláusulas gerais são prescrições linguísticas com remissões extrajurídicas que podem ou não ter conceitos jurídicos indeterminados no seu interior. Exemplos da primeira categoria jurídico-linguística é relevância e urgência no art. 62 da CRFB/1988, dignidade humana no art. 1º, III da CRFB/1988; exemplos de cláusulas gerais constam no art. 5º, LIV e LVI da CRFB/1988<sup>4</sup>.

É em razão desse amplo espectro de atuação que o ordenamento jurídico conferiu ao Judiciário brasileiro, bem como diante de uma Constituição extremamente analítica, que o campo hermenêutico pode não mitigar o risco de ingerência judiciária na legislação e na administração, e sim constituir hipótese de agravamento, eis que a elasticidade textual e o reconhecimento de meios para que o exercente do controle judicial de constitucionalidade compatibilize as fontes aos ditames constitucionais viabilizam a que o juiz aplicador imprima

---

<sup>3</sup> Dispositivo como ponto de partida do intérprete jurídico também é tratado como fonte do Direito (para abarcar outras origens além das textuais), enunciado jurídico e texto.

<sup>4</sup> “Art. 5º. (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

valores próprios e até redirecione o *telos* jurídico da fonte, o que tem como maior exemplo no Brasil no âmbito das políticas públicas.

#### 4 Conclusões

Como premissa cerne decorrente da ideia de rigidez constitucional está a supremacia da Constituição, que parte da definição de texto constitucional em sua acepção formal, isto é, de um conjunto normativo constante em um diploma que tem hierarquia máxima dentro de um sistema de Direito.

Tradicionalmente, a definição de rigidez constitucional se liga à concepção de Constituição rígida, que envolve a classificação sobre a mutabilidade textual ou formal. Dessa compreensão é que se reconheceu a rigidez constitucional em sua acepção legislativa, consistente nas limitações ou limites ao poder de reforma do texto da Lei Fundamental. Na CRFB/1988 esses limites constam no art. 60, que traz em uma visão ampla que as limitações constitucionais ao poder de reforma compreendem um conjunto de requisitos de validade circunstanciais, formais e materiais que devem ser atendidos pela reforma ao texto da Constituição para que possa produzir plenamente seus efeitos jurídicos.

Com a ascensão da *Era dos Tribunais* é que surge uma segunda acepção de rigidez constitucional, esta compreendida como de cunho técnico-decisional, decorrente da necessidade de garantias da higidez sistêmica e ligada ao sistema de controle de constitucionalidade, enfaticamente com a fiscalização judicial de constitucionalidade. Esta nova acepção desdobra-se em dois enfoques: (i) um primeiro envolvendo uma medida mais agressiva e tradicional, que é a decretação da inconstitucionalidade do ato estatal questionado, ou seja, a sua expulsão do sistema jurídico; e, com o intuito de amenizar atritos entre Direito e Política, (ii) um segundo enfoque que envolve não a retirada do ato estatal do ordenamento, e sim a utilização de mecanismos através dos quais o ato é mantido no mundo jurídico, mas sujeito a determinada compreensão ou sobre seu quadro interpretativo (interpretação conforme a Constituição em sentido estrito) ou sobre seu quadro fático de incidência (decretação parcial de inconstitucionalidade sem redução textual).

O perigo de uma acepção e de outra está no choque de Judiciário *vs.* Legislativo e Executivo que o mundo dos fatos evidencia, sendo que os mecanismos hermenêuticos que nasceram para amenizar o choque Direito-Política podem servir como catalisadores da ingerência (já ocorrente) judicial no ambiente de atuação legislativa ou administrativa. O uso de técnicas de formulação legislativa, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, podem agravar ainda mais a situação, mesmo com a clara nobreza dos magistrados e magistradas em realizar o Direito. Na verdade, o conflito tem como cerne a necessidade de haver mais Política nos locais adequados, nos corredores do Legislativo e Executivo, mantendo-se a força do Estado-Juiz e tornando tão fortes quanto as demais funções estatais.

## Referências

- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 26 jun. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.185.474 – Santa Catarina**. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 20/04/2010. DJE: 29/04/2010. Brasília: DF, [2010a]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 26/06/2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial n. 1.136.549 – Rio Grande do Sul**. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 08/06/2010. DJE: 21/06/2010. Brasília: DF, [2010b]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 26 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário n. 404.276**. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 10/03/2009. DJ: 17/04/2009. Brasília: DF, [2009a]. Brasília: DF, [2009b]. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=595595&base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=595595&base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em 26 jun. 2021.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. 7. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017.
- CRISAFULLI, Vezio. *Disposizione (e norma)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: A. Giuffrè, 1964.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do Direito e dos princípios)**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São

Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 8. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

MELGARÉ, Plínio. **Direito Constitucional: organização do Estado brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Fiscalização de constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Afinal, o que é controle de constitucionalidade? **Jornal Estado de Direito**. Porto Alegre, 17 mar. 2020c. Disponível em: [https://www.academia.edu/42961614/Afinal\\_o\\_que\\_%C3%A9\\_controle\\_de\\_constitucionalidade](https://www.academia.edu/42961614/Afinal_o_que_%C3%A9_controle_de_constitucionalidade). Acesso em 26 jun. 2021.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Em busca de uma teoria geral da discricionariedade. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro (RECONTO)**. São Paulo, [2021]. Disponível em: <http://revistareconto.com.br/index.php/Reconto/article/view/93>. Acesso em 26 jun. 2021.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Uma perspectiva multinível do plano da validade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 119, p.77-101, maio-jun., 2020b. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/uma-perspectiva-multinivel-do-plano-da-validade/>. Acesso em 26 jun. 2021.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. **Vamos falar de direitos fundamentais (Parte II): deveres fundamentais e os limites aos direitos fundamentais**. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre, 01 abr. 2020c. Disponível em: [https://www.academia.edu/42961616/Vamos\\_falar\\_de\\_direitos\\_fundamentais\\_Parte\\_II\\_deveres\\_fundamentais\\_e\\_os\\_limites\\_aos\\_direitos\\_fundamentais](https://www.academia.edu/42961616/Vamos_falar_de_direitos_fundamentais_Parte_II_deveres_fundamentais_e_os_limites_aos_direitos_fundamentais). Acesso em 26 jun. 2021.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de; MINHOTO, Vinicius Marinho. Sistema, código e processo constitucional. In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda (orgs.). **Um Código de Processo Constitucional para o Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**: tomo I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RUSSOMANO, Rosah. **Dos Poderes Legislativo e Executivo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

VEDEL, Georges. **Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel**. Paris: Dalloz, 2002.

Artigo submetido em: 2021-06-27; reapresentado em: 2021-08-02; aceito em: 2021-08-06