Léo Ferreira Leoncy

"PRINCÍPIO DA SIMETRIA" E ARGUMENTO ANALÓGICO

O uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente

Tese de doutorado apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de Doutorado em Direito, Área Direito do Estado, Linha de Pesquisa Federalismo, sob orientação da Prof.ª Dr.ª Fernanda Dias Menezes de Almeida

São Paulo – SP
Faculdade de Direito da USP
2011

Dissertação defendida em ___ de _____ de 2011, perante banca examinadora composta pelos professores:

_____

Profa. Dra. Fernanda Dias Menezes de Almeida – Orientadora

_____

Membro

_____

Membro

_____

Membro

_____

Membro

RESUMO

A partir da premissa de que a ordem constitucional e, no âmbito desta, a ordem constitucional federativa constituem duas ordens jurídicas abertas e, nessa medida, tanto indeterminadas como incompletas, propõe-se um modelo decisório baseado no argumento por analogia como forma de fazer frente tanto ao problema das lacunas normativas como à questão das lacunas de indeterminação presentes naqueles dois sistemas jurídico-normativos, com vistas especialmente a resolver certas questões federativas sem solução constitucional evidente que ocupam o Supremo Tribunal Federal naquelas hipóteses em que normalmente a Corte invoca como postulado para a sua decisão um suposto "princípio da simetria".

ABSTRACT

Based on the assumption that the constitutional order and the underlying federative constitutional order are two open legal orders and, in this sense, are indeterminate as well as incomplete, a decision matrix based on the argument by analogy is proposed. This approach would address the problem of the normative gaps and also the issue of the semantic gaps that exist in the above-mentioned legal systems. In particular, it would help in the resolution of specific federative issues devoid of a clear constitutional solution that are under review by the Brazilian Supreme Court and which are decided by the Court on the basis of a supposed 'symmetry principle'.

Para Daniela, o fruto amoroso dessa jornada

AGRADECIMENTOS

Neste momento em que almejo concluir uma etapa essencial de minha formação acadêmica como professor, gostaria de pedir licença para, qualquer que seja o resultado do exame a que serei submetido, agradecer a quatro Professores que me são fundamentais.

Ao meu orientador na Graduação em Direito perante a Universidade Federal do Pará – UFPA, Prof. Dr. Davi Monteiro Diniz, sou grato por tudo e mais um pouco, mas, nesta oportunidade, principalmente pelo fato de ter-me apresentado à teoria geral do direito.

Ao meu orientador no Mestrado em Direito perante a Universidade de Brasília – UnB, Prof. Dr. José Carlos Moreira Alves, sou grato pela oportunidade que tive de presenciar e aprender com uma das práticas mais notáveis em termos de sistematização e construção jurídicas perante o Supremo Tribunal Federal.

À minha orientadora no Doutorado em Direito do Estado perante a Universidade de São Paulo – USP, Profa. Dra. Fernanda Dias Menezes de Almeida, sou grato pela oportunidade de experimentar do seu espírito crítico e raciocínio refinado, além de uma orientação confiante e afável, sem o que não teria sido possível chegar até aqui.

Ao Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes, por quem sempre me recusei ser orientado durante apenas uma jornada, sou grato por todo apoio e incentivo, e pelo desafio constante que é estar na sua presença.

No meu magistério, sempre cultivarei, como tenho cultivado, o desejo de assimilar um pouco de cada um desses notáveis Professores, meus mestres e exemplos.

Quisera ter um pouco das suas virtudes, e nenhum dos meus defeitos!

Sumário

INTRODUÇÃO 10
Capítulo I – O PROBLEMA DA COMPLETUDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL FEDERATIVA 14
1. A completude do ordenamento jurídico 14
1.1. Ordenamento jurídico: noção e características 15
1.2. A completude como ausência de lacuna 16
1.3. O dogma da completude 17
1.4. Teorias da completude 19
1.4.1. Teoria do espaço jurídico vazio 20
1.4.2. Teoria da norma geral exclusiva 21
1.4.3. Teoria da norma geral inclusiva 23
1.5. Completude e completabilidade 24
2. O problema da completude na ordem constitucional aberta 26
2.1. Ordem constitucional: noção e características 26
2.1.1. A ordem constitucional como Constituição formal 26
2.1.2. A Constituição como lei fundamental da ordem jurídica 29
2.1.2.1. Supremacia constitucional 29
2.1.2.2. Rigidez constitucional 30
2.1.2.3. A reserva de Constituição 31
2.1.3. A ordem constitucional como um sistema de regras e princípios 33
2.1.4. Normas constitucionais implícitas 34
2.2. Abertura horizontal: o problema da incompletude sistêmica 36
2.2.1. A extensão das matérias constitucionais 37
2.2.2. O caráter indômito da realidade constitucional 39
2.2.3. Os limites normativos imanentes 40
2.3. Abertura vertical: o problema da indeterminação normativa 41
3. A ordem constitucional federativa e o problema da completude no microssistema 42
3.1. A ordem constitucional federativa como um microssistema 43
3.2. A propósito da ordem constitucional federativa 44
3.3. Posições favoráveis a uma completude da ordem constitucional federativa 48
3.3.1. A posição simetrista 49
3.3.2. A posição autonomista 53
3.3.3. A posição analogista 57
4. Crítica ao dogma da completude 59
Capítulo II – AS CONCEPÇÕES DE LACUNA A PROPÓSITO DA ORDEM CONSTITUCIONAL FEDERATIVA 62
1. As diversas concepções de lacuna e seus "correspondentes constitucionais" 62
1.1. Lacunas normativas 63
1.2. Lacunas ideológicas, integrações corretivas e a "máquina para produzir lacunas" 65
1.3. Lacunas objetivas e abertura constitucional 69
1.4. Lacunas subjetivas: voluntárias e involuntárias 70
1.4.1. Lacunas involuntárias e a análise de fatos e prognoses pelo legislador constituinte 71
1.4.2. Lacunas voluntárias e a "incompletude conforme o plano" 72
1.4.2.1. Reserva de lei 73
1.4.2.2. Matérias não pertencentes ao espaço constitucional 73
1.4.3. Lacunas constitucionais descobertas e lacunas constitucionais ocultas 74
1.5. Lacunas técnicas, lacunas constitucionais hetenônomas e omissão inconstitucional do legislador 75
1.5.1. Lacuna institucional e normas constitucionais de princípio institutivo 77

2. Lacuna como variável dependente da interpretação 78
3. Produzir, prevenir e colmar lacunas 80
3.1. Argumentos para produzir lacunas 81
3.2. Argumentos para prevenir e/ou integrar lacunas 83
4. Situações de incompletude na ordem constitucional federativa 85
4.1. Questões federativas sem solução constitucional evidente 85
4.2. Três concepções de lacuna a propósito da ordem constitucional federativa: uma aproximação ao "princípio da simetria" 90
Capítulo III – UM CRITÉRIO PARA O FECHAMENTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL FEDERATIVA 98
1. Completude da ordem constitucional federativa? 98
1.1. Completude como existência de um parâmetro material de controle 99
1.2. Completude da Constituição e princípio geral de igualdade 101
1.3. O postulado da igualdade federativa 104
1.3.1. A "fórmula Pertence" 107
1.4. Dois momentos da completude da ordem constitucional federativa 111
1.4.1. O momento constituinte estadual 113
1.4.2. O momento de controle da Constituição Estadual 117
2. A integração conforme a Constituição 118
Capítulo IV – O USO DA ANALOGIA NA INTEGRAÇÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL FEDERATIVA 120
1. Razões para o uso da analogia 122
2. A precedência da analogia *legis* em relação à analogia *iuris* 123
3. As etapas do argumento analógico 126
4. Um modelo para a resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente 128
4.1. O reconhecimento de uma questão federativa sem solução constitucional evidente 128
4.1.1. A identificação da questão jurídica em jogo 128
4.1.2. O caráter federativo (e, portanto, constitucional) da questão 131
4.1.3. O caráter lacunoso da questão 134
4.2. Existência de um norma constitucional acerca de hipótese semelhante 137
4.2.1. A escolha de uma norma pertencente ao próprio sistema 138
4.2.2. Em busca da semelhança 139
4.2.3. Analogia a partir de precedentes 141
4.3. Identidade de razão entre a situação não regulada e a hipótese regulada 143
4.3.1. Uma distinção necessária: ratio como finalidade e ratio como causa 143
4.3.2. Identidade de razão propriamente dita 145
4.3.3. A existência de um princípio geral justificador da extensão analógica 146
4.5. Inexistência de uma "vontade" constitucional contrária 147
4.5.1. Silêncio eloquente 148
4.5.2. O direito excepcional 149
4.5.3. Proibição de analogia: o caso do direito penal e do direito tributário 151
4.5.4. A inexistência de uma "vontade" constitucional contrária como uma diretriz geral acauteladora do argumento por analogia 152
5. O resultado da operação: a "regra de simetria" 152
Capítulo V – DECISÕES BASEADAS NO "PRINCÍPIO DA SIMETRIA" E SUA RELEITURA A PARTIR DO MODELO ANALÓGICO 155
1. Justificação preliminar 155
2. Acerca do método adotado 156
2.1. Delimitando o universo dos casos 156
2.2. Forma de ordenação das decisões 157
2.3. Critério de análise 157
3. Análise dos casos 158
3.1. Reeleição de membro da mesa diretora da Assembléia Legislativa (ADIMC 792) 158
3.2. Deputado estadual e competência para fiscalização do Poder Executivo (ADI 3046) 159
3.3. Poderes de investigação das CPI's estaduais (ACO 730) 163

3.4. CPI estadual como direito de minoria (ADI 3619) 164
3.5. Substituição do Governador em caso de impedimento (ADIMC 644) 167
3.6. Vacância dos cargos de Governador e de Vice-Governador (ADIMC 999) 171
QUESTÕES FINAIS 174
1. De volta ao ponto de partida 174
2. Existe um "princípio da simetria"? 175
3. "Princípio da simetria" e pré-compreensão 175
4. Modelo federal *versus* modelo do constituinte 176
5. "Simetria" como restrição da autonomia estadual 176
6. "Simetria" e reciprocidade analógica: a restrição dos poderes da União 177
7. Simetria e separação de poderes 178
8. Simetria e interpretação extensiva 178
9. Princípios constitucionais e sua "adaptação" às condições regionais 179
10. Questões federativas, argumentação e tópica 179
11. Supremo Tribunal Federal *versus* Estados-membros 181
12. Palavras finais 181
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 182

INTRODUÇÃO

Ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da autonomia dos Estados-membros e dos poderes que em nome dessa autonomia tais entes estariam autorizados a exercer, é notável a quantidade de julgados em que se fez uso de um postulado que a prática judicial convencionou denominar "princípio da simetria".

Sem explicitar a origem, a natureza ou mesmo o significado de tal "princípio", aquele Tribunal aproveitou-se reiteradamente desse "fundamento" para tornar sem efeito uma série leis e atos normativos dos poderes públicos locais, sem falar em incontáveis atos concretos das mesmas autoridades igualmente nulificados por "desconformidade" com o referido postulado.

Ante a indefinição daquela Corte quanto à fixação de um sentido uniforme para o "princípio da simetria", a doutrina constitucional, a pretexto de desvendar-lhe o significado, associa-o à idéia de que *os Estados, quando no exercício de suas competências autônomas, devem adotar tanto quanto possível os modelos normativos constitucionalmente estabelecidos para a União,* ainda que esses modelos em princípio não lhes digam respeito por não lhes terem sido diretamente endereçados.

Assim, para citar alguns exemplos, (a) em caso de ausência do Governador do território do respectivo Estado-membro por mais de 15 dias sem licença da Assembléia Legislativa, ou (b) na hipótese de emenda parlamentar contendo aumento de despesa em projeto de lei de iniciativa reservada do Governador, ou ainda (c) na circunstância da instalação de comissão parlamentar de inquérito estadual para apuração de fato determinado, os Estados-membros, "por força do princípio da simetria" e diante da ausência de normação constitucional federal específica voltada a esses entes, deveriam conduzir-se nos mesmos moldes em que o constituinte federal dispusera para a União em situações consideradas semelhantes.

Melhor dizendo: não apenas os Estados deveriam assim se conduzir na sua prática institucional, como também suas normas de organização (constitucionais, especialmente) relativas a tais temas deveriam assim se amoldar, sob pena de inconstitucionalidade.

Em face disso, e segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal baseada naquele postulado, tais entes federativos deveriam, pois, organizar-se (e comportar-se) de modo a, respectivamente aos casos em questão, (*a'*) estipular a pena de perda de mandato do Governador que se fizer ausente do território estadual sem autorização do parlamento

estadual, tal como estabelecido constitucionalmente ao Presidente da República (art. 83, CF), (*b'*) proibir – e, portanto considerar formalmente inconstitucional – a emenda parlamentar que eleva gastos em projetos de lei de iniciativa privativa do Governador, assim como disposto constitucionalmente para o processo legislativo federal (art. 63, I, CF) e, por fim, (*c'*) garantir o direito de proposição de comissões parlamentares de inquérito mediante o requerimento de um terço dos membros das Assembléias Legislativas, tal como disposto constitucionalmente para o Poder Legislativo federal (art. 58, § 3º, CF).

O que as situações descritas em "a", "b" e "c" têm em comum, além da circunstância de todas traduzirem situações extraídas de casos já ocorridos na prática constitucional brasileira, é o fato de a Constituição Federal, não fosse por um pequeno conjunto de princípios constitucionais aos quais essas situações poderiam ser vagamente reportadas, não lhes ter oferecido qualquer regramento expresso diretamente voltado aos Estados-membros.

Por outro lado, o que as soluções apresentadas pelo Supremo Tribunal em *a'*, *b'* e *c'* guardam em comum, além da circunstância de todas traduzirem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotada naqueles mencionados casos, é o fato de estarem baseadas em uma regra constitucional previamente estabelecida para a União, mas não aos Estados, no tocante a determinadas situações semelhantes.

Conforme se deduz de tais exemplos, o Supremo Tribunal Federal simplesmente cria uma norma para regular uma situação concreta submetida à sua análise, sem que para isso esteja claramente autorizado.

O problema dessa orientação jurisprudencial é que aparentemente ela não está baseada em qualquer norma constitucional expressa, sendo ainda contrária, no entender de alguns, ao "espírito" da forma federativa de Estado.[1]

Desse modo, o que é inequívoco em relação ao "princípio da simetria" é que, sempre que invocado em uma decisão judicial, tem-se como conclusão do "raciocínio" judicial a aplicação de regra constitucional expressamente direcionada à União, mas não aos Estados, não ficando clara a razão para subordiná-los, também estes, às mesmas diretrizes dispostas para o ente federal.

---

[1] Em relação ao "princípio da simetria", é possível dizer o mesmo que Esser afirmara em relação aos "princípios do Direito": "he aqui unos términos empleados continuamente por la teoria y la jurisprudencia, sin que jamás se haya procedido a un análisis sistemático de su respectivo sentido y alcance, ni se haya intentado siquiera arrojar luz sobre la función y procedencia de los conceptos en ellos expresados. De ahí deriva que estos conceptos elementales sean usados para las tareas más diversas, se les pida más de lo que pueden dar, se abuse de ellos como panacea universal para resolver todo linaje de cuestiones, y se les enjuicie del modo más contradictorio" (1961: 3).

Não sendo possível deduzir do "princípio da simetria" o tipo de consequência a que em geral o seu uso está associado, resta recorrer a um modelo de análise que levará em conta uma hipótese de pesquisa que tenta desvendar as possíveis razões para a tomada de decisão por parte do Tribunal.

Acerca desse modelo de análise, tudo o que se sabe é que o "princípio da simetria" leva a uma conclusão de igual tratamento entre um caso constitucionalmente regulado para a União e ao mesmo tempo não regulado constitucionalmente para os Estados, ainda que a temática envolvida seja de índole constitucional.

O propósito deste trabalho é demonstrar que as decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas no "princípio da simetria" têm em comum o fato de enfrentarem *questões federativas sem solução constitucional evidente* – ou, para usar uma expressão corrente na doutrina, *casos difíceis* – para os quais a Corte conta apenas com um punhado de princípios constitucionais muito genéricos e frequentemente contraditórios ou, no máximo, regras expressas relativas a situações semelhantes, em geral resolvendo problemas relacionados com a União.

Ante a dificuldade de trabalhar com os princípios – e quem sabe até como forma de minimizá-la –, a Corte aplica as regras justificando que as mesmas são uma pista de como deveriam ser interpretados os princípios. Nessa leitura, as regras são projeções dos princípios.

Por tais características, o trabalho visa ainda a demonstrar que o Tribunal não apenas faz uso – muito embora não o reconheça nem o faça de maneira regular – de uma forma de argumentação por analogia, mas também que – se o reconhecesse e o fizesse – decidiria as questões submetidas a seu juízo de maneira muito mais racional e controlável do que tem feito quando se vale simplesmente do "princípio da simetria".

A principal hipótese deste trabalho é a de que, ao basear suas decisões no "princípio da simetria", o Supremo Tribunal Federal está diante de [resolvendo um] um problema de lacuna, ao qual tenta responder, sem o reconhecer adequadamente, com argumentos típicos do raciocínio por analogia.

Por fim, cabe uma palavra sobre as razões pelas quais apenas os Estados-membros são mencionados ao longo do trabalho. Não há dúvida de que muitos dos argumentos que serão desenvolvidos aplicam-se aos Municípios e também ao Distrito Federal. Contudo, em razão da singularidade daqueles, que, ao contrário dos Estados-membros e do Distrito Federal, estão sujeitos não somente a duas (a federal e a sua própria), mas a *três* ordens

jurídicas fundamentais (a federal, a estadual e a sua própria), preferiu-se deixá-los de lado por acreditar-se que essa particularidade – a submissão a três diferentes ordens jurídicas fundamentais – tende a exigir, sob determinadas circunstâncias, um raciocínio mais complexo e resultados diferenciados do que se estivesse diante de um problema envolvendo tão-somente os Estados-membros.

Capítulo I – O PROBLEMA DA COMPLETUDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL FEDERATIVA

Como uma das etapas argumentativas necessárias à apresentação de um modelo para a resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente, faz-se necessário enfrentar o problema da completude na ordem constitucional federativa.

Desse modo, buscar-se-á demonstrar no presente capítulo que o problema da completude coloca-se tanto em relação ao ordenamento jurídico considerado como um todo quanto no tocante às suas partes, como é caso da ordem constitucional e, mais especificamente, da ordem constitucional federativa.

Também serão retomados os argumentos segundo os quais, em relação a qualquer desses sistemas normativos, a completude pode dar-se tanto em razão da existência de uma norma para cada conduta possível (ideal para o qual, entretanto, a realidade não dá respaldo), quanto pela possibilidade de o órgão julgador, ante um caso difícil, estar autorizado a construir uma regra de decisão (o que demonstra, paradoxalmente, a própria incompletude do sistema).

Ao final de tudo, serão apresentadas algumas críticas direcionadas ao dogma da completude, aplicáveis a qualquer uma daquelas ordens normativas.

1. A completude do ordenamento jurídico

Apesar de ser frequentemente apontada como uma exigência do ordenamento jurídico como um todo, a completude é um fenômeno que pode ser vislumbrado tanto no conjunto de um determinado sistema jurídico como em suas diversas partes ou microssistemas. Nesse sentido, antes de abordar especificamente o problema da completude na ordem constitucional federativa, mote principal do presente capítulo, será preciso repassar a questão da completude a propósito da ordem jurídica global, pois é nesse contexto que a ordem constitucional e, dentro desta, a ordem constitucional federativa têm o seu âmbito de vigência.

Neste tópico, será objeto de consideração, portanto, o problema da *completude ao nível do Direito*, ou seja, considerando-se o ordenamento jurídico como um todo.

1.1. Ordenamento jurídico: noção e características

A constatação de que uma norma jurídica nunca se encontra inteiramente só, mas sempre no contexto de outras normas com as quais mantém certo grau de interação, dá ensejo à idéia de *ordenamento jurídico*. Nesse sentido, falar em ordenamento jurídico é prestigiar a perspectiva da norma jurídica considerada como parte de um universo mais vasto que a compreende, e não como um todo bastante em si mesmo.[2] Assim encarada, tem-se que uma norma jurídica jamais existe isoladamente, conectando-se, pelo contrário, a outras normas com as quais forma um *sistema normativo*. E esse sistema normativo é justamente o ordenamento jurídico, que, como todo sistema dessa natureza, tem no fato de ser um *conjunto de normas* uma de suas principais características.[3]

Para se ter configurado um ordenamento, é necessário, entretanto, mais do que a simples presença de uma pluralidade de normas.[4] Outras características, de ordem estrutural e racional, são também consideradas relevantes para essa configuração.[5] Entre elas, as principais são a *unidade*, a *coerência* e a *completude*, cada uma das quais com a sua específica razão de ser, mas todas com um propósito comum: evitar (mas também solucionar) os problemas inerentes ao ordenamento jurídico.[6]

Se o ordenamento jurídico é um conjunto de normas, disso decorre que os principais problemas ligados à sua existência podem resultar (como, de fato, resultam) das relações recíprocas entre essas diversas normas. Dessas relações podem surgir *problemas de complexidade* (causados pela pluralidade de fontes normativas reconhecidas pelo ordenamento), *antinomia* (provocados pelo conflito entre as normas que o compõem) e *lacuna* (advindos da carência de normas no seu âmbito), problemas que são combatidos,

---

[2] Conforme registrado por Saldanha, a conceituação do *Direito como ordem* – e, portanto, como ordenamento – tem a vantagem de superar as orientações que somente enxergam no fenômeno jurídico o *dever-se*, entendido este como um plano isolado do ser e compreensível por si mesmo. Tal foi o caso, por exemplo, das teorias do *Direito como norma* ou como conduta (2003, p. 178).

[3] Bobbio, 1990, p. 19-21 e 31.

[4] De fato, como acentuado por Bulygin e Mendonca, "[l]a idea de que el derecho no es un mero conglomerado de normas, sino que constituye un *conjunto sistemático*, se halla muy difundida entre los juristas, por lo menos desde la época de la Ilustración, y muy especialmente a partir del siglo XIX" (destacamos) (2005, p. 41).

[5] Apresentar-se o ordenamento jurídico, mais do que como um conglomerado de normas, também como um *conjunto sistemático*, impõe que sejam reveladas as suas *notas estruturais*. Para uma abordagem a partir da teoria constitucional, cf. Canotilho, 1999, p. 1070 e ss.

[6] Na caracterização apresentada por Bulygin e Mendonca, o sistema normativo pode ser completo, coerente e *independente*. Segundo esta última característica, peculiar ao modelo teórico adotado por tais autores, o sistema é independente "en el sentido de que en ningún caso contiene soluciones redundantes correlacionadas" (2005, p. 43).

respectivamente, pelas já mencionadas exigências de unidade, coerência e plenitude da ordem jurídica.[7]

Assim, ao aliar cada problema à sua respectiva solução, tem-se o seguinte quadro:

(i) os problemas de *complexidade* do ordenamento jurídico, que decorrem em grande parte da pluralidade de órgãos de produção normativa atuantes no respectivo sistema das fontes do Direito, são combatidos pela exigência de *unidade*, que propugna a construção escalonada do ordenamento jurídico, unificado em seu vértice por uma lei fundamental hierarquicamente superior, além de formal e materialmente ordenadora;[8]

(ii) os problemas de *antinomia* no âmbito do ordenamento jurídico, que têm origem no eventual conflito entre as normas que integram o respectivo sistema, são enfrentados pela exigência de *coerência*, que é obtida mediante a aplicação dos critérios de resolução de antinomia baseados na prevalência do direito posterior (critério cronológico), na prevalência do direito superior (critério hierárquico) ou na prevalência do direito especial (critério da especialidade), conforme o caso;[9] e, finalmente,

(iii) os problemas de *lacuna* no contexto do ordenamento jurídico, que se traduzem na ausência de normas específicas para regular determinados casos, são contornados pela exigência de *completude*, que parte da presunção de que o ordenamento jurídico é completo ou, pelo menos, passível de complementação pelos processos de integração normativa baseados, por exemplo, na analogia e nos "princípios gerais de Direito".[10]

Entre as características apontadas, a completude é a que mais interessa para o estabelecimento dos pressupostos de abordagem do tema que constitui objeto do presente capítulo. Por isso, a ela serão dedicados os próximos itens.[11]

1.2. A completude como ausência de lacuna

Completude e incompletude são duas características opostas que podem ser atribuídas tanto aos sistemas normativos em geral como aos sistemas jurídicos em particular. Em relação a qualquer uma destas modalidades, *considera-se completo o*

---

7 Bobbio, 1990, p. 34-5.

8 Cf. Bobbio, 1990, Cap. 2.

9 Cf. Bobbio, 1990, Cap. 3, onde o autor também aborda o problema do conflito entre os próprios critérios.

10 Cf. Bobbio, 1990, Cap. 4.

11 Tenha-se em mente também o registro feito por Bobbio, no sentido de que, "[d]as três características nas quais se baseia a teoria do ordenamento jurídico, a da *completude* é a mais importante, visto que é a mais típica e representa o ponto central [...] do positivismo jurídico", além de estar "estreitamente ligada ao princípio da *certeza do direito*, que é a ideologia fundamental deste movimento jurídico" (1995, p. 207).

sistema que não contém lacunas, e incompleto, ao contrário, aquele que as tem.[12] Sob outra perspectiva, completude consiste na propriedade pela qual um sistema *sempre dispõe de uma norma para regular qualquer caso*, e incompletude, por outro lado, na inexistência de normas suficientes para regular todos os casos.[13]

No tocante aos sistemas jurídicos, afirmou-se no tópico anterior que um sistema dessa natureza pode ser definido como um *conjunto de normas*. Tais normas, que compõem o repertório desse sistema, podem ser concebidas pelo menos de duas formas diferentes: (a) ou como a qualificação deôntica de um comportamento (por tal qualificação, um comportamento é considerado *obrigatório*, *proibido* ou *permitido*, conforme a modalidade normativa – deôntica – utilizada no enunciado), (b) ou como o condicionamento de uma consequência jurídica à realização de uma hipótese (por esse condicionamento, ao verificar-se a hipótese, aplica-se a consequência, ambas descritas no enunciado).[14]

Nessa perspectiva, conforme se adote a primeira ou a segunda concepção de "norma", têm-se, respectivamente, as seguintes definições de "lacuna": (a) um sistema jurídico contém uma lacuna quando um determinado comportamento não é de nenhum modo qualificado deonticamente por qualquer das normas constantes de seu repertório; ou (b) um sistema jurídico contém uma lacuna quando para uma determinada hipótese não se prevê nenhuma consequência jurídica por qualquer das normas integrantes de seu repertório.[15] Em outras palavras, "lacuna" (ao menos num dos vários sentidos do termo) consiste na *ausência de uma norma*.[16]

Diante disso, considera-se "completo" – e, portanto, sem lacunas – tanto (a) o sistema jurídico em cujo âmbito qualquer comportamento esteja deonticamente qualificado, como também (b) o sistema jurídico em cujo âmbito para qualquer hipótese exista uma consequência jurídica aplicável.[17]

1.3. O dogma da completude

O dogma da completude, isto é, a crença de que o ordenamento jurídico dispõe de uma solução para cada caso submetido à apreciação do órgão julgador (sendo, portanto,

---

[12] Guastini, 2005, p. 173.
[13] Bobbio, 1990, p. 115.
[14] Guastini, 2005, p. 174; Bobbio, 1990, p. 31.
[15] Guastini, 2005, p. 174 e 227; idem, 2006b, p. 28, nt. 93.
[16] Bobbio, 1990, p. 115. Até aqui, trabalhou-se o termo "lacuna" num dos seus mais importantes significados – como *lacuna normativa*. Mais adiante, outros significados serão apontados.
[17] Guastini, 2005, p. 174.

necessariamente completo), costuma ser considerado indispensável para os ordenamentos em que vigoram os seguintes postulados:[18]

(i) princípio da proibição do *non liquet*: o órgão julgador é obrigado no âmbito de sua competência[19] a resolver todas as questões submetidas a seu exame, de modo que lhe é proibido repelir um caso como juridicamente irrelevante;

(ii) princípio da legalidade/constitucionalidade da jurisdição: diante de determinada questão levada à sua apreciação, o órgão julgador deve resolvê-la com fundamento (e, portanto, *motivá-la* com base) em uma norma jurídica preexistente e pertencente ao sistema.

Em relação ao primeiro postulado, caso não se considerasse o ordenamento jurídico como algo completo, inevitavelmente haveria controvérsias sem resposta, e a obrigação judicial de julgar cada caso de uma maneira ou de outra, restaria frustrada.[20] Em relação ao segundo postulado, achando-se o órgão julgador obrigado a oferecer resposta para uma determinada controvérsia, presume-se então que será sempre possível fazê-lo encontrando uma norma jurídica pertencente ao próprio repertório do sistema, tido, assim, como necessariamente completo, sob pena de a norma ter de ser judicialmente concebida.[21]

Percebe-se, desse modo, que, sem a pressuposição de que o ordenamento jurídico é – ao menos virtualmente – completo, nenhuma daquelas obrigações poderia ser satisfatoriamente observada. Daí que, por essa perspectiva, ao se assumir aqueles dois postulados, a completude deixa de ser apenas uma exigência para se tornar uma condição necessária ao funcionamento do sistema.[22]

Em geral, os ordenamentos jurídicos costumam prever ambas as imposições, as quais, no caso brasileiro, estão asseguradas no artigo 126 do Código de Processo Civil: "*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais* [...]" (destacamos).[23]

---

[18] Bobbio, 1990, p. 117-9; Guastini, 2005, p. 176-8; Bulygin, 2003, p. 9; Sanchís, 2007, p. 123.

[19] Conforme apontado por Bulygin, "si bien la competencia de un juez suele ser limitada, se supone que la competencia de todos los jueces es exhaustiva en el sentido de que para todo problema jurídico siempre ha de haber un juez competente" (2003, p. 9).

[20] Guastini, 2005, p. 177.

[21] Bulygin, 2003, p. 9; Guastini, 2005, p. 177.

[22] Bobbio, 1990, p. 118.

[23] Em redação não muito feliz se comparada à do citado artigo do Código de Processo Civil de 1976, o artigo 108 do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil apresentado em 2010 por Comissão de Juristas instituída pelo Ato n. 379/2009, do Presidente do Senado Federal, dispõe que "[o] juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, *aplicar os princípios constitucionais e as normas legais* [...]" (destacamos). Melhor seria ter dito "aplicar as normas jurídicas", pois aí se incluiria todo o universo dessas normas, e não apenas o injustificadamente restritivo e tecnicamente confuso campo dos "princípios constitucionais" e das "normas legais".

No plano constitucional, tais postulados estão de certo modo presentes no *princípio do acesso à justiça* (art. 5º, XXXV, CF: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), no *princípio da legalidade* (art. 5º, II, CF: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei")[24] e no *dever de fundamentação das decisões judiciais* (art. 93, IX, CF: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões").

No mesmo debate, não deixam de estar em jogo também os princípios da *separação dos poderes* (pois, sem uma norma preexistente do sistema, o julgador teria de criar a norma supletiva, em substituição aos órgãos legislativos) e da *segurança jurídica* (visto que a norma supletiva assim criada, além de retroagir para aplicar-se ao caso, não oportunizaria a previsibilidade das consequências jurídicas por parte de seus destinatários).[25]

Dado que, sem a crença de que são necessariamente completos, os ordenamentos nos quais esses postulados tenham sido acolhidos não poderiam de fato funcionar, fala-se então numa indispensabilidade – poder-se-ia dizer até "inegabilidade" – do dogma da completude para esses sistemas.[26]

A despeito das críticas historicamente endereçadas ao dogma da completude, não foram poucas as teorias criadas na tentativa de justificá-lo, percebendo-se ainda hoje uma frequente retomada de argumentos inerentes ao seu arcabouço conceitual. No tocante, por exemplo, a certas posições favoráveis à completude da ordem constitucional federativa, a influência de tais teorias, conforme será visto oportunamente, é marcante. Daí o interesse em dedicar atenção a algumas dessas correntes teóricas, assim como aos seus respectivos contra-argumentos.

1.4. Teorias da completude

Com o propósito de contornar as críticas ao dogma da completude, algumas teorias foram desenvolvidas pelos doutrinadores do direito e ainda hoje são de certo modo utilizadas pelos próprios juristas práticos em defesa dos seus pontos de vista que tenham

---

[24] "Lei" em sentido amplo, convém esclarecer.

[25] Cf., a propósito, Guastini, 2005, p. 177-8; Bobbio, 1990, p. 128; e Bulygin, 2003, p. 9.

[26] Bobbio, 1990, p. 117-8; Guastini, 2005, p. 176-8. As aspas no texto são uma referência ao *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*, próprio do pensamento dogmático, que tem por hábito colocar determinadas premissas teóricas – como a da completude do ordenamento – totalmente fora de dúvida. A propósito, cf. Ferraz Jr, 1993, p. 48 e ss.

como premissa uma ordem jurídica totalmente fechada.[27] Tais teorias, por assim dizer, *negam* a existência de lacunas.[28]

A seguir, seus principais argumentos (e também alguns contra-argumentos) serão apresentados, em razão até mesmo da necessidade de "preparar o terreno" para se abordar o problema do fechamento da ordem constitucional federativa. Conforme será possível perceber oportunamente, muitas das afirmações em defesa da completude deste microssistema constitucional têm inspiração ainda que remota naquelas teorias.

1.4.1. Teoria do espaço jurídico vazio

Para os defensores desta teoria, o ordenamento jurídico não conteria propriamente lacunas, mas uma espécie de *espaço jurídico vazio* (ou "espaço livre de direito"), que corresponderia a setores da vida que a ordem jurídica deixa por regular.[29]

Para essa corrente, dada uma determinada situação concreta, (a) *ou existe* uma norma jurídica que a regule e, em tal caso, evidentemente não há lacuna, (b) *ou não existe* norma alguma que a regule, circunstância em que também não se pode falar em lacuna, visto que nesta última hipótese a situação, pertencendo ao espaço jurídico vazio, é *juridicamente irrelevante* e, com isso, insuscetível de receber uma qualificação jurídica.[30]

Desse modo, os fatos não previstos por nenhuma norma consideram-se situados *fora dos limites do Direito*, numa esfera diversa (e além) da jurídica, onde se é livre para se fazer o que quiser, sem que a conduta adotada em tal contexto possa ser enquadrada como lícita ou ilícita, mas apenas *indiferente ao Direito*.[31]

Entre o espaço jurídico pleno (âmbito em que a conduta é vinculada por normas jurídicas) e o espaço jurídico vazio (âmbito em que aquela conduta é livre de regulação jurídica), *não há* uma zona intermediária onde lacunas jurídicas possam estabelecer-se.[32]

Na arguta observação de Guastini, essa teoria não "resolve" o problema da completude, mas simplesmente o "dissolve", pois, em vez de sustentar que o ordenamento

---

[27] Para um inventário das principais críticas ao dogma da completude, cf. Bobbio, 1990, p. 122-7; já para um apanhado das teorias que defendem referido dogma, cf. Falcón y Tella, 1991, p. 69, nt. 151; Guastini, 2005, p. 178-182, e, 2006a, p. 179-183; e Bobbio, 1990, p. 127-139, e 1995, p. 207-210.

[28] Falcón y Tella, 1991, p. 69, nt. 151.

[29] Bobbio, 1990, p. 127-132; Larenz, 1997, p. 526. Alguns dos principais representantes dessa teoria foram Karl Bergbohm (com o livro *Jurisprudência e filosofia do Direito*, de 1982) e Santi Romano (com o ensaio *Observações sobre a completude do ordenamento estatal*, de 1925).

[30] Bobbio, 1995, p. 208-9; no mesmo sentido, Engisch, 1996, p. 278-9.

[31] Bobbio, 1995, p. 208-9, e 1990, p. 129.

[32] Falcón y Tella, 1991, p. 69, nt. 151; Bobbio, 1990, p. 129.

jurídico constitui um conjunto de normas completo, tal doutrina apenas o afirma como um sistema finito ou limitado.[33]

Com acerto, Bobbio aponta a presença de pelo menos dois pontos fracos nessa teoria: (a) o primeiro decorre da falsa identificação do "jurídico" com o "obrigatório/proibido", ou seja, com aquilo que mediante normas imperativas impõe comandos de fazer ou deixar de fazer; (b) o segundo reside no consequente – e indesejável – negligenciamento da esfera do "permitido", tida aqui por juridicamente irrelevante. Como se sabe, as modalidades normativas *obrigatório*, *proibido* ou *permitido* são plenamente aceitas no Direito. Todavia, para sustentar a tese do espaço jurídico vazio, seria preciso excluir a "permissão" do conjunto daquelas modalidades deônticas, visto que, no arcabouço conceitual dessa teoria, "aquilo que é permitido coincidiria com aquilo que é juridicamente indiferente", e somente o que fosse "obrigatório/proibido" faria parte do Direito.[34]

1.4.2. Teoria da norma geral exclusiva

Para os adeptos desta teoria, não existem fatos juridicamente irrelevantes, como também não existem lacunas, mesmo quando um fato não tenha sido expressamente regulado.[35]

Para essa corrente, cada norma jurídica particular que submete certos fatos a uma determinada regulamentação é sempre acompanhada – como se lhe fosse uma sombra – de uma segunda norma nela implicitamente contida, que, por sua vez, exclui da regulamentação da norma jurídica particular todos os outros fatos não previstos por esta última, para submetê-los a uma regulamentação jurídica oposta ou contrária.[36]

Nesse sentido, para citar dois exemplos, tem-se que (a) uma norma que proíbe fumar exclui da proibição – ou seja, permite – qualquer comportamento que não seja fumar; e, por outro lado, (b) uma norma que proíbe importar cigarros exclui da proibição – e, portanto, permite – a importação de qualquer outro produto que não seja cigarro.[37]

Nas palavras de Bobbio, por essa teoria "[t]odos os comportamentos não-compreendidos na norma particular são regulados por uma *norma geral exclusiva*, isto é,

---

[33] Guastini, 2006a, p. 181.

[34] Bobbio, 1990, p. 130; no mesmo sentido, Guastini, 2006a, p. 181.

[35] Bobbio, 1995, p. 209, e 1990, p. 133. Alguns dos principais expoentes dessa teoria foram E. Zitelmann (com o ensaio *As lacunas no Direito*, de 1903) e Donato Donati (com o livro *O problema das lacunas do ordenamento jurídico*, de 1910).

[36] Bobbio, 1995, p. 209; no mesmo sentido, Guastini, 2005, p. 178.

[37] São de Bobbio tanto o primeiro (1990, p. 133) como o segundo exemplo (1995, p. 209).

pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela norma particular".[38]

Por força da norma geral exclusiva contida em cada uma de suas normas particulares, diz-se ainda que o ordenamento jurídico como um todo conteria uma espécie de *norma de clausura*,[39] redigida mais ou menos nesses termos: "Tudo aquilo que não é obrigatório nem proibido é permitido". Graças a esta norma,[40] a completude do ordenamento estaria necessariamente assegurada, vez que a mesma garantiria qualificação jurídica a todos os fatos não regulados expressa ou diretamente pelas normas particulares.[41] Nesse sentido, conforme apontado por Guastini, "todo comportamento necessariamente cai ou sob o domínio de uma norma particular que o proíbe [ou obriga], ou sob o domínio da norma geral negativa [exclusiva] que o permite", não havendo margem, assim, ao aparecimento de lacunas.[42]

Nesse contexto, percebe-se que os fatos não regulados, que na teoria do espaço jurídico vazio são deixados à esfera do *juridicamente irrelevante*, na teoria da norma geral exclusiva são trazidos à esfera do *juridicamente lícito* – considerando-se, portanto, permitidos.[43]

O ponto falho da teoria da norma geral exclusiva está em não fazer a distinção entre dois possíveis significados do termo "permitido": (a) em *sentido forte*, uma conduta é considerada "permitida" quando amparada por uma norma jurídica que expressamente a qualifique como permitida; (b) em *sentido fraco*, uma conduta é tida por "permitida" simplesmente por não haver nenhuma norma que a qualifique como proibida. Desse modo, enquanto em sentido forte o "permitido" é o conteúdo de uma norma jurídica, em sentido fraco refere-se tão-somente à *ausência de uma norma e nada mais* – e, portanto, à

---

38 Bobbio, 1990, p. 133.

39 Conforme Sanchís, "una norma que nos indique cómo resolver todos aquellos casos que no han sido específicamente contemplados" (2007, p. 124).

40 Um verdadeiro "princípio da liberdade", segundo Guastini, 2006a, p. 179.

41 Bobbio, 1995, p. 209.

42 Guastini, 2005, p. 178.

43 Bobbio, 1995, p. 210. É curioso como esta teoria pode confundir até mesmo os seus melhores intérpretes. Para Guastini, por exemplo, a teoria da norma geral exclusiva pressupõe que o órgão julgador faça uso do argumento *a contrario*, e, assim, recuse a demanda do autor sempre que esta não esteja amparada numa norma específica que imponha uma determinada conduta ao demandado (2005, p. 178). Para Bobbio, no entanto, se a esfera de liberdade deixada pelo ordenamento é *juridicamente relevante*, disso resulta para aquele que teve essa esfera violada uma pretensão contra quem a tenha ofendido, restando-lhe a possibilidade jurídica de reagir contra essa lesão mediante recurso aos órgãos estatais (1995, p. 210). Perceba-se que enquanto para o primeiro autor a inexistência de uma norma particular é razão para rejeitar a demanda, para o segundo é motivo para deferi-la.

presença de uma lacuna, ante a falta de uma norma que qualifique uma determinada conduta.[44]

Nessa perspectiva, a aplicação da norma geral exclusiva nem sempre é necessária, senão apenas em determinados setores da ordem jurídica, como no direito penal, em que aquilo que não é obrigatório/proibido é necessariamente permitido.[45] Nas demais situações, pode entrar em jogo outro postulado igualmente presente nos ordenamentos jurídicos em geral: a "norma geral inclusiva".[46]

1.4.3. Teoria da norma geral inclusiva

Para esta corrente, a ordem jurídica conteria uma *norma geral inclusiva* segundo a qual, diante de um caso lacunoso, o órgão julgador deveria recorrer às normas que regulam outros casos considerados análogos ou semelhantes.[47]

Em termos comparativos, enquanto a norma geral exclusiva regula um determinado caso não compreendido na norma particular, mas o regula *de maneira oposta* ao que consta desta, a norma geral inclusiva caracteriza-se por regular o caso lacunoso *de maneira idêntica* àquela feita por uma norma particular, desde que haja uma semelhança essencial ou relevante entre a situação não regulada representada no caso e a hipótese fática contemplada na referida norma específica.[48]

Na perspectiva dessa teoria, a norma geral que fecharia o sistema jurídico estaria redigida mais ou menos nos seguintes temos: "São permitidos todos aqueles comportamentos que não são obrigatórios ou vedados, exceto aqueles que podem ser considerados semelhantes aos obrigatórios ou vedados", donde se deduz a existência de *duas normas de clausura* – a norma geral exclusiva, na primeira parte do enunciado, e a norma geral inclusiva, na segunda.[49]

Desse modo, aplicando-se a norma geral exclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira oposta àquele caso que o está; e, inversamente, aplicando-se a norma geral inclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira idêntica a este. No

---

44 Guastini, 2005, p. 178-9.

45 Cf. Sanchís, 2007, p. 126. Nos termos do artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

46 Guastini, 2005, p. 179-180. A propósito, Bobbio aponta como outro ponto fraco da teoria da norma geral exclusiva o fato de omitir que, num dado ordenamento jurídico, muito além das normas particulares e de sua respectiva norma geral exclusiva, pode haver também, conforme será visto, uma "norma geral inclusiva" (1990, p. 135).

47 Bobbio, 1990, p. 135.

48 Bobbio, 1990, p. 135-6.

49 Bobbio, 1995, p. 215.

primeiro caso, faz-se uso do *argumentum a contrario*; no segundo caso, o que está em jogo é o *argumentum a simili*.[50]

Conforme se percebe, a opção por uma ou outra dessas soluções depende da consideração que se fizer acerca da eventual semelhança existente entre o caso regulado e caso o não regulado.[51] Não obstante, conforme adverte Bobbio, o ordenamento jurídico dificilmente diz algo acerca das condições com base nas quais dois casos podem ser considerados semelhantes.[52] E na medida em que essas condições não são conhecidas, também não se saberá exatamente quando aplicar a norma geral exclusiva ou a norma geral inclusiva, de modo que na falta de um critério de decisão entre essas duas normas pode ser identificada a presença de uma lacuna.[53] Em outros termos, na teoria da norma geral inclusiva, ao menos no tocante à falta desse critério, o ordenamento jurídico ainda permanece incompleto.

A insuficiência desta como das demais teorias será retomada em momento oportuno.

1.5. Completude e completabilidade

Ao se caracterizar a completude como a ausência de lacunas, assinalou-se que um sistema jurídico pode ser considerado "completo" em pelo menos duas diferentes acepções: (a) quando nele qualquer comportamento estiver *deonticamente qualificado*, ou (b) quando nele para qualquer hipótese existir uma *consequência jurídica* aplicável.[54] Naquela oportunidade, uma terceira forma de ver as coisas deixou, todavia, de ser mencionada.

Além daqueles dois sentidos, costuma-se *ainda* considerar "completo" (c) o sistema jurídico em cujo âmbito seja sempre possível ao órgão julgador encontrar numa norma preexistente a solução de um determinado caso levado à sua consideração. Nessa hipótese, diz-se que, *mesmo que uma determinada lei seja lacunosa, não o será, porém, o Direito*.[55]

Em outras palavras, ainda que seja considerado incompleto nos sentidos "a" e "b", um sistema jurídico seria sempre passível de complementação, e, portanto, completo no sentido "c". Logo, segundo essa perspectiva, "completude" quer dizer o mesmo que "completabilidade" do sistema.

---

50 Bobbio, 1990, p. 136.
51 Bobbio, 1990, p. 136.
52 Bobbio, 1990, p. 136.
53 Bobbio, 1990, p. 137.
54 Guastini, 2005, p. 174.
55 Guastini, 2005, p. 174-5; Falcón y Tella, 1991, p. 68-9.

Nessa última acepção – em que "[o] dogma da *completitude* do direito é estreitamente conexo ao da completabilidade do próprio direito"[56] –, o problema da completude simplesmente desaparece, não porque esteja resolvido, e sim porque fica encoberto.

Nesse sentido, Sanchís, observa que "la plenitud se convierte en un problema cuando quiere presentarse como una cualidad de la ley o de las fuentes reconocidas".[57] Não obstante, e ainda segundo esse autor, ao admitir-se que o Direito, para além de leis, também é formado por decisões judiciais, e que estas, além disso, devem decidir os casos não regulados, então o problema da plenitude transforma-se num *problema contingente*, pois sempre será possível oferecer uma resposta para cada caso.[58]

Betti propugna a necessidade de evitar a concepção segundo a qual as lacunas são ignoradas – como se de lacunas meramente "aparentes" se tratasse – pelo simples fato de que é oferecido um modo de contorná-las. Para esse autor, não será a presença de uma norma instrumental (permitindo o preenchimento de lacunas mediante analogia ou princípios gerais do Direito) que irá fazer desaparecer o problema da ausência de uma disciplina específica para os casos duvidosos.[59] Mesmo porque, conforme ressaltado por Guastini, parece óbvio que "completabilità è altra cosa dalla completezza".[60]

A propósito, Zagrebelsky tenta esboçar uma leitura de consenso ao afirmar que, na presença dessa "norma instrumental" a que se refere Betti, pode-se (até) estabelecer ou pressupor uma cláusula de completude do ordenamento jurídico, mas esta fórmula deve ser entendida "non nel senso che esso lo sia davvero ma nel senso che l'interprete deve agire *come se* lo fosse, andando alla ricerca di norme e principi impliciti, attraverso tutte le possibile forme di analogia".[61]

Diante disso, se a completude do ordenamento jurídico não se sustenta nas acepções "a" e "b", acima relembradas, não é menos verdade que no sentido "c" tal completude também se apresenta num grau problemático e insatisfatório.

Por fim, registre-se que a idéia de que o ordenamento jurídico seria completo na medida em que o juiz a todo instante seria competente para completá-lo, produzindo uma resposta para cada questão que se lhe apresentasse, não apenas *não resolve* o problema da

---

56 Bobbio, 1995, p. 210.
57 Sanchís, 2007, p. 124.
58 Sanchís, 2007, p. 124.
59 Betti, 2006, p. 283.
60 Guastini, 2006a, p. 183.
61 Zagrebelsky, 1993, p. 81.

completude como ainda estabelece *outra questão*: "la cuestión es si esa respuesta es 'creada' por el juez o viene predeterminada por un sistema de normas".[62] Mas isso já é assunto para um estágio mais avançado da presente exposição.

Antes, cabe discutir o problema da completude a propósito da ordem constitucional, tratando-se agora de debatê-lo não mais ao nível do Direito, mas *ao nível da lei*, mesmo que uma "lei" especial como a Constituição.

2. O problema da completude na ordem constitucional aberta

O debate acerca do problema da completude também pode ser invocado a propósito da ordem constitucional. No âmbito desse sistema normativo, é possível perquirir pela existência de normas suficientes para solucionar todas aquelas questões que se mostrarem relevantes do pondo de vista de uma regulação constitucional, bem como perguntar pelos espaços constitucionais vazios que efetivamente carecem de integração.

Para tanto, faz-se necessária uma prévia caracterização dessa ordem constitucional, inclusive com a exploração dos aspectos pelos quais se pode considerá-la uma *ordem aberta*, para só assim se ter uma dimensão do possível significado de sua eventual completude.

Conforme se vê, no presente tópico não mais se abordará o problema da completude na perspectiva do Direito como um todo, mas sim *a completude ao nível da "lei"* – ou, mais propriamente, dessa lei especial que é a Constituição.

2.1. Ordem constitucional: noção e características

No presente tópico, não interessa abordar todas as características dogmáticas da ordem constitucional, mas tão somente aquelas que forneçam as noções instrumentais necessárias ao desenvolvimento das idéias subsequentes deste trabalho. Assim, antes de adentrar a questão da completude propriamente dita da ordem constitucional, algumas dessas características serão descortinadas. Acredita-se que um rápido sobrevôo sobre as mesmas poderá auxiliar na melhor compreensão do significado daquela completude.

2.1.1. A ordem constitucional como Constituição formal

Fala-se numa "ordem constitucional" relativamente tanto ao mundo do *ser* como ao mundo do *dever ser*.[63] No primeiro caso, ordem constitucional significa um determinado

---

[62] Sanchís, 2007, p. 124.

[63] Num sentido próximo ao do texto, ver Moreira, 1978, p. 67 e ss, bem como a distinção entre "ordem econômica/mundo do ser" e "ordem econômica/mundo do dever ser", presente em Grau, 2003, p. 56-8.

estado de coisas da realidade,[64] enquanto que, no segundo, ordem constitucional significa um determinado *conjunto de normas*.[65]

Como conjunto de normas, que é o sentido que interessa para este trabalho, diz-se que a ordem constitucional *coincide* com a Constituição e, tal como esta, pode ser encarada tanto sob um ponto de vista formal como sob um ponto de vista material.[66]

Na perspectiva material, a ordem constitucional (ou *Constituição material*) é formada por todas aquelas normas que, independentemente da sua fonte de produção (legislativa, costumeira, jurisprudencial, etc.), disciplinam determinados assuntos, a chamada *matéria constitucional* (variável conforme o tempo e o lugar). Em razão do seu *objeto ou conteúdo*, tais normas são conhecidas como *normas materialmente constitucionais* e, em geral, diz-se que elas versam temas "pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à foma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto indiciduais como sociais".[67]

Já na perspectiva formal, a ordem constitucional (ou *Constituição formal*) é composta por todas aquelas normas que, independentemente do seu conteúdo, emanaram de uma *fonte constitucional formal*, isto é, todas aquelas normas aprovadas por um *poder constituinte* que, movido por uma *vontade (intencionalidade) normativo-constitucional* e seguindo determinados *procedimentos idôneos (solenes)*, edita normas jurídicas *hierarquicamente superiores*.[68] Por conta da *fonte* donde emanaram, tais normas são denominadas de *normas formalmente constitucionais* e, em geral, reconhece-se que, desde que não fujam àquela forma, elas podem versar quaisquer temas.[69]

Na impossibilidade de se estabelecer *a priori* um critério definitivo quanto às matérias tidas como de teor *essencialmente* constitucional, costuma-se negar existência

---

[64] É nesse sentido que a Constituição de 1988 utiliza a expressão no seu artigo 5º, XLIV: "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a *ordem constitucional* e o Estado Democrático" (destacamos).

[65] É nesse outro sentido que se emprega o termo no artigo 27, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: "Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na *ordem constitucional* precedente" (destacamos).

[66] Quanto a esses dois aspectos sob quais pode ser encarada uma Constituição, cf. Bonavides, 2000, p. 63-5, e Miranda, 1996, p. 10 e ss.

[67] Bonavides, 2000, p. 63.

[68] Canotilho, 1993, p. 66; Miranda, 1996, p. 30.

[69] Reconhece-o Bonavides, ao dizer que "[a]s Constituições não raro inserem matéria de aparência *constitucional*", assim designada "por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política" (2000, p. 25). Cite-se um exemplo das Disposições Transitórias da Constituição de 1891: "Art 7º É concedida a D. Pedro de Alcântara, ex-Imperador do Brasil, uma pensão que, a contar de 15 de novembro de 1889, garanta-lhe, por todo o tempo de sua vida, subsistência decente".

autônoma à Constituição material (e, portanto, à ordem constitucional material), reconhecendo-se que "[a] Constituição formal é, desde logo, a Constituição material".[70]

Isso quer dizer que "as normas constantes da Constituição formal são (pelo menos, em princípio) normas materialmente constitucionais; mas que, para lá delas, muitas outras pode haver também materialmente constitucionais [...], embora dispersas por diplomas de Direito ordinário".[71] Neste último caso, reside o paradoxo dos sistemas de Constituição formal (e rígida), consistente no fato de que "copiosa matéria de índole constitucional pode ficar excluída do texto constitucional, bem como sua regulamentação relegada à órbita da legislação ordinária".[72]

Desse modo, independentemente do critério ou princípio teórico que se arrisque adotar para definir o âmbito da Constituição material ou mesmo a materialidade constitucional de determinadas normas infraconstitucionais (organização do Estado, direitos fundamentais, entre outros), "é indiscutível que as normas materialmente constitucionais não cabem todas na Constituição formal", não sendo possível esperar, em razão disso, "uma completa codificação das normas constitucionais, que seria o equivalente à coincidência da Constituição material [e] da Constituição formal [e nesta incluída a Constituição instrumental, isto é, a *Constituição escrita*]".[73]

Nesse contexto, em que se fala em Constituição formal como significando necessariamente a própria Constituição material, não importa tanto o conteúdo de uma determinada norma, senão apenas a fonte da qual ela emanou, para que seja considerada uma norma – assim formalmente como materialmente – de índole constitucional. Para isso, basta que uma determinada matéria esteja situada no âmbito da Constituição formal, para que, então, "[entre] essa matéria [...] a gozar da garantia e do valor superior que lhe confere o texto constitucional".[74]

---

70 Miranda, 1996, p. 49.
71 Miranda, 1996, p. 49.
72 Bonavides, 2000, p. 64.
73 Miranda, 1996, p. 50. Com este mesmo autor, não é demais lembrar que Constituição instrumental quer dizer *Constituição escrita*, ou seja, o lugar onde "[a]s normas formalmente constitucionais depositam-se ou documentam-se", tratando-se de um "critério seguro" de que essas normas pertencem à Constituição formal (1996, p. 35). Cf. Canotilho, 1993, p. 65.
74 Bonavides, 2000, p. 64.

2.1.2. A Constituição como lei fundamental da ordem jurídica

Como Constituição formal, a ordem constitucional é dotada dos atributos da rigidez e da supremacia. Sem esta forma adequada, a "Constituição material" nela contida "não poderia desempenhar, desde logo, a sua função organizatória da comunidade política".[75]

Graças àquelas notas formais, costuma-se afirmar também que "[a] Constituição é uma lei dotada de características especiais".[76]

2.1.2.1. Supremacia constitucional

Em primeiro lugar,[77] a Constituição caracteriza-se pelo seu *status* de *supremacia*, isto é, "pela sua *posição hierárquico-normativa superior* relativamente às outras normas do ordenamento jurídico".[78]

Em razão deste lugar que ocupa na ordem jurídica, atribui-se à Constituição uma *autoprimazia normativa*, advinda do fato de a sua validade não derivar de qualquer outra norma positiva de caráter hierárquico superior, sendo, ela mesma, uma "*lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria", mais precisamente do fato de ter sido elaborada democraticamente e com observância de determinados princípios materiais de justiça.[79]

Ainda por força de sua supremacia, tem-se na Constituição uma *fonte primária da produção jurídica*, na medida em que suas normas funcionam como "normas de normas", estabelecendo um *procedimento* de criação gradual e hierarquizada das outras fontes jurídicas (leis, medidas provisórias, decretos, resoluções, etc.) e forcecendo os necessários *critérios de conformação material* destas últimas.[80]

Fala-se também, a propósito da supremacia constitucional, em uma *força heterodeterminante*, que consiste no estabelecimento para o direito ordinário de um

---

75 Miranda, 1996, p. 30.

76 Canotilho, 1999, p. 1074.

77 A partir daqui, o uso desacompanhado do termo "Constituição" pressupõe a referência à Constituição formal. Quando necessário, usar-se-ão outros qualificativos.

78 Canotilho, 1999, p. 1074.

79 Canotilho, 1999, p. 1074. A Constituição é dotada de autoprimazia com a desvantagem de que, ao contrário dos demais ramos da ordem jurídica, que sustentam sua autoridade no Direito constitucional, se os órgãos de garantia da Constituição não quiserem ou não puderem exercitar suas funções, "no existe fundamentalmente – *quid custodet custodem?* – ninguna unidad de decisión y de acción que pueda dictar y ejecutar legalmente, es decir, dentro del Derecho Constitucional vigente, una decisión jurídica" (Heller, 1987, p. 287).

80 Canotilho, 1999, p. 1074-5.

conjunto de *determinantes negativas* e *positivas* respeitantes, respectivamente, a uma série de limites (obrigações de *não fazer*) e imposições (obrigações de *fazer*).[81]

Como extensão do papel das normas constitucionais enquanto "normas de normas", considera-se que "o ordenamento constitucional é um *supra-ordenamento* relativamente aos outros ordenamentos jurídicos territoriais", o que, nos quadrantes de um Estado federal, assume importância redobrada, na medida em que, como ordenamento superior, o ordenamento constitucional (a) unifica os demais ordenamentos parciais e (b) estabelece as respectivas competências destes, além de suas recíprocas relações de hierarquia.[82] Assim, o ordenamento constitucional (Constituição Federal) unifica o ordenamento estadual e distrital (Constituições Estaduais e Lei Orgânica do Distrito Federal, além das respectivas normas subordinadas) e o ordenamento municipal (Leis Orgânicas e demais normas a estas subordinadas), definindo as competências e a hierarquia de cada um.

Diante disso, a Constituição se converte num *elemento de unidade do ordenamento jurídico*, "en el seno del cual viene a impedir tanto el aislamiento del Derecho constitucional de otras parcelas del Derecho como la existencia aislada de esas parcelas del Derecho entre ellas mismas".[83]

Ao fim de tudo, fala-se ainda num *princípio da constitucionalidade*, em virtude do qual todos os atos dos poderes públicos e – por que não? – dos particulares devem estar conformes com a Constituição,[84] como também numa consequente *força normativa da Constituição*, em razão da qual, sendo uma lei dotada de efetividade e aplicabilidade, "*como lei deve ser aplicada*", refutando-se-lhe, assim, qualquer valor meramente declaratório.[85]

2.1.2.2. Rigidez constitucional

Como forma de garantir a si própria, a Constituição estabelece institutos que se dirigem à conservação e à observância das suas normas, entre eles, os chamados *limites ao poder de reforma*.[86]

Por tais limites, assegura-se que as modificações constitucionais formais, pela via de emenda, *não consistirão* em reformas procedimentalmente fáceis e materialmente

---

81 Canotilho, 1999, p. 1076.
82 Canotilho, 1999, p. 1076.
83 Hesse, 1992, p. 17.
84 Canotilho, 1999, p. 1075.
85 Canotilho, 1999, p. 1076-7.
86 Canotilho e Moreira, 1991, p. 42-3. O outro instituto, como se sabe, é o controle de constitucionalidade.

ilimitadas, ou sob qualquer quadro de crise institucional. Daí se falar, respectivamente, em *limites formais* (ou *procedimentais*), *limites materiais* (as chamadas "cláusulas pétreas") e *limites circunstanciais*, a impedir "a livre modificação da lei fundamental pelo legislador ordinário".[87]

Com tais limites, estabelece-se uma *rigidez constitucional*, traduzida na "maior dificuldade para [a] modificação [da Constituição] do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal"[88] e, portanto, na "capacidade de *resistência à derrogação* superior a qualquer lei ordinária".[89]

Há quem diga que "[d]a rigidez emana, como primordial conseqüência, o *princípio da supremacia da constituição*",[90] embora seja possível igualmente considerar que é em nome da própria supremacia – não apenas a formal, mas especialmente a *material* – de sua obra que o constituinte estabelece aquela proteção, como forma de garantir "a relativa estabilidade da Constituição"[91] ou, como já se disse também, a sua "imutabilidade relativa".[92]

2.1.2.3. A reserva de Constituição

Como fruto tanto da supremacia como da rigidez constitucionais, assegura-se a determinadas matérias respeitantes ao "estatuto jurídico do político" uma espécie de *reserva de Constituição*, pela qual se garante que tais assuntos, para que estejam suficientemente protegidos, devem ser regulados pela própria Constituição, com exclusão do legislador ordinário.[93]

É o caso das matérias relativas à separação funcional de poderes, à distribuição territorial de competências, às restrições dos direitos fundamentais, aos limites constitucionais à autonomia estadual, entre outras cuja necessária proteção somente pode ser garantia com a sua subtração do poder de disposição da legislação infraconstitucional.

Por óbvio que essa reserva de Constituição afeta a *liberdade de conformação do legislador*, na medida em que tende a retirar determinadas questões do seu campo de disposição, e assim se faz porque "[o] *interesse de legitimação* pode justificar que o

---

87 Canotilho, 1999, p. 989. Tais limites encontram-se estampados, na Constituição de 1988, no seu artigo 60, que, seja pela extensão, seja pela desnecessidade, deixa-se de transcrever. Deixou-se de referir os limites temporais, pois, conforme consenso doutrinário, não fazem parte do cabedal de garantias da Constituição de 1988. Nesse sentido, cf. Silva, 2004, p. 66.

88 Silva, 2004, p. 45.

89 Canotilho, 1999, p. 211.

90 Silva, 2004, p. 45.

91 Canotilho, 1999, p. 989.

92 Ferreira, 1983, p. 91.

93 Canotilho, 1999, p. 243.

legislador constituinte se reserve a si próprio definir, com mais ou menos detalhe, o âmbito normativo".[94]

Sucede que vez por outra – talvez melhor seria dizer "quase sempre" – o constituinte não estabelece com suficiente grau de certeza os comandos necessários à execução dessas matérias, o que é plenamente compreensível, tendo em vista que "a uma lei fundamental cabe definir o grau de determinabilidade dos seus próprios preceitos".[95]

Quando isso ocorre, reconhece-se que o problema da indeterminabilidade da Constituição acaba por convolar-se num problema de reserva de Constituição, uma vez que aquela problemática inicial "representa [então] uma primeira distribuição de tarefas entre o poder constituinte (constituição), *fixador* ou *criador* de normas constitucionais, e o órgão legiferante, *executor* da constituição".[96]

Na verdade, tem-se aqui um verdadeiro paradoxo. É que, se por um lado, a reserva material de Constituição afasta uma atividade densificadora do legislador, por outro, em razão da própria indeterminação de muitos dos preceitos veiculadores dessas matérias especiais, exige-se muitas vezes uma intermediação legislativa capaz de concretizar ou mesmo preencher os espaços de normatividade deixados por estas cláusulas.

Como forma de aumentar a proteção das matérias sob reserva de Constituição, busca-se frequentemente, além das garantias de supremacia e rigidez, imprimir-lhes um caráter "superconstitucional", imunizando-as contra o próprio poder constituinte de reforma.[97]

Nesse sentido, a reserva de Constituição coincide também como uma *reserva material de justiça* da Constituição e com a própria *identidade* desta, vez que esses temas passam a integrar os "preceitos de uma Constituição democrática que [podem] ser legitimamente subtraídos ao poder de reforma da Constituição, com a finalidade de preservação da dignidade humana e da igualdade de cada indivíduo em relação aos demais".[98]

No tocante a esses limites materiais da Constituição, a incumbência atribuída à jurisdição constitucional é hercúlea: "*não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma*

---

94 Canotilho, 1999, p. 243, e 2001, p. 194.
95 Canotilho, 2001, p. 194.
96 Canotilho, 2001, p. 193-4.
97 O uso do termo "superconstitucional" consta de Vieira, 1999.
98 Vieira, 1999, p. 230.

interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo".[99]

2.1.3. A ordem constitucional como um sistema de regras e princípios

Parece intuitivo reconhecer que a Constituição, como um conjunto de normas, forma um *sistema normativo*, e, logo, "um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema)".[100]

No caso do sistema constitucional, esses *objetos* consistem nas unidades discursivas denominadas *normas*, que, por sua vez, apresentam-se sob a forma tanto de regras como de princípios. Seus *atributos*, entre tantos que tradicionalmente lhes são associados, podem ser traduzidos, por um lado, no caráter sempre *aberto* e *indeterminado* dos princípios e, por outro, no viés quase sempre *fechado e determinado* das regras.[101] Suas *relações* dão-se por interações recíprocas, *completando-se* e *conformando-se* uns aos outros, como parte de um mesmo e tensionado projeto significativo.[102]

Quanto àqueles *objetos*, não convém aqui ensaiar uma teoria das normas constitucionais que as pressuponha divididas entre regras e princípios. As dissensões nesse campo, como bem se sabe, são tamanhas.[103] Além do mais, espera-se que na medida em que esses termos apareçam no texto seja possível capturar o seu significado contextual aqui adotado.

Quanto aos seus *atributos*, é suficiente lembrar a já notória grelha de critérios diferenciadores entre regras e princípios apresentada por Canotilho, pela qual tais modalidades de normas afastam-se umas das outras segundo o *grau de abstração* (relativamente elevado nos princípios e reduzido nas regras), o *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto (sendo vagos e indeterminados, os princípios carecem de concretização, diferente das regas, suscetíveis de aplicação direta), o *caráter de fundamentalidade no sistema* das fontes do Direito (maior importância estrutural dos princípios em comparação com as regras), a *proximidade da idéia de Direito* (os princípio

---

99 Mendes, 2004, p. 442.

100 Ferraz Jr, 2003, p. 140.

101 Para um apanhado dos atributos e distinções entre regras e princípios, com ênfase no enfoque a estes últimos, cf. Rothenburg, 2003.

102 Quanto a ser a tarefa de distinção entre regras e princípios particularmente complexa, cf. Canotilho, 1999, p. 1086. Quanto aos problemas da abertura/fechamento e da determinabilidade/indeterminabilidade do sistema e das normas constitucionais, ver os itens 2.2 e 2.3 deste mesmo capítulo. E quanto à completabilidade recíproca entre as normas constitucionais (princípios determinando regras, regras condicionando princípios, etc.), trata-se de assunto que permeia todo o presente trabalho.

103 Para não se passar em branco, remeta-se aqui a dois trabalhos representativos dessa polêmica: Ávila, 2004, e V. A. da Silva, 2009.

veiculam exigências de "justiça", enquanto as regras podem ter um caráter meramente funcional) e, por fim, a *natureza nomogenética* (os princípios são fundamentos para as regras, constituindo a base e a *ratio* destas).[104]

Quanto às *relações* entre esses elementos do sistema constitucional, reconhece-se que a Constituição "tampoco es una unidad sistemática ya cerrada, bien sea ésta de tipo lógico-axiomático o bien basada en una jerarquía de valores", já que, antes, "sus elementos se hallan en una situación de mutua interación y dependencia, y sólo el juego global de todos produce el conjunto de la conformación concreta de la Comunidad por parte de la Constituición".[105]

Por fim, cabe advertir, por parecer útil aos propósitos deste trabalho, que a Constituição não reflete um sistema puro de regras (que, em geral, ao desconsiderar os princípios, apresenta maior dificuldade para lidar com determinados "casos difíceis"), nem um sistema puro de princípios (que, por muitas vezes desconsiderar as regras, acaba enfraquecendo a normatividade constitucional), mas uma terceira coisa, consistente num *sistema misto ou combinado de princípios e regras*.[106]

Conforme se verá em alguns dos tópicos a seguir, o sistema constitucional é também um sistema *aberto*.

2.1.4. Normas constitucionais implícitas

Nesta caracterização da ordem constitucional, uma última palavra deve caber ao problema das normas constitucionais implícitas.

Como talvez já tenha ficado mais ou menos insinuado, a Constituição instrumental (escrita) não contém – ou ao menos não as contém explicitamente – todas as normas que já poderiam ser atribuídas à Constituição formal. Em outras palavras, a Constituição formal pode agregar também as chamadas *normas implícitas*.

Hesse lançou algumas luzes sobre a questão: (a) primeiro, ao reconhecer que "[l]a vinculación a la Constitución escrita no excluye un Derecho constitucional no escrito"; (b) depois, ao advertir que a fixação da Constituição num documento escrito não a converte "en un sistema 'sin lagunas'"; e, (c) por fim, dado seu caráter meramente complementar, esse Direito constitucional não escrito jamais pode desvincular-se ou impor-se ao Direito constitucional escrito.[107]

---

104 Canotilho, 1993, p. 166-7.
105 Hesse, 1992, p. 17.
106 Alexy, 2008, p. 122-3.
107 Hesse, 1992, p. 22.

Em outras palavras, a Constituição formal pode agregar também as chamadas *normas implícitas*, mas estas jamais podem subverter a ordem constitucional formal. Tais normas, conforme geralmente aceito, podem ser tomadas em pelo menos dois sentidos diversos e *não excludentes*:

(i) Num primeiro sentido, as normas implícitas são aquelas *inferidas* por meio de raciocínios logicamente aceitos, de caráter dedutivo, tomando-se como premissa(s) exclusivamente uma ou mais normas explícitas, donde uma norma implícita será extraída como a respectiva conclusão.[108]

Um exemplo bastante difundido de normas constitucionais implícitas é apresentado, entre outros, por Temer: aos Estados, "fica-lhes proibido dispor sobre as competências da União (arts. 21 e 22) e as dos Municípios (art. 30). Nada podem dispor, também, a respeito das competências tributárias da União e dos Municípios. A tais competências o Estado não tem acesso. É o que dispõe *implicitamente* a Constituição" (destacamos).[109]

A propósito dessas normas, Neves defende que, "[e]m verdade, por via de interpretação *inferem-se* normas constitucionais implícitas, sem que se caracterize o mero recurso ao 'espírito' da Constituição";[110] enquanto Ramos, após sustentar que tais normas "podem servir de parâmetro à relação de inconstitucionalidade", aduz que as mesmas "[exigem] um trabalho hermenêutico um pouco maior, no sentido de *inferir* a norma implícita que determina o vício" (nos dois casos, destacamos).[111]

Conforme se percebe, tem-se aqui aquilo que se pode denominar de *normas implícitas em sentido estrito* ou também *em sentido lógico*, cuja "descoberta" pode dar-se inclusive por inferência. Tratam-se de verdadeiras *normas positivas*, o que significa dizer que são "creadas por la autoridad normativa, aunque no hayan sido formuladas".[112]

(ii) Num segundo sentido, mais frequente que o primeiro, as normas implícitas podem ser construídas mediante três procedimentos diferentes, a saber:[113]

- mediante raciocínios dedutivos a partir de premissas não normativas (por exemplo, conceitos doutrinários constantes de um preceito legal) e enunciados interpretativos;

- mediante raciocínios não dedutivos, como a analogia;

---

108 Guastini, 2008, p. 36.

109 Temer, 2003, p. 85-6. Nesse mesmo sentido, em relação às normas definidoras de competência, cf. Bastos e Britto, 1982, p. 108.

110 Neves, 1988, p. 126.

111 Ramos, 1994, p. 139.

112 Guastini, 2008, p. 37.

113 Guastini, 2008, p. 37.

- mediante raciocínios – dedutivos ou não – a partir de premissas baseadas em construções dogmáticas dos juristas (como a "teoria da inconstitucionalidade", a "teoria do federalismo de equilíbrio", a "teoria da constituição econômica", etc.).

Como se vê, as normas assim criadas não resultam de nenhuma autoridade normativa, razão pela qual não podem ser consideradas, tal como a primeira das modalidades apresentadas, verdadeiras normas positivas. Antes constituem o produto seja de um trabalho de interpretação, seja de um trabalho de "construção jurídica" realizado pelos intérpretes.[114]

2.2. Abertura horizontal: o problema da incompletude sistêmica[115]

Se a propósito da ordem jurídica como um todo a completude costuma ser apresentada como uma condição necessária para a própria funcionalidade do sistema, no tocante à ordem constitucional a questão do fechamento sistêmico desta apresenta-se com uma feição totalmente diversa.

É que, diferentemente dos demais ramos do Direito, em que as idéias de codificação e completude aparecem com maior vigor, o Direito constitucional apresenta-se como um ramo do ordenamento jurídico assumidamente dependente de uma certa dose de incompletude, sem a qual, muitas vezes, parece não conseguir funcionar.

Não é à toa que se fala numa *abertura horizontal* da Constituição, no sentido de uma "ordem geral constitucional conscientemente incompleta", na qual "o poder constituinte reconhece a impossibilidade de uma normação constitucional exaustiva, completa e fechada".[116]

Desse modo, não se pode negar que, assim como nos demais setores da ordem jurídica, o problema da completude esteja presente no Direito constitucional.[117] De fato, a Constituição instrumental na qual o Direito constitucional em parte se contém não difere de outros documentos normativos naquilo que se faz relevante para a configuração de sua

---

[114] Guastini, 2008, p. 37.

[115] Prefere-se aqui o vocábulo "sistêmico" ao termo "sistemático", para evitar a ambiguidade do sentido pejorativo, frequentemente associado a este, de algo que se comporta de maneira "metódica".

[116] Canotilho, 2001, p. 193-4. Conforme se deduz desses excertos, "conscientemente incompleta" significa apenas que o legislador constituinte *tem consciência* de que não será possível abarcar todas as situações relevantes do ponto de vista de uma regulação constitucional, e não que ele *queira* necessariamente deixá-las livres da incidência de uma disciplina constitucional efetiva, ainda que implícita ou indireta ou mediante a irradiação de algum princípio mais geral. Logo, essa "consciência" não faz com que determinadas situação não reguladas não possam ser vistas como verdadeiras lacunas normativas, que, conforme se verá, dependem que se presuma uma certa "involuntariedade" por parte do legislador para serem reconhecidas como tal.

[117] Afinal, conforme ressaltado por Engisch, "[a]s lacunas podem aparecer em todos os ramos do Direito" (1996, p. 276).

incompletude – tanto quanto estes, *a Constituição é uma lei*, e, como toda lei, muito embora especial, também pode conter lacunas.[118]

Mas se por um lado a Constituição não destoa das demais fontes do sistema jurídico no aspecto da sua vulnerabilidade a estados indesejáveis de lacuna, por outro ela desde logo se destaca do restante do "cosmos normativo"[119] quanto ao modo como assume essa fragilidade: a ordem constitucional é um setor da ordem jurídica que estranhamente *aspira à incompletude!*[120]

Assume-se, nesse sentido, que as ordens constitucionais, tal como as ordens jurídicas contemporâneas, "não podem nem devem regular tudo devido aos processos contínuos de automodificação da sociedade",[121] razão pela qual geralmente essas ordens se apresentam com um caráter fragmentário ou parcial.[122]

Como apontado por Hesse, "[s]i la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente '*abierto ao tiempo*'".[123]

As razões para essa "opção" – diga-se de passagem, nem sempre voluntária – do constituinte pela incompletude podem ser várias e, nesse sentido, é necessário que se saiba desvendá-las.[124]

Pela relevância desse tema, vale a pena destacar individualmente algumas de suas nuances.

2.2.1. A extensão das matérias constitucionais

Dotada de uma posição hierárquico-normativa superior em relação ao restante da ordem jurídica, a Constituição assume um campo temático sobre o qual pretende lançar a

---

118 Daí o reconhecimento de Miranda, para quem "[n]ão há uma plenitude da ordem constitucional, como não há uma plenitude da ordem jurídica em geral" (1996, p. 267). Ao se afirmar que a Constituição não difere das demais leis quanto à sua suscetibilidade para conter lacunas, não se chega ao ponto de reconhecer que tanto aquela quanto estas compartilham da mesma estrutura normativa. Nesse sentido, tem-se como válida aqui a posição de Böckenförde, para quem o "carácter en muchos aspectos fragmentario de la Constitución tiene como consecuencia que se le escapa necesariamente la estructura normativo-material de la ley", que só lhe poderia ser atribuída "como una ficción" (1993, p. 17). Na mesma linha, Canotilho anota que, "[s]e a constituição é uma lei como as outras, em alguma coisa, na verdade, se distingue delas", visto que "[o] carácter *aberto* e a estrutura de muitas normas da constituição obrigam à mediação *criativa e concretizadora* dos 'intérpretes da constituição'" (1999, p. 1077).

119 A expressão foi retransmitida por Canotilho, 1999, p. 1069, nt. 25.

120 Talvez isso explique a afirmação de Bastos no sentido de que "a Teoria Geral das Lacunas no direito sofre alguma refração quando se trata do direito constitucional" (1988, p. 357).

121 Canotilho, 1999, p. 1070.

122 Sáchica, 1978, p. 25-6.

123 Hesse, 1992, p. 18.

124 De fato, conforme se verá oportunamente, a incompletude da Constituição nem sempre decorre de uma atitude deliberada do legislador constituinte, e, em muitos casos, "parecem inevitáveis" (Miranda, 1996, p. 267).

sua força reguladora. Como parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto poder e enquanto comunidade,[125] a Constituição não se restringe à ordenação da vida estatal, alcançando também as bases da ordenação da vida não-estatal.[126]

E basta que seja assim – que haja um conjunto de questões relevantes do ponto de vista da regulação constitucional – para que a Constituição corra o risco de ver frustrada essa pretensão de disciplinar a realidade, abrindo-se, dessa forma, um campo fértil ao aparecimento de lacunas normativas.

Costuma-se dizer, por isso, que "[a] lei constitucional não regula tudo quanto dela deve ser objecto";[127] ou mesmo que "[l]a constitución no contiene todo el derecho constitucional de un pueblo", nem esgota "la totalidad de su vida institucional".[128] De fato, nem sempre é possível evitar que aspectos fundamentais da organização política e social escapem à provisão normativa do legislador constituinte e fiquem, assim, de fora do "estatuto jurídico do político".[129]

Desse modo, não há garantias de que a Constituição conseguirá ser completa, e nem poderia haver, visto que muitas questões sobre as quais o legislador constituinte sequer havia pensado só irão de fato ocorrer ou se apresentar tempos após a edição do documento constitucional.[130] Estes e outros assuntos para os quais o legislador constituinte não se atentou (lacuna não desculpável) ou não podia se atentar (lacuna desculpável) ficam, invariavelmente, desprovidos de disposições constitucionais específicas.[131]

Em geral, a Constituição não se pretende exaustiva, não reivindica o *status* de uma codificação, mas tão-somente regula, quase sempre de maneira pontual e genérica, aqueles assuntos que num determinado momento histórico pareceram relevantes a ponto de merecer solução. No mais, fala-se numa regulação tácita (ou implícita ou indireta) de determinadas matérias, ou mesmo na sua devolução às demais fontes do ordenamento

---

125 Miranda, 1997, p. 13.

126 Hesse, 1992, p. 16.

127 Miranda, 1996, p. 266.

128 Sáchica, 1978, p. 25. No mesmo sentido que os dois autores mencionados no parágrafo, manifesta-se Vergottini: "[n]o toda la materia referida a la organización fundamental del Estado y a sus principios básicos de funcionamento está contenida en el texto constitucional" (2005, p. 166); bem como, se se quiser uma posição mais próxima e igualmente arguta e contundente, Ferraz: "[n]ão há como negar-se a existência de *lacunas* na Constituição, decorrência necessária do caráter das disposições constitucionais" (1986, p. 193).

129 Sobre a noção do Direito constitucional como um verdadeiro "estatuto jurídico do político", cf. Canotilho, 1993, p. 27 e p. 34-6.

130 Conforme será visto oportunamente, a situação descrita no texto correponde a uma lacuna superveniente, de caráter involuntário.

131 Mais adiante, também serão trabalhadas as noções de lacuna desculpável e não desculpável.

jurídico para que promovam sua conformação e concretização. Daí que a Constituição não pretenda ser livre de lacunas, nos moldes de um sistema jurídico fechado.[132]

2.2.2. O caráter indômito da realidade constitucional

Ao contrário de outros setores da ordem jurídica nos quais é possível alcançar uma relativa independência da normatividade em relação à realidade e assim garantir certa impermeabilização daquela em relação aos fatores erosivos oriundos desta, o Direito constitucional apresenta-se naturalmente resistente a esse tipo de imunização, e, desse modo, encontra-se mais propenso ao surgimento de lacunas jurídicas decorrentes da realidade cambiante.[133]

Nesse sentido, a Constituição pode restar incompleta e inacabada justamente porque determinados assuntos, "dado su carácter, *no son susceptibles* de una detallada regulación jurídica o lo son *sólo con dificuldad*".[134]

De fato, determinados aspectos da realidade são refratários a uma regulamentação constitucional minuciosa. Por essa razão, e por uma questão de sobrevivência da própria força normativa da Constituição, é importante que esta se mostre capaz de adaptar-se às céleres mudanças da realidade sócio-política.[135] Para tanto, uma das principais técnicas comumente sugeridas consiste justamente em limitar tanto quanto possível as cláusulas constitucionais a alguns poucos *princípios fundamentais* que possam ser desenvolvidos à vista daquelas mudanças.[136]

Ao contrário disso, a formulação de um texto constitucional analítico, dando guarida a interesses particulares ou momentâneos, não somente eleva a necessidade e a frequência das reformas constitucionais, com o consequente enfraquecimento da força normativa da Constituição, como ainda pode propiciar, pela defasagem de suas disposições, o aparecimento superveniente de lacunas.[137]

---

132 Hesse, 1992, p. 18.

133 Heller, 1987, p. 287.

134 Hesse, 1992, p. 18.

135 De fato, como recordam Canotilho e Moreira, "[a] força normativa da Constituição não é incompatível com a sua historicidade e mutabilidade. A sua rigidificação total, bem como a sua impassibilidade perante as transformações sociais, poderia significar a morte da própria Constituição" (1991, p. 46). Relembre-se ainda a lição de Hesse de que, no conflito entre Constituição e realidade, aquela "não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca" (1991, p. 25).

136 Hesse, 1991, p. 20-1.

137 Hesse, 1991, p. 21. Nesta última situação mencionada no texto, tem-se as chamadas lacunas objetivas, das quais se irá tratar em momento oportuno.

2.2.3. Os limites normativos imanentes

Em virtude da especificidade e da complexidade do seu objeto de regulação – *fatos sócio-políticos puros* –, o Direito constitucional vê-se muitas vezes impossibilitado de oferecer uma solução para determinadas questões, precisando conviver com verdadeiras situações extrajurídicas (ou extraconstitucionais), a que a doutrina tem denominado *lacunas constitucionais absolutas*.[138]

Tais lacunas ocorrem sempre que os órgãos supremos da organização estatal se neguem ou por alguma razão estejam impossibilitados de exercer as funções que lhes tenham sido assinaladas pelo Direito constitucional. Nesses casos, não há qualquer órgão de decisão e de ação capaz de ditar e executar, dentro da normalidade constitucional, uma solução jurídica válida.[139]

Mesmo uma jurisdição constitucional muito ampla não é capaz de acabar em definitivo com esse tipo de problema, senão apenas minimizá-lo gradativamente.[140] No mais das vezes, o que o corre é que, sem ter força suficiente para resolver alguns dos mais profundos conflitos entre os próprios poderes estatais, o Direito constitucional cede para que certas lacunas possam ser "preenchidas" mediante uma relação real de forças, em que o fático se converte em normativo.[141]

Nesse sentido, as lacunas constitucionais absolutas representam uma espécie de *limite normativo imanente* de todo Direito constitucional. Este, na sua indissolúvel conexão com a realidade cambiante, nem sempre consegue oferecer regras de cálculo para lidar com o surgimento (a um tempo inevitável e imprevisível) daquela espécie de lacuna, o que o impede de oferecer soluções para diversas questões assim apresentadas.[142]

---

138 Miranda, 1996, p. 267. Conforme observado por Sáchica, "[h]ay fuerzas políticas, instituciones sociales con eventual poder político, situaciones, comportamientos, usos, costumbres, creencias, sentimientos, prejuicios, cuya incidencia en el orden constitucional no ha sido o no pode ser captada, institucionalizada", e muitas vezes até "pueden existir fuerzas políticas deliberadamente excluídas de regulación constitucional" (1978, p. 26). Sobre a complexidade do "objeto político", cf. Canotilho, 1993, p. 27 e ss.

139 Heller, 1987, p. 287; Jellinek, 2000, p. 338-9. Essas "lacunas jurídicas absolutas" não passam de uma projeção do conhecido problema sobre quem deve controlar o controlador (*quid custodet custodem?*).

140 Heller, 1987, p. 287.

141 Jellinek, 2000, p. 338-341.

142 Heller, 1987, p. 287-8. Alguns exemplos recentes de lacunas constitucionais absolutas na realidade brasileira são a ausência de uma norma que force o Presidente da República a indicar integrante para vaga de Ministro aberta perante o Supremo Tribunal Federal, ou que obrigue a formação de lista sêxtupla a ser encaminhada ao Presidente da República para escolha de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ou que force o Presidente da República a encaminhar projeto de lei propondo reajuste geral para o funcionalismo público.

2.3. Abertura vertical: o problema da indeterminação normativa

Para além dessa incompletude sistêmica da ordem constitucional, há ainda um tipo de incompletude que afeta as suas normas componentes em particular. De fato, conforme observado por Hesse, "[l]as normas de la Constitución no son completas ni perfectas". Para esse autor, se por um lado é verdade que uma quantidade considerável de questões relativas à ordem estatal se encontra minuciosamente regulada, por outro não se pode negar que amplos setores pertencentes inclusive à vida estatal *stricto sensu* acabam sendo disciplinados por disposições de uma considerável – para não dizer excessiva – amplitude de conteúdo.[143]

Daí se falar numa *abertura vertical* da Constituição, no sentido de uma "regulação, da matéria constitucional, de forma incompleta, 'abrindo-se' à atividade concretizadora infraconstitucional".[144]

Tal abertura, conforme já se registrou com base em Canotilho, é representativa de uma primeira repartição de tarefas entre o poder constituinte (constituição), que *estabelece* as normas constitucionais, e o órgão legiferante, que as concretiza ou as "executa" em instrumentos normativos dotados de maior densidade normativa.[145]

Trata-se, em primeiro lugar, de uma *abertura interpretativa*, na qual "a própria normatividade [constitucional] se apresenta complexa, por ser indeterminada e utilizar conceitos que exigem densificação ou um preenchimento interpretativo complexo".[146] Segundo essa abertura interpretativa, o texto constitucional permite "encontrar diferentes sentidos em suas normas", propiciando ainda "que um mesmo enunciado linguístico seja objecto de actualização interpretativa".[147]

Costuma-se dizer que "a indeterminação tende a ser muito ampla nos planos superiores" do ordenamento jurídico, "embora seja mais acentuad[a] em uns sectores que noutros", tal como acontece em geral no âmbito do Direito Público.[148] Por essa equação, o

---

143 Hesse, 1992, p. 17.

144 Canotilho, 2001, p. 193.

145 Canotilho, 2001, p. 194.

146 Otero, 2010, p. 173. A propósito especificamente da ordem constitucional brasileira, Campilongo alerta que em contextos socialmente tensos e fragmentados como o brasileiro – o autor referia-se ao então momento constituinte, mas a afirmação ainda parece válida para os dias atuais – um modelo tradicional de Constituição oscila entre a perda da eficácia da ordem constitucional e o alargamento de suas bases pelo recurso a fórmulas mais flexíveis e abertas. Em qualquer desses casos, conclui o autor, "o conceito de sistema jurídico como um todo fechado, harmônico e completo torna-se inadequado" (Campilongo, 1986, p. 6 e 7).

147 Otero, 2010, p. 188. Não se deve perder de vista, porém, a recomendação de Canotilho e Moreira, no sentido de que "a abertura dinâmica dos preceitos constitucionais não pode traduzir-se numa troca da força normativa da Constituição pela *força normativa dos factos*" (1991, p. 46).

148 Marques, 1972, p. 345.

Direito constitucional estaria duplamente sujeito à indeterminação por cumprir ambos os quesitos: não só está no centro do chamado Direito Público, como está acima deste e de todo o Direito Privado.[149]

Transplantando-se a mesma forma de raciocínio para *dentro* do Direito constitucional, é possível também estabelecer aquelas temáticas em que mais frequentemente a indeterminação, por razões várias, incide. Nesse sentido, pode-se afirmar que algumas matérias, mais do que outras, não só aspiram, como muitas vezes *não podem prescindir* de um certo nível de indeterminação. A tal propósito, aliás, Canotilho propõe um diagnóstico das principais tendências.[150] Assim, conforme esse autor:

(i) Demandam maior *abertura* das normas constitucionais os assuntos: (a) sobre os quais há consenso geral, (b) quanto aos quais faz-se necessário estabelecer um espaço de conformação política, (c) inclinados a eventuais intervenções corretivas.

(ii) Demanda-se maior *densidade* de concretização das normas: (a) sempre que se faça necessário tomar decisões inequívocas acerca de determinadas controvérsias, (b) sempre que haja necessidade de precisar os princípios identificadores da ordem político-social, (c) sempre que a necessidade de facilitar o processo de concretização torne oportuna a elaboração de normas tanto mais precisas.

Se ainda não se pode falar aqui em verdadeiras lacunas normativas, a teoria geral do direito já se encarregou de identificar nos fenômenos de abertura vertical (indeterminação semântica) uma categoria peculiar de lacunas,[151] seja sob a denominação de "lacunas de reconhecimento",[152] seja sob o título de "lacunas de indeterminação".[153]

A tais categorias de lacunas retornar-se-á oportunamente.

3. A ordem constitucional federativa e o problema da completude no microssistema

Ao intérprete pode ocasionalmente interessar não a totalidade, mas uma parcela da ordem jurídica. Assim, se no bojo do ordenamento jurídico global vigora a *ordem constitucional*, considerada como um sistema aberto de princípios e regras constitucionais, no seio desta vigora ainda a *ordem constitucional federativa*, considerada como um *microssistema* de princípios e regras acerca da forma federativa de Estado.

---

149 Conforme, aliás, o enquadramento de Miranda, "[n]ão há Direito constitucional, Direito público e Direito privado; há somente Direito público e Direito privado, e no primeiro enquadra-se o Direito constitucional", que, por meio dos seus princípios, "irradia para todo o ordenamento" (1997, p. 17-8).

150 Canotilho, 2001, p. 194-5.

151 Assim, por exemplo, Carrió, 2006, p. 59.

152 Alchourrón e Bulygin, 2006, p. 61 e ss.

153 Alexy, 2008, p. 161 e ss.

É sobre esse microssistema normativo que a seguir serão expendidas algumas breves considerações.

3.1. A ordem constitucional federativa como um microssistema[154]

Segundo Guastini, ao se discutir a completude ou a incompletude de um sistema jurídico, deve-se esclarecer preliminarmente em qual dos seus possíveis significados a expressão "sistema jurídico" está sendo empregada.[155] Nessa linha, pode-se identificar pelo menos dois sentidos entre os mais difundidos para a expressão, a saber:

(i) num primeiro sentido, sistema jurídico significa "ordenamento jurídico", isto é, um sistema jurídico nacional considerado em sua totalidade e num determinado momento histórico de vigência (por exemplo, o "sistema jurídico brasileiro atual");

(ii) num segundo sentido, sistema jurídico refere-se a um "microssistema", ou seja, um conjunto de normas reduzido, identificado pelo jurista no âmbito do próprio ordenamento jurídico global com o propósito de encontrar a disciplina normativa de um conjunto de hipóteses acerca de uma dada matéria (por exemplo, a disciplina do controle jurisdicional de constitucionalidade, a disciplina dos limites constitucionais à autonomia estadual, a disciplina da repartição constitucional de competências federativas).

Em tópicos anteriores (itens 1.1 e 2.1), referiu-se o problema da completude a propósito de um hipotético sistema jurídico nacional (sistema jurídico como "ordenamento jurídico"), bem como de um concreto sistema constitucional (sistema jurídico como "microssistema"). Na prática, porém, os juristas geralmente estão às voltas com problemas concretos concernentes a matérias tão específicas que sua resolução pode ser encontrada em fatias cada vez mais restritas daqueles sistemas jurídicos (mas sempre no contexto de um microssistema, ainda que mais reduzido).[156]

Nesse último aspecto, Losano também destaca que o jurista prático – diferentemente de um jurista teórico, em geral mais atento às lacunas do ordenamento jurídico como um todo – põe-se frequentemente a perguntar se determinados setores do Direito positivo disciplinam todos os possíveis casos que venham a surgir, limitando-se eventualmente, tais operadores, a constatar que a ordem jurídica não regula explicitamente

---

154 Numa outra perspectiva, a da teoria dos sistemas, em que a Constituição é vista como "subsistema do sistema jurídico", cf. Neves, 1994, p. 63 e ss.

155 Guastini, 2005, p. 175-6.

156 Guastini, 2005, p. 182-3.

uma específica hipótese de fato, para depois virem a dirimir os inconvenientes advindos de um tal silêncio.[157]

Diante disso, e em razão da necessidade de resolução de uma questão prática subjacente ao tema central deste trabalho, a partir deste ponto da abordagem o problema da completude será considerado, ainda com maior rigor do que se fez anteriormente (2.1), não mais na perspectiva do ordenamento jurídico global, mas a partir de uma parcela deste, e por imposição do tema em análise, a parcela referente a um microssistema específico: o *microssistema constitucional*. Segundo esse enfoque, o problema da completude deixará de dizer respeito à relação entre o conjunto das normas jurídicas vigentes e a totalidade dos casos particulares possíveis, para reportar-se tão-somente à relação entre um mais restrito conjunto de normas (as normas integrantes do microssistema constitucional) e um reduzido número de casos particulares (os casos de índole constitucional).[158]

Feitos esses esclarecimentos, é preciso reafirmar ademais que o jurista prático, a fim de facilitar o seu trabalho de interpretação, muitas vezes acaba por reduzir ainda mais o universo jurídico-normativo utilizado na procura de uma resposta para o caso sob sua responsabilidade. Diante disso, buscar-se-á aqui reduzir o microssistema constitucional, identificando, no seio deste, uma "ordem constitucional federativa" – ela própria, aliás, um microssistema da ordem constitucional.

3.2. A propósito da ordem constitucional federativa

Ao se abordar anteriormente o problema da completude a propósito tanto da ordem jurídica (1.1) como da ordem constitucional (1.2), fez-se uso do vocábulo "ordem" sem a preocupação de se esclarecer o que exatamente estava sendo referido com o mencionado termo. Na oportunidade, esse esclarecimento mostrou-se desnecessário por duas razões. Em primeiro lugar, porque parece óbvio que, ao se falar em "ordem jurídica", o que se tem em mente é o conjunto de todas as normas jurídicas vigentes no âmbito de um determinado território soberano. Em segundo lugar, porque a menção a uma "ordem constitucional" pode ser facilmente traduzida como uma referência ao conjunto de todas as normas jurídicas integrantes da Constituição adotada por um determinado Estado soberano – seja esta tanto uma Constituição em sentido formal como em sentido material.

Não obstante, falar numa "ordem constitucional federativa", diferentemente do que ocorre naqueles dois contextos, requer que sejam feitos alguns esclarecimentos prévios,

---

157 Losano, 2002, p. 202.
158 Guastini, 2005, p. 183

especialmente porque, embora em geral se esteja habituado com o termo "ordem", não existe um uso consolidado da expressão "ordem constitucional federativa".

De um modo geral, "ordem" é uma palavra que conota forma, conexão, sistema, regularidade, ordenação, disciplina, proporção, normalidade, naturalidade, estrutura, equilíbrio, ritmo, razão.[159] Embora nenhum desses sentidos se mostre totalmente satisfatório para os fins deste trabalho, neles se percebe a íntima conexão do termo com diversas idéias que frequentam o universo do Direito. O que se quer, no entanto, é encontrar um sentido que seja não apenas pertinente, mas também operacional.

Numa primeira aproximação, pode-se afirmar, com Saldanha, que, se cada um dos setores da vida social integra uma ordem (a ordem econômica, a política, a jurídica, por exemplo), para compreender-se um fato ocorrido em qualquer destes setores será preciso situá-lo na ordem em que o mesmo efetivamente ocorreu: na econômica, na política, na jurídica, e assim por diante.[160]

Nesse contexto, saber situar um determinado fato da vida no seu devido campo de ocorrência pode ter relevância para a compreensão do seu significado no contexto da respectiva ordem. Para tanto, além da compreensão do próprio fato em si, necessita-se também da pré-compreensão da ordem na qual se pretende enquadrá-lo, com a finalidade de saber, em caso de correspondência entre ambos, o que a ordem tem a dizer acerca do mesmo.

No caso do Direito, "ordem jurídica" significa um conjunto ou sistema de normas. Desse modo, sempre que determinados fatos são referidos àquela expressão, é porque os mesmos já foram tidos por "ordenados" e, portanto, objeto de disciplina normativa.[161]

Assim, ao se falar em ordem jurídica, tem-se em mente a possibilidade de situar determinados fatos no âmbito do jurídico, em cuja perspectiva tais fenômenos podem ser mais bem apreciados do ponto de vista do Direito.

Por isso, afirma Saldanha que, no caso do Direito, toda interpretação, referente a um fato ou a uma norma, implica um conhecimento pré-compreensivo da ordem dentro da qual *ocorre* o fato ou *vigora* a norma. Daí que a referência à respectiva ordem é

---

159 Para um inventário das noções correlatas ao termo "ordem", ver Saldanha, 2003, p. 29-31. Para outros sentidos análogos, consultar o *Dicionário analógico da língua portuguesa*, de Francisco Ferreira dos Santos Azevedo. Para um registro de diversos usos ambíguos do vocábulo, cf. Grau, 2003, p. 49 e ss.

160 Saldanha, 2003, p. 265.

161 Grau, 2003, p. 58.

metodicamente necessária para se ter uma visão adequada dos contornos gerais do objeto a ser interpretado e, assim, saber-se de fato se este objeto a ela pode ser reportado.[162]

Parafraseando Saldanha, o fato de ser uma *ordem* significa que o Direito organiza preceitos de vigência conforme um determinado plano geral, no qual é possível encontrar não apenas princípios e valores fundantes, entre outras formas de manifestação normativa, mas também os próprios referentes sociais onde assenta a ordem jurídica e que formam o seu contexto social de aplicação.[163]

Nesse sentido, o ordenamento jurídico – como de resto a própria ordem constitucional –, *sendo ordem* e tendo convívio com contextos sociais, envolve valores e reflete padrões de conduta; e *sendo estrutura*, constitui organização de princípios, regras, técnicas e finalidades.[164]

No âmbito do Direito, uma série de outros secionamentos também são feitos no bojo da própria ordem jurídica – tanto pelo legislador quanto pelo intérprete – como forma de facilitar a compreensão dos fenômenos jurídicos. Nesse sentido, fala-se em ordem constitucional, ordem social, ordem econômica, ordem cultural, entre outras tantas.

Restringindo-se o discurso a somente uma dessas possibilidades, tem-se que determinados fatos pertencentes ao universo jurídico integram igualmente e de maneira especial um setor particular da ordem jurídica, como é o caso da ordem constitucional.[165] O enquadramento de tais fenômenos nesta ordem setorizada permitirá, por sua vez, a sua melhor compreensão, desta feita conforme o ponto de vista do Direito constitucional.

Desse modo, para citar-se um exemplo, ante um determinado conflito institucional envolvendo o Poder Executivo e o Parlamento, acaso se entenda que, para além do seu aspecto político, o problema também é de natureza jurídica, a sua interpretação e possível solução dependem do correto enquadramento do problema na ordem jurídica. E se no seio desta constatar-se que o problema é de natureza constitucional, então é na ordem constitucional que a solução do problema deverá ser buscada.

Resta agora determinar o sentido com que é possível e útil se falar numa "ordem constitucional federativa".

---

162 Sandanha, 2003, p. 266.
163 Saldanha, 2003, p. 176.
164 Saldanha, 2003, p. 180.
165 Mas como os setores da ordem jurídica não são estanques, não é raro que muitas vezes um determinado fato venha a integrar diversos setores ao mesmo tempo.

Partindo-se de um uso estipulativo da linguagem,[166] ordem constitucional federativa quer significar no contexto deste trabalho o *conjunto das normas constitucionais acerca da forma federativa de Estado*.

Assim, no âmbito da Constituição de 1988, um microssistema representado por esse conjunto das normas que densificam a forma federativa de Estado, estabelecendo as determinantes positivas e negativas do regime constitucional federativo brasileiro, é que será aqui sinteticamente denominado *ordem constitucional federativa*.[167]

Quanto à sua configuração sistemática, embora a ordem constitucional federativa represente um conjunto de normas dentro da Constituição formal, ela não conta com uma parte sistemática própria no âmbito desta, de maneira que suas normas apenas poderão ser identificadas no conjunto das outras normas constitucionais por conta de sua identidade materialmente federativa.

Quanto à sua configuração normativa, a ordem constitucional federativa é caracterizada, tanto quanto o sistema constitucional no qual se insere, por ser um microssistema de caráter *formal*, *supremo*, *rígido* e *aberto* (e, sendo aberto, também é *indeterminado* e *incompleto*), podendo ser diferenciado dos demais setores da ordem jurídica global por sua condição a um só tempo formalmente constitucional e materialmente federativa.[168]

A condição *formalmente constitucional* da ordem constitucional federativa resulta da chamada *reserva material de Constituição* (item 2.1.2.3, *supra*) que no caso do Direito constitucional brasileiro vigora também no tocante à forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I, CF).

Tal reserva de Constituição vale para todos os aspectos da forma federativa, ressaltando-se, especialmente no contexto deste trabalho, a proteção deferida ao tema dos limites constitucionais à autonomia dos Estados-membros, aspecto, aliás, muito bem apreendido por Melo Filho: "[a]penas a Carta Federal é que pode, validamente, restringir a

---

166 Conforme registra Ferraz Jr, uma definição é feita de modo *estipulativo* quando se propõe um novo uso para uma expressão, fixando-lhe arbitrariamente o conceito. Para o autor, estipulações não devem ser avaliadas pelo critério da verdade, mas sim pelo da sua *funcionalidade*, conforme o objetivo de quem define (Ferraz Jr, 1993: 38).

167 A Constituição autoriza o uso do termo "ordem" ao dele se valer em diversas oportunidades, embora nem sempre com o mesmo significado ("ordem constitucional", "ordem pública", "ordem econômico-financeira", "ordem jurídica", "ordem política e social", "ordem social").

168 A despeito das referências textuais a "sistema constitucional", "ordem constitucional federativa", "microssistema" e "subsistema normativo", parte-se do pressuposto de que a Constituição representa uma *unidade orgânica*, uma totalidade coerente em si mesma, sendo intenção da pesquisa reconstruir esse sistema com os meios de investigação sugeridos pela experiência jurídica e com o instrumental teórico da dogmática.

autonomia dos Estados-Membros, em face do caráter constitucional de que esta se reveste".[169]

Já a condição *materialmente federativa* daquele conjunto normativo decorre dos *assuntos* por ele regulados, os quais, por conseguinte, definirão o *âmbito material de vigência* da ordem constitucional federativa.

Tais assuntos referem-se a todos aqueles temas incorporados na fórmula constitucional federativa. Considerando-se que nessa matéria a *autonomia política* configura um instituto central, então é possível divisar como um critério relevante na identificação da *matéria federativa* o fato de uma determinada norma constitucional *qualificar ou atribuir uma consequência jurídica às autonomias políticas dos entes federativos*.

A ordem constitucional federativa perfaz, assim, um microssistema normativo de um sistema jurídico mais abrangente, que é a ordem constitucional brasileira. Tanto esta como aquela se destinam à disciplina de determinados fatos concretos – no caso da ordem constitucional como um todo, a disciplina refere-se a *todos os fatos relevantes do ponto de vista de uma regulação constitucional*, o que também inclui, e desta feita já no campo da ordem constitucional federativa, *todos os fatos relevantes na perspectiva do regime constitucional das autonomias políticas*.

Em síntese, a ordem constitucional federativa constitui o conjunto de normas jurídicas formalmente constitucionais e materialmente federativas, o que significa dizer que é composta por *normas com assento na Constituição formal de 1988, e dedicadas à disciplina da autonomia político-constitucional dos entes federativos*.

A seguir, será abordado o relevante problema da sua completude.

3.3. Posições favoráveis a uma completude da ordem constitucional federativa

Diante das características da ordem constitucional federativa antes apresentadas – que, aliás, não destoam daquelas atribuídas à própria ordem constitucional na qual se insere –, não parece apropriado defender que *todas* as questões jurídicas envolvendo a forma federativa de Estado tenham recebido da Constituição Federal brasileira de 1988 (a) *uma solução que possa ser considerada expressa* ou, (b) ainda que expressa, *uma solução que seja também considerada clara, evidente ou inequívoca*.

No primeiro caso, afirmar que sim – ou seja, que todas as questões federativas teriam uma resposta constitucional expressa – seria o mesmo que dizer que para cada

[169] Mello Filho, 1986, p. 95.

situação fática relevante do ponto de vista da Federação a ordem constitucional federativa associaria uma consequência jurídica válida, sendo, nesse sentido, completa.

No segundo caso, continuar sustentando que sim – isto é, que todas aquelas questões contariam com uma resposta constitucional evidente ou inequívoca, independentemente de ser expressa ou implícita – significaria dizer que nenhuma das eventuais normas reguladoras dessas situações se apresenta ao intérprete como normas vagas, imprecisas ou indeterminadas, sendo todas, nesse aspecto, semanticamente *precisas*.

Não bastassem as já aqui trabalhadas características da abertura horizontal e da abertura vertical que contaminam seja a ordem constitucional, seja a ordem constitucional federativa, o jurista com alguma experiência na jurisprudência constitucional brasileira sobre federalismo sabe, no entanto, que a ordem constitucional federativa não se comporta daquelas duas formas antes propagadas. Ou seja, nem veicula uma norma para cada situação concreta possível respeitante à forma federativa de Estado, nem, quando veicula alguma resposta, oferece-na de maneira clara, evidente ou inequívoca.

A despeito disso, pululam seja na doutrina, seja na jurisprudência, determinadas orientações voltadas a afirmar o fechamento da ordem constitucional federativa. As principais posições nesse sentido - aqui chamadas de "simetrista" e "autonomista" – serão abordadas a seguir.

Após elas, far-se-á um primeiro esboço da orientação seguida neste trabalho, a qual buscará evitar os erros de ambas aquelas correntes, numa tentativa de alinhavar uma proposta de consenso, que realize, além disso, uma leitura constitucionalmente adequada de alguns problemas federativos. A essa orientação chamar-se-á "posição analogista".[170]

3.3.1. A posição simetrista

A mais evidente tentativa de se estabelecer o fechamento da ordem constitucional federativa, especialmente no tocante ao problema dos limites constitucionais à autonomia do Estado-membro, é representada pela posição ora denominada de *simetrista*.

Essa posição está por trás de todas as interpretações baseadas num suposto "princípio da simetria", fielmente traduzido por Tavares nos seguintes termos: "A doutrina e a jurisprudência constitucionais comumente referem-se a um 'princípio da simetria', mais

[170] É preciso que se esclareça que essas supostas concepções teóricas não foram catalogadas pelas fontes doutrinárias disponíveis tal como serão apresentada no corpo do texto. Neste trabalho, aquilo que será associado a essas concepções consiste antes num apanhado de determinadas posturas frequentemente encontradas entre alguns doutrinadores, as quais serão reunidas aqui para efeitos meramente didáticos, como se formassem um modelo teórico aparentemente encadeado e coerente.

corretamente, uma obrigação geral implícita de simetria, por parte dos Estados membros e Municípios, na elaboração de seus diplomas máximos, com o modelo federal estabelecido pela Constituição do Brasil".[171]

Sem correspondente nas teorias da completude do ordenamento jurídico global antes esboçadas, a posição simetrista baseia-se na idéia de que os Estados-membros submetem-se às normas da Constituição Federal estabelecidas para situações envolvendo a União, sempre que não houver uma norma constitucional específica que lhes seja expressa e diretamente aplicável em situações consideradas ou presumidas equivalentes.

Segundo esse entendimento, para qualquer hipótese de fato em que a Constituição silencie em relação aos Estados, mas não em relação à União, aplica-se àqueles entes locais a mesma solução constitucionalmente estabelecida para esta.[172]

Nesse sentido, o silêncio da Constituição é interpretado como presumidamente determinante de uma igualação entre as duas situações jurídicas, como se no texto constitucional houvesse implíctita uma vontade favorável a essa equiparação (algo como uma "norma geral inclusiva *necessária*").[173]

Conforme inicialmente assinalado, os defensores dessa proposta têm afirmado a existência de um "princípio da simetria", segundo o qual as entidades federativas "menores"[174] devem corresponder, *tanto quanto possível*, ao formato traçado para a União pela Constituição da República Federativa.[175]

No entanto, dizer que a correspondência entre Estados e União deve dar-se "tanto quanto possível" não exime a responsabilidade argumentativa pela não indicação das medidas e circunstâncias em que tal equivalência seria ou não cabível.

---

171 Tavares, 2010, p. 1109, onde o autor também registra que a obrigação subjacente ao "princípio da simetria" "é extremamente duvidosa".

172 A mesma leitura é compartilhada por Ferreira Filho, que, a propósito da versão jurisprudencial do "princípio da simetria", assim se manifesta: "[O Supremo Tribunal Federal] identificou na Lei Maior um *princípio de simetria*, em razão do qual impõe aos Estados e Municípios seguir o modelo federal na sua institucionalização. Assim, por exemplo, embora a Constituição não obrigue (ao menos expressamente) tais entes a obedecer às normas previstas para a elaboração das leis federais, pelo princípio da simetria o Supremo Tribunal Federal os força a fazê-lo" (2009, p. 289-290).

173 Pode-se dizer que essa uma "norma geral inclusiva *necessária*" constituiria a norma de clausura do modelo simetrista.

174 Embora todos os entes federativos sejam autônomos nos termos da Constituição (art. 18, *caput*, CF), a posição simetrista costuma ver os entes federativos parciais ou locais dotados de uma "menor" grandeza. Tal vício tem seu antecedente numa antiga imagem que associava os Estados-membros a "miniaturas de Estado".

175 No conceito de "princípio da simetria" capturado por Araujo e Nunes Júnior, a expressão "tanto quanto possível" está consignada: "O princípio da simetria, segundo consolidada formulação jurisprudencial, determina que os princípios magnos e os padrões estruturantes do Estado, segundo a disciplina da Constituição Federal, sejam, *tanto quanto possível*, objeto de reprodução simétrica nos textos das Constituições estaduais" (destacamos) (2005, p. 14-5). Perceba-se, a propósito, a variação apresentada em relação ao conceito delineado por Tavares (2010, p. 1109).

Adotam argumentos simetristas todos aqueles que, sem o justificar, reputam como diretamente aplicável aos Estados uma disciplina que, textualmente, apenas a União deveria alcançar, por somente a esta dizer respeito.[176]

Como se vê, a posição simetrista defende a todo custo uma espécie de norma geral inclusiva *necessária*, pela qual a igualação das situações envolvendo Estados e União (sempre neste sentido, e jamais igualando União a Estados) é alçada a um patamar praticamente absoluto.

Em face do quadro apresentado, podem-se mencionar as seguintes deficiências da concepção simetrista:

(i) apresentação da ordem constitucional como *totalmente fechada e livre de lacunas*: de fato, a posição simetrista presume que a Constituição Federal resolve *a priori* todas as questões federativas envolvendo o problema dos limites constitucionais à autonomia estadual, não carecendo, nesse aspecto, de qualquer complementação normativa;[177]

(ii) presunção de um *constituinte onisciente* e de uma *Constituição onipresente* (ou *onicompreensiva*):[178] ao atribuir à ordem constitucional a existência de uma autêntica *norma de clausura* (ao feitio de uma "norma geral inclusiva *necessária*"), a posição simetrista acaba tranformando o legislador em onisciente e a Constituição em onipresente; para muitos, esta norma de clausura estaria implícita (mas há também quem a considere explícita!) na parte final do artigo 25, *caput*, da Constituição Federal;[179]

(iii) *vulgarização e subestimação das questões federativas* sem solução constitucional evidente: uma vez que no silêncio da Constituição todos os casos seriam afetados por uma norma geral inclusiva de caráter praticamente absoluto, de forma que toda e qualquer questão estaria estritamente regulada num determinado sentido pré-concebido (Estado = União), então *todos* aqueles casos, mesmo os mais difíceis, seriam

---

176 Não há necessidade aqui de enumerar nomes, especialmente porque essa postura já conta com evidente notoriedade.

177 Subjacente à posição simetrista, estaria aquela postura interpretativa, criticada por Miranda, segundo a qual a Constituição formal somente aceitaria, de um lado, *situações juridicamente reguladas de forma expressa ou tácita*, e, de outro lado, *situações extraconstitucionais* sujeitas, por exemplo, a uma "reserva de *praxis* política", "e não também lacunas, susceptíveis de integração pelos métodos específicos de trabalho dos juristas" (1996, p. 268).

178 No primeiro caso, o constituinte "conhece todos os fatos e condutas, nada lhe escapando, sejam eventos passados, presentes ou futuros"; no segundo caso, a Constituição "tudo regula, explícita ou implicitamente" (Ferraz Jr, 1993, p. 255).

179 "Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, *observados os princípios desta Constituição*" (destacamos). Afirme-se, a propósito, que a frase "observados os princípios desta Constituição" nem com muito esforço poderia significar "copiados os moldes da União".

automaticamente tranformados em casos fáceis, que passariam a contar, assim, com uma solução *evidente*;

(iv) *unilateralidade interpretativa*: ao estabelecer uma *presunção* de que toda e qualquer situação envolvendo Estados com um mínimo de paralelismo com outra situação envolvendo a União deve ser resolvida nos mesmos termos constitucionais definidos para esta, a posição simetrista adota uma postura interpretativa unilateral e, por isso, reducionista;

(v) *superficialidade comparativa*: a posição simetrista tende a equiparar Estados à União baseada em notas meramente superficiais e, às vezes, artificiais;

(vi) *desigualdade de tratamento federativo*: ao igualar indistintamente *todas* as situações envolvendo os Estados àquelas que paralelamente envolvem a União, a posição simetrista pode estar tratando de forma igual determinadas situações que em verdade exigiriam um tratamento diferenciado;

(vii) *presunção de erro do legislador constituinte*: ao assumir que toda norma constitucional voltada à União *diz menos* do que deveria dizer, já que deveria abranger também os Estados, a posição simetrista transforma todas as cláusulas constitucionais envolvendo o ente central em cláusulas passíveis de interpretação extensiva e, nesse sentido, defeituosas quanto à sua abrangência pessoal;[180]

(viii) *aprisionamento da autonomia estadual*: de tão arraigada que é à figura da União, a posição simetrista ultrapassa o limite do razoável ao defender que nenhum passo pode ser dado pelos Estados sem que antes não o tenha feito a entidade central; nesse sentido, esse aprisionamente completa, junto com a unilateralidade interpretativa (iv), uma espécie de "encarceramento" da autonomia estadual.

Estas não constituem todas as falhas dessa postura interpretativa, mas certamente estão entre as mais graves. É preciso seguir adiante, porém, na catalogação das tentativas de resposta ao problema da completude no âmbito da ordem constitucional federativa, desta vez fazendo referência a uma postura antípoda da simetrista – a "concepção autonomista" –, que, conforme se verá, também apresenta os seus problemas.

---

[180] Tal erro faz lembrar o alerta de Bobbio: "Caso se quisesse, numa concepção coerentemente voluntarista, atribuir ao legislador uma vontade presumida na ocorrência de uma espécie imprevista, semelhante a outra prevista, dever-se-ia presumir não uma vontade idêntica, mas sim uma vontade contrária, se não de uma presunção absoluta, pelo menos de uma presunção relativa, enquanto não se conseguir demonstrar que a lacuna não se deveu a intenção, mas a erro" (*apud* Betti, 2007, p. 95).

3.3.2. A posição autonomista

Na tentativa de justificar o fechamento da ordem constitucional federativa, muitos autores invocam argumentos que mais parecem uma adaptação da teoria da norma geral exclusiva para o âmbito daquele microssistema constitucional. Ao conjunto desses argumentos, aqui apresentados como se fossem uma versão adaptada daquela teoria, pode-se chamar de *posição autonomista*.

Conforme essa postura, a Constituição da República conteria uma norma geral segundo a qual tudo o que não é expressamente obrigatório ou proibido aos Estados-membros está necessariamente permitido a esses entes. Trata-se, como se vê, de uma posição baseada numa espécie de *norma geral exclusiva* de caráter implícito e garantidora de uma pretensa autonomia a ser assegurada a qualquer custo.

Para ilustrar a posição autonomista, considera-se oportuno transcrever a contundente opinião de Souza Junior:

> [N]o Brasil vem se pretendendo, sob o mesmo *nomem iuris* de 'simetria', *sujeitar* os Estados e, até mesmo, os Municípios àquele molde da organização formal institucional ditado, pela Constituição, à União! Ou seja, sob o pálio do termo técnico 'simetria', vem se defendendo, entre nós, a '*uniformidade* orgânico-institucional' entre União, Estados e Municípios! Ora, essa tese é frontalmente *antifederativa*. Violenta o poder essencial de auto-organização das unidades de uma federação, naquilo que não lhes seja vedado pela Constituição. Evidente que, onde a Constituição determine *uniformidade*, essa deve firmar-se. Entretanto, é da essência mesma da federação – um de seus princípios fundamentais – a autonomia organizativa. *Inexistindo comando supremo* [se de caráter expresso ou implícito, o autor não esclarece] *que oponha exceção, hão de prevalecer o poder de auto-organização das unidades e as decisões tomadas com base nesse poder*.[181]

Assim, nos termos dessa posição, os Estados-membros seriam livres para exercer sua autonomia em tudo aquilo que não lhes fosse constitucionalmente vinculante em termos estritamente expressos, o que significa dizer que, ao menos em tese, tais entes *não poderiam* ser submetidos, por exemplo, a limitações constitucionais implícitas.[182]

---

[181] Souza Junior, 2007, p. 24-5.

[182] Admitindo, todavia, "vedações implícitas" ou "princípios implícitos", cf. Ferraz, 1979, p. 134, e Ferreira Filho, 2009, p. 28.

É certo a Constituição Federal contém uma pluralidade de *regras* constitucionais voltadas à disciplina de questões específicas relacionadas aos Estados-membros. Tais regras, antecipando-se ao próprio constituinte estadual,[183] dispõem sobre uma série de aspectos dos órgãos, instituições, procedimentos e outras componentes da organização estadual, suprimindo, em relação àquilo que regulam, o poder de *auto*-organização daqueles entes.

A presença dessas regras no texto constitucional motivou alguns autores a afirmar que o constituinte federal teria pretendido regular à exaustão o conjunto daquelas questões. Segundo essa perspectiva, ao submeter aqueles aspectos institucionais à prévia regulação central, o constituinte teria pretendido reservar todas as demais possibilidades regulatórias à *livre disposição* dos Estados-membros.

Esse posicionamento, muito provavelmente pelo seu pretenso resultado favorável a um maior nível de liberdade para os Estados, conta com a simpatia de um grande número de adeptos, o que, todavia, não o torna imune a críticas.[184]

Essa histórica apropriação das instituições jurídico-políticas dos Estados-membros pelas Constituições Federais não traduz necessariamente uma decisão pela disciplina exaustiva desses assuntos em cada período. As regras de "preordenação" podem também significar que, quando da feitura de uma determinada Constituição Federal, foram estas as questões que o constituinte, seja com base nos textos constitucionais anteriores, seja a partir da experiência institucional até então vivenciada, foi capaz de ter em mente. Desse modo, aquilo que escapar a essa inicial previsão, se de um lado pode constituir um espaço de livre desenvolvimento para as autonomias estaduais, de outro também pode configurar um caso de lacuna involuntária do constituinte.[185]

Para além das regras de "preordenação", a opção do constituinte federal pode não ter sido, como querem os autonomistas, reservar aos Estados um espaço *absoluto* de livre atuação, mas, bem ao contrário, o constituinte pode ter pretendido prevenir algumas "patologias constitucionais" quando, ao sujeitar os Estados-membros a um processo de intervenção, deixou-os sob a permanente vigilância dos chamados "princípios constitucionais de intervenção" (art. 34, VII, CF), sem falar ainda em tantos outros princípios constitucionais e nos demais procedimentos judiciais de fiscalização da autonomia estadual.

---

183 Daí a consagrada nomenclatura utilizada para nomeá-las: "normas de preordenação institucional".

184 Também aqui, pelas mesmas razões anteriormente declinadas, a citação de nomes será dispensada.

185 O tema das lacunas involuntárias será retomado oportunamente.

Projeções da teoria da norma geral exclusiva estão presentes nas seguintes interpretações da ordem constitucional federativa frequentemente sustentadas pela posição autonomista:

(1) Se a Constituição Federal não disciplinou expressamente uma certa conduta autônoma de um determinado ente federativo (e, portanto, não a teve como obrigatória ou proibida), então essa conduta está permitida (lembrando-se, porém, que apenas num sentido fraco).

Conforme essa interpretação, se a Constituição Federal estabeleceu as condutas *x* e *y* como obrigatórias ou proibidas, mas não fez o mesmo em relação à conduta *z*, por exemplo, é porque se quis que esta última fosse de livre exercício e conformação pelo ente federativo. Em termos práticos, tudo aquilo que a Constituição Federal não considera expressamente obrigatório ou proibido, está implicitamente permitido.[186]

Este é o caso, por exemplo, do argumento usado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento sobre a adoção de medidas provisórias pelos Estados-membros.

> [A]noto que a Constituição de 1967 (EC 1/69), em suas Disposições Gerais e Transitórias, dispunha no parágrafo único do artigo 200 que 'as Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis'. Por seu turno, a Carta de 1988 não impôs restrição aos Estados-membros quanto ao uso das medidas provisórias.
>
> [...]
>
> Ora, se a Constituição federal foi silente em relação às espécies normativas que poderiam ser editadas pelos Estados, não cabe colocar a questão em termos de interpretação restritiva ou ampliativa de preceito inexistente.[187]

Passe-se à segunda projeção da norma geral exclusiva, na versão comumente defendida por autonomistas.

(2) Se a Constituição Federal estabeleceu expressamente uma determinada conduta autônoma em relação a um ente federativo (e, portanto, tomou-a como obrigatória ou proibida), mas não fez o mesmo em relação à conduta semelhante de outro ente federativo, então essa conduta semelhante deste ente federativo está permitida (recorde-se, novamente, que apenas num sentido fraco).

---

[186] Nesse sentido, é bastante esclarecedora a crítica de Engisch: "[m]as vai-se demasiado longe quando secamente se enuncia um 'princípio geral negativo' segundo o qual, sempre que não esteja prevista uma consequência jurídica no Direito positivo, a aplicação desta consequência jurídica é *eo ipso* inadmissível" (1996, p. 282).

[187] ADI 425, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, *Ementário n. 2137-1*, p. 24 e 26.

Conforme essa interpretação, aquilo que é obrigatório ou proibido para um determinado ente federativo, apenas o será em relação a ele próprio, mesmo que a situação que o envolva seja semelhante àquela vivenciada por outro ente federativo e que nos dois casos as situações estejam subordinadas a um princípio constitucional comum ou homogêneo, do qual deriva a primeira obrigação/proibição.

Nessa segunda interpretação, jamais seria possível resolver uma questão federativa mediante analogia e, portanto, também não seria possível tratar os entes federativos como substancialmente iguais.

Diante do quadro acima exposto, convém apresentar algumas das possíveis ressalvas à posição autonomista:

(i) a *pressuposição do caráter exaustivo das regras* constitucionais estabelecedoras de limites à autonomia estadual: a posição autonomista promove uma interpretação meramente literal da Constituição, muitas vezes desprezando tanto a existência de lacunas como a incidência de alguns princípios constitucionais, de forma a reduzir a normatividade constitucional em matéria federativa tão-somente a um pequeno número de regras expressas;

(ii) o *desprezo aos princípios constitucionais materiais* como limites à autonomia estadual: a posição autonomista ignora a regulação constitucional por princípios, na medida em que, a não ser por um punhado de regras expressas densificadoras de normas principiológicas, não vislumbra qualquer limite à autonomia estadual que não decorra de uma regra expressa;

(iii) *incapacidade de justificar* a incidência de outros princípios que não o da autonomia: vê-se no princípio da autonomia uma diretriz material – que ele na verdade não é, visto se tratar de um princípio formal ou de competência – dotado de um caráter quase absoluto, o que, por sinal, é incompatível com o dever constitucional de observância a determinados princípios constitucionais materiais ou substanciais;[188]

(ii) adoção de uma interpretação meramente literal: ao tomar a Constituição como um sistema composto apenas por regras, a posição autonomista faz uma leitura meramente literal e restritiva do texto constitucional;

(iv) enquadramento da ordem constitucional como simultaneamente "aberta e fechada": ao sempre "fechar" a Constituição em prol da autonomia estadual (= todas as

[188] Sobre a distinção entre princípios materiais e formais e o condicionamento destes em relação àqueles, cf. Alexy, 2008. Em sentido próximo, a distinção entre princípios substantivos e institucionais constante de Atienza e Manero, 2007.

condutas estaduais não expressamente previstas consideram-se reguladas como livres), a posição autonomista simultaneamente "abre" a Constituição para além do que caberia (= todas as condutas estaduais não expressamente reguladas caem no domínio de um espaço "extraconstitucional");

Uma outra deficiência da posição autonomista, esta ainda mais grave, consiste em negligenciar determinados preceitos constitucionais que *militam contra* a existência dessa norma geral exclusiva necessária e implícita na ordem constitucional federativa. Trata-se daquele conjunto de preceitos que estabelecem não apenas a *subordinação* dos Estados-membros a uma série de princípios constitucionais (art. 25, *caput*, CF, e art. 11, ADCT), como também os submetem a diversificados modelos de fiscalização judicial relacionada à observância desses princípios (arts. 97, 102, I "a", § 1º, 102, III, 103, § 2º, CF).

Nesse sentido, se diante de uma determinada questão federativa sem resposta fosse dado aos Estados-membros simplesmente agir conforme a mais plena liberdade, que significado normativo haveria na previsão constitucional de submissão desses entes federativos a determinados princípios constitucionais eventualmente incidentes naquela questão, bem como a determinados mecanismos de controle? Aqueles que adotam a postura autonomista geralmente não enfrentam esse problema.

Ademais, a posição autonomista ainda inverte a lógica do instituto constitucional da autonomia, pois, ao desconsiderar uma série de limitações constitucionais materiais indiretas ou implícitas, acaba aproximando a autonomia estadual de uma *quase soberania*. E isso não apenas contraria o sistema constitucional positivo, como ainda desvirtua o próprio conceito teórico de autonomia – *que implica necessariamente limites, para além de poderes ou faculdades*.

3.3.3. A posição analogista

Por fim, segundo uma terceira forma de ver as coisas, a ordem constitucional federativa, além de uma norma geral exclusiva, conteria também uma *norma geral inclusiva*.

Segundo essa concepção, as condutas estaduais não expressamente reguladas pela Constituição, mas que conforme o plano constitucional de algum modo deveriam ter sido nela previstas (ou pelo menos deveriam ser com base nela decididas à luz de algum princípio), submetem-se àquelas disposições constitucionais estabelecidas para outras situações semelhantes em algum aspecto considerado relevante para a regulação.

Um exemplo de argumento analogista pode ser extraído de Amaral Júnior:

> Especificamente no que toca à decretação de urgência no âmbito estadual, o mais importante desses princípios é a necessária e obrigatória submissão da medida provisória estadual à Assembléia Legislativa para conversão em lei. Isso porque a conversão em lei é, a um só tempo, elemento integrante e mecanismo garantidor da separação dos Poderes tal qual concebida pela Constituição de 1988. Com efeito, o esquema constitucional tem na imediata intervenção do Parlamento a melhor garantia contra abusos na decretação de urgência. Assim, a submissão da medida provisória estadual à Assembléia Legislativa para conversão em lei necessária e obrigatoriamente deverá constar do processo legislativo estadual, até porque a separação dos Poderes é cláusula inabolível, e o é relativamente a qualquer das esferas da federação.[189]

Conforme se vê, a posição analogista aproxima-se da teoria da norma geral inclusiva, e, tal como esta, pressupõe que a clausura de um sistema jurídico poderia ser alcançada com base numa norma que, a propósito da ordem constitucional federativa, já poderia ser assim formulada:

- *São permitidos aos entes federativos todos aqueles comportamentos que não são obrigatórios ou vedados, exceto aqueles que podem ser considerados semelhantes aos obrigatórios ou vedados em relação a outros entes federativos*.[190]

Desse modo, diante de uma questão federativa considerada lacunosa ou difícil, o órgão julgador deveria recorrer às normas constitucionais que regulam outros casos considerados análogos ou semelhantes em relação aos demais entes federativos,[191] fazendo aplicar, quando fosse o caso de uma semelhança relevante, um critério de decisão paralelo construído mediante analogia.[192]

Nesse sentido, tanto faz se o ente federativo destinatário da norma paradigma é a União, um Estado-membro ou uma outra categoria de ente federativo. O que importa é que o modelo normativo utilizado para a comparação (uma regra ou um precedente, tanto faz) tenha fundamento constitucional e possa ser aplicado a uma outra situação por força do princípio da isonomia.

Nega-se, assim, a existência na Constituição Federal de um "princípio geral de simetria" a impor aos Estados-membros a observância dos modelos normativos da União, por se entender que a Constituição da República estabelece, na realidade, um sistema de

---

189 Amaral Júnior, 2004, p. 196-7.
190 Por adaptação a partir de Bobbio, 1995, p. 215.
191 Cf. Bobbio, 1990, p. 135.
192 Cf. Bobbio, 1990, p. 136.

princípios condicionantes da própria forma de organização estatal, a ser observado por toda entidade que se enquadre em tal paradigma, o que, numa Federação, corresponderá a todos os entes federativos, desde o ente central, a União, passando pelos entes regionais, os Estados-membros e o Distrito Federal, e chegando até os entes locais, os Municípios, em conformidade com o modelo pátrio de Estado Federal.

A posição analogista não tem as mesmas fragilidades que as duas posições anteriores. Ao contrário, procura evitar todas as suas mazelas. Mas nem por isso se pode ocultar os seus possíveis pontos de resistência:

(i) incerteza quanto às circunstâncias em que se deve aplicar o argumento analógico ou o argumento *a contrario*: isso ocorre porque nem sempre o sistema jurídico diz ao intérprete quando duas situações podem ser consideradas semelhantes para efeito de analogia;

(ii) atribuição dessa decisão primeiramente ao legislador e, caso este não o faça ou não o faça corretamente, ao órgão judicial em caso de necessário julgamento de uma questão: nesses aspecto, a posição analogista pode ser combatida pelo fato de nos casos limite depender-se de uma intervenção judicial para resolver um caso difícil ou lacunoso;

(iii) existência em muitos casos de pautas mínimas para a decisão: valer-se da analogia, ainda que sob as coordenadas do princípio da igualdade, é sempre "fazer muito com pouco".

Essas fragilidades beneficiam-se, no entanto, do instrumental teórico da analogia, que, não consistindo numa operação exata, auxilia, ao menos, na tomada de uma decisão minimamente aceitável em termos racionais.

Como a posição analogista permeará todo o trabalho, deixar-se-á para construir mais solidamente essa concepção ao longo das póximas pastes sistemáticas desta exposição.

4. Crítica ao dogma da completude

Mesmo em face dos quadros teórico e normativo apresentados, a completude de um sistema jurídico não deixa de ser uma exigência algo controversa, como controversa também é, em contrapartida, a própria existência de lacunas.[193]

Nesse sentido, Larenz afirma que "[s]empre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de

[193] Guastini, 2006b, p. 28. Bronze chega a afirmar que o debate acerca do problema das lacunas tem perdido a atualidade (2006, p. 952).

regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei", o que, em outras palavras, siginifica dizer que "toda a lei contém inevitavelmente 'lacunas'".[194] Por isso, acrescenta Canaris, "a formação de um sistema completo numa determinada ordem jurídica permanece sempre um objectivo não totalmente alcançado".[195]

Diante disso, apesar de todos os esforços – tanto legislativos como dogmáticos – comumente realizados no sentido de apregoar o dogma da completude, trata-se de um postulado que não se mostra totalmente fundamentado, pelo menos quando considerado o ordenamento jurídico em seu conjunto.[196]

Conforme observado por Heller, o sistema jurídico jamais se apresenta ao jurista como algo livre de lacunas e contradições, "como una realidad que apareciera, pronta ya, ante sus ojos"; um tal sistema somente existe de maneira ideal, como objeto – e resultado – de sua própria interpretação.[197]

Na mesma linha, Salguero registra que um sistema jurídico não é completo em realidade, mas há de sê-lo no plano ideal como forma de simultaneamente explicar, fundamentar e atribuir razão ao sistema jurídico. Nesse sentido, o pressuposto da plenitude não deixa de ser um modelo racional "que, por tanto, nunca ha tenido efectividad real". E mais do que isso, um modelo falacioso, na medida em que faz derivar a completude da própria exigência de... completude![198]

Diante disso, não deixa de chamar atenção o fato de o dogma da completude resultar de uma série de postulados recebidos pelo próprio sistema jurídico positivo, e, ao mesmo tempo, esse mesmo sistema igualmente reconhecer que o legislador não é capaz de prever em normas jurídicas todas as situações relevantes do ponto de vista do Direito.[199]

A esse propósito, relembre-se o citado artigo 126 do Código de Processo Civil, desta feita na sua redação integral e, logo, com a transcrição da sua parte final, antes omitida: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; *não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*" (destacamos).[200]

---

194 Larenz, 1997: 519.
195 Canaris, 1989, p. 199.
196 Guastini, 2005, p. 182.
197 Heller, 1987, p. 285.
198 Salguero, 2002, p. 34-5.
199 Salguero, 2002, p. 33-4.
200 A parte final do já citado artigo 108 do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil simplesmente repete essa redação em destaque.

O que a parte final desse dispositivo revela é o reconhecimento da existência de questões passíveis de lacuna, muito embora isso não seja motivo para o órgão julgador deixar de apreciá-las, pois sempre poderá recorrer aos meios de integração previstos no próprio ordenamento jurídico.

Isso demonstra, na verdade, que as exigências decorrentes dos já aqui expostos postulados embasadores do dogma da completude – condensáveis num *dever de julgar fundamentadamente com base numa norma jurídica preexistente pertencente ao sistema* – "son conjuntamente insostenibles e imponen a los jueces obligaciones imposibles de cumplir".[201]

A despeito disso, e conforme Larenz, "o juiz, a quem não é lícito denegar a resolução, está em todo o caso *obrigado a interpretar a lei e, sempre que a lei contenha lacunas, a integrá-las*" (destacamos).[202] A questão, assim, não é se *deveria* fazê-lo, mas se *conseguiria* fazê-lo sem recorrer ao expediente da *criação judicial de normas jurídicas*.

Em face dessa última observação, resta claro que apenas reconhecer a existência de lacunas não resolve por completo o problema. Ademais, existe uma variedade de situações a que a doutrina convencionou chamar "lacuna", as quais, na maioria das vezes, dizem respeito a fenômenos totalmente diversos uns dos outros. Assim, antes de uma aproximação conceitual mais precisa na direção de um conceito de lacuna que seja útil a este trabalho, convém repassar algumas das mais importantes categorias associadas àquele termo, de forma a mapear, mesmo que parcialmente, o seu significado e, assim, desviar das ciladas decorrentes da sua polissemia.

---

201 Salguero, 2002, p. 34-5.

202 Larenz, 1997: 520.

Capítulo II – **AS CONCEPÇÕES DE LACUNA A PROPÓSITO DA ORDEM CONSTITUCIONAL FEDERATIVA**

Após apresentado o debate acerca do problema da completude, é natural que se ingresse agora no seu principal desdobramento – o problema das lacunas, um problema vasto e intrincado que continua a desafiar o trabalho do jurista.

Neste capítulo, serão repassadas as principais concepções de lacuna, as quais serão articuladas com algumas categorias da dogmática constitucional com as quais mantêm alguma afinidade. Trata-se de um trabalho de difícil consecução na medida em que são poucos os cruzamentos interdisciplinares realizados nesse sentido seja pela teoria geral do direito, seja pela própria dogmática constitucional.

Em seguida, procurar-se-á demonstrar que a existência ou não de lacunas é uma contingência que pode depender menos de fatores normativos objetivos de um determinado sistema jurídico, e mais de fatores interpretativos a cargo das próprias escolhas do intérprete, que muitas vezes literalmente decide quando se encontra e quando não se encontra perante uma lacuna.

Por fim, achegando-se o discurso mais para perto do mote central deste trabalho, serão apresentadas algumas situações envolvendo questões federativas que não contam com uma solução constitucional evidente, justificando-se a razão pela qual podem ser encaradas não apenas como casos difíceis, mas também como verdadeiros casos lacunosos. No âmbito destas questões, serão enfileirados alguns dos problemas típicos que ocupam o intéprete sempre que tem em mãos os casos que o Supremo Tribunal Federal costuma resolver com base no "princípio da simetria".

1. As diversas concepções de lacuna e seus "correspondentes constitucionais"

Em geral, a doutrina vale-se das expressões "tipos de lacuna" ou "espécies de lacuna" para abordar sob a mesma rubrica e ao mesmo título uma série de problemas de natureza bastante diversa.[203] No entanto, para falar em "tipos" ou "espécies de lacuna" seria imprescindível que esses fenômenos constituíssem espécies de um mesmo gênero, o que, ao menos em relação às categorias comumente trabalhadas, não é de todo verdadeiro.

[203] Guastini representa uma exceção (não a única, por certo), pois, ao apresentar a "tipologia delle lacune", refere-se a elas como "fenomeni diversi" (2006b, p. 28). Moreso, por sua vez, acentua que "[d]ado que la expresión 'laguna' tiene usos bastante diversos en la teoría del derecho, se hace preciso un intento de reconstrucción y clarificación de estos usos" (1997, p. 88).

Por isso, em vez de reproduzir tais terminologias, preferir-se-á falar aqui nas diversas *concepções* de lacuna.

Como resultado da evolução de diversas teorias jurídicas, todas de alguma forma herdeiras ou reunidas sob o liberalismo e o positivismo jurídicos,[204] um legado tanto teórico-conceitual como terminológico acerca do problema das lacunas foi deixado às sucessivas gerações de juristas e, muitas vezes, agregado às subsequentes escolas doutrinárias. Não convém aos objetivos e limites deste trabalho explorar a diversidade de fundamentos em que apoiadas – bem como as correlatas escolas e épocas em que surgidas – as diversas concepções de lacuna a serem adiante consideradas. Será de grande valia, porém, enumerar, conceituar e, quando possível, ilustrar as diversas modalidades que integram o acervo acerca do tema.

Ante a existência de inúmeras acepções, preferiu-se abordar aquelas que (a) apresentem algum interesse para o tema debatido no presente trabalho e/ou (b) mantenham alguma correlação com determinadas figuras dogmáticas do Direito constitucional – ramo, aliás, em que tais figuras em geral sequer são tratadas como "lacunas".[205] Nesse sentido, as diversas concepções de lacuna reconhecidas pela teoria geral do direito serão cotejadas com determinados "tipos" da dogmática constitucional, para que sejam avaliados segundo a sua recíproca afinidade. Far-se-á, por assim dizer, o cruzamento entre os institutos afins, anotando seus eventuais pontos comuns.[206]

1.1. Lacunas normativas

Não há melhor forma de iniciar este inventário e esta análise do que pela "mãe" de todas as lacunas – a *lacuna normativa*.[207] Algo já se falou (Cap. I, 1.2) e muito ainda se falará (itens 7.3.1 e 7.3.2, *infra*) ao longo deste trabalho acerca dessa espécie de lacuna, de modo que aqui só serão esboçadas algumas considerações gerais.

Foi em nome deste específico fenômeno jurídico que os principais cultores do tema antes se mobilizaram. Engisch considera-na uma "deficiência", conceituando-a como "uma

---

[204] Cf. Guastini, 2006a, p. 177-9; Bobbio, 1995, p. 207-210.

[205] Não foi sem razão, portanto, a constatação feita por Bastos e agora relembrada: "a Teoria Geral das Lacunas no direito sofre alguma refração quando se trata do direito constitucional" (1988, p. 357). Uma exceção na literatura constitucional brasileira, reconhecendo diversos tipos de lacuna ao longo de impressionante monografia, é representado por Ferraz, 1986.

[206] Por óbvio, não se pretende forçar eventuais afinidades, mas tanto quanto possível buscar pontos de comparação de modo que, ao final de cada análise, seja aceitável concluir, inclusive, que alguns institutos, embora parecidos, podem não ser correlatos.

[207] Essa modalidade de lacuna também é conhecida como autêntica, própria, real, *de lege lata*, entre outras denominações.

incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico".[208] Kaufmann, por sua vez, assume o "caráter incompleto da lei" como algo inerente ao fenômeno jurídico, criticando aquelas concepções que vislumbram no fenômeno das lacunas normativas uma deficiência.[209] Zitelmann considera as lacunas normativas as únicas "lacunas autênticas",[210] das quais Kelsen, em defesa do arcabouço conceitual de sua *teoria pura*, procurou fugir a todo custo.[211]

Tudo o mais que se possa referir em matéria de lacunas apenas gira em torno da noção de lacuna normativa. Conforme será visto, as lacunas ideológicas, por exemplo, nada mais são do que uma tentativa de tranformar as normas que fazem falta ao senso de justiça do intérprete também em normas que fazem falta ao próprio sistema jurídico. As lacunas aparentes, a seu turno, soam como uma espécie de alarme falso das próprias lacunas normativas – estas, sim, as verdadeiras lacunas *patentes*. As lacunas técnicas vacilam entre representar ora uma lacuna propriamente normativa de responsabilidade do legislador que fez a norma, ora uma "lacuna" dependente de uma norma ou de uma interpretação densificadora por parte de uma autoridade inferior. E as chamadas lacunas voluntárias revelam o próprio mimetismo da noção de lacuna normativa, cuja imagem é transferida para muitos outros tipos de situação, mesmo quando não está em jogo a falta de uma norma.

De tão fortes que são o seu conceito, a sua relevância e a sua difusão, não se tem notícia de ramo dogmático que a desconheça o fenômeno das lacunas normativas. Por isso, ainda que uma e outra variação terminológica se apresente, não existem, ao que parece, casos em que se tenha introduzido aquele fenômeno em determinada disciplina sob a forma de algum outro *nomen juris*, sem se saber tratar de fato de lacunas patentes.

Diferentemente de todas as demais concepções de lacuna, que muito frequentemente recebem outros apelidos quando de sua ocorrência no discurso teórico do Direito constitucional – às vezes parecendo até tratar-se de outros fenômenos –, as lacunas normativas adentram este *ramo do conhecimento* jurídico tal como se apresentam no âmbito da teoria geral do direito.

Não é por outra razão que esta categoria aparece no presente tópico de maneira isolada, sem que se faça acompanhar de qualquer "correspondente constitucional". Em

---

208 Engisch, 1996, p. 276.
209 Kaufmann, 2007, p. 83.
210 Zitelmann, 1949, p. 289 e ss.
211 Kelsen, 1994, Cap. I.

teoria constitucional, lacunas normativas, ainda que sejam apelidadas também por outros nomes, são sempre e acima de tudo lacunas autênticas ou lacunas patentes.

1.2. Lacunas ideológicas, integrações corretivas e a "máquina para produzir lacunas"

Enquanto a teoria do direito fala em "lacunas ideológicas" como a ausência de uma norma reclamada pelo *senso de justiça* do intérprete, a dogmática constitucional refere-se a "integrações corretivas" como uma atividade fundamentada na idéia de a regulamentação constitucional ser *incorreta ou injusta*. Ambos os fenômenos, portanto, têm a mesma raiz – uma regulamentação considerada imprópria segundo um determinado critério subjetivo de apreciação.

Diante de uma lacuna ideológica, e sempre na perspectiva da teoria geral do direito, é vedado que o intéprete, sob o argumento da *injustiça* do sistema, elabore uma norma alternativa para um determinado caso já regulado. Perante uma integração corretiva, a substituição da norma constitucional injusta já se tem por consumada, sendo considerada, na perspectiva da dogmática constitucional, um caso patológico traduzido numa usurpação de poder constituinte.

A despeito da inequívoca identidade entre os fenômenos subjacentes a uma e outra situação, a dogmática constituciona via de regra não procede às conexões necessárias para o melhor entendimento daquela anomalia constitucional.

Um terceito fenômeno capturado da dogmática constitucional está relacionado às lacunas ideológicas (ou axiológicas) "causadas" pelo "princípio da igualdade". Na apreciação deste fenômeno, a conexão com os aportes da teoria geral do direito também pode render bons frutos para análise.

A seguir, cada um desses fenômenos correlatos será apreciado individualmente, a fim de possibilitar a devida visualização das conexões acima apontadas.

(i) Lacunas ideológicas:

Na teoria geral do direito, fala-se em lacunas ideológicas[212] para denominar a ausência não exatamente de uma norma estabelecedora de uma solução para o caso, qualquer que seja esta, mas de uma norma contendo uma solução que seja considerada *justa* ou *satisfatória*. Enfim, "uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe"[213] ou que "a lei não contém [mas] que *devia* conter".[214]

---

[212] Essa modalidade de lacuna também é conhecida como axiológica, crítica, *de lege ferenda*, falsa ou imprópria. Cf. Sanchís, 2007, p. 128, referindo-se a "lagunas impropias" num sentido residual, como todo e qualquer tipo de lacuna que não as normativas (também chamadas "próprias").

[213] Bobbio, 1990, p. 140.

Nessa modalidade de lacuna, uma norma aplicável ao caso até que *existe*, mas a solução por ela oferecida é considerada imprópria e, portanto, imperfeita na perspectiva de uma crítica de política legislativa.[215]

Tais lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele de fato é, mas de como ele *deveria ser* para se alcançar uma determinada concepção de justiça. Nesse sentido, é inevitável que existam lacunas ideológicas em cada ordenamento jurídico positivo, mesmo porque nenhum sistema dessa natureza é ou será efetivamente livre de imperfeições.[216]

Diante da frequência com que tais lacunas podem "surgir", cabem algumas palavras sobre o modo como se deve dar a sua "resolução".

Submetidos que estão, como os demais entes dos poderes públicos, ao princípio da legalidade, os órgãos jurisdicionais não podem, sob o argumento de injustiça, negar aplicação a uma norma jurídica vigente.[217] Por esta razão, as chamadas lacunas ideológicas não podem ser afastadas mediante analogia, mas tão-somente pela criação de uma regra jurídica nova que revogue por via "legislativa" a regra (insatisfatória) anterior.[218]

Em termos comparativos, se as lacunas normativas podem muito bem ser objeto de integração por parte daquele que é chamado a aplicar o Direito, no tocante às lacunas ideológicas não cabe ao jurista, *mas ao legislador democrático*, o papel de resolvê-las.[219]

Foi a uma lacuna ideológica que o Supremo Tribunal Federal fez referência ao julgar a ADI 793. Instado a aplicar à eleição de Mesa Diretora de Assembléia Legislativa de Estado a mesma solução que o artigo 57, § 4º, parte final, da Constituição Federal, dera para a eleição das Mesas Diretoras do Congresso Nacional, proibindo a recondução dos respectivos membros para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente,[220] o Tribunal entendeu que tal solução seria "conveniente e oportuna", mas que, em razão de o referido preceito não "constituir um princípio constitucional" e sim uma "simples regra

---

214 Larenz, 1997, p. 531.

215 Falcón y Tella, 1991, p. 75; Larenz, 1997, p. 530-1.

216 Bobbio, 1990, p. 140.

217 Como lembra Nawiasky, "[n]o hay en este caso falta de norma jurídica; lo que sucede es que la que hay desagrada al aplicador del Derecho. Pero como se encuentra vinculado por normas de Derecho, debe aplicar también las que le disgusten" (1962: 201).

218 Falcón y Tella, 1991, p. 75; Engisch, 1996, p. 282.

219 Bobbio, 1990, p. 140. Melhor seria dizer "solvê-las".

220 Eis a redação então vigente: "Art. 57. [...] § 4º Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de dois anos, *vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subseqüente*" (destacamos).

aplicável à composição das Mesas do Congresso", os Estados eram livres para adotar solução diversa.[221]

A despeito de a Corte ter reconhecido o caráter judicioso da norma constitucional invocada, deixou de aplicá-la pelo fato de a mesma não constituir uma pauta obrigatória para os Estados-membros. Nesse caso, a lacuna ideológica residiria na ausência de uma norma constitucional federal estabelecendo o mesmo padrão de conduta no âmbito estadual. Não obstante, tratando-se de um problema *de lege ferenda* (segundo a lei a ser feita) e não *de lege lata* (segundo a lei tal como posta), caberia tão somente ao poder constituinte reformador (art. 60, CF) estabelecer compulsoriamente – ou ao poder decorrente (estadual) reformador adotar voluntariamente – uma norma de teor análogo para incidir na esfera pessoal dos Estados-membros.[222]

(ii) Integrações corretivas:

Também no âmbito do Direito constitucional pode ocorrer de o intérprete, movido por um particular senso de justiça, reputar que uma determinada regulação constitucional é vacilante ou equivocada.[223]

Em geral, no entanto, o jargão constitucional prefere dizer que esse intérprete fez a sua apreciação não segundo seu critério de justiça, mas influenciado por um determinado "ponto de vista político".

Por óbvio, não há qualquer problema de o intérprete carregar consigo as suas convicções pessoais, enfim, as suas pré-compreensões de mundo.

O problema ocorre quando, baseado nessas considerações subjetivas, o intéprete, a pretexto de promover uma *integração corretiva*, derroga a própria normatividade constitucional, circunstância em que já não se pode falar numa simples integração normativa aos moldes tradicionais, mas sim numa verdadeira "patologia constitucional", na forma de uma *usurpação de poder constituinte*.[224]

(iii) Princípio da igualdade:

---

[221] Eis o trecho pertinente do acórdão: "Dir-se-á que a regra inscrita no § 4º do art. 57 da Constituição Federal é conveniente e oportuna. Penso que sim. As Assembléias Legislativas dos Estados-membros e as Câmaras Municipais *deviam* inscrevê-las nos seus regimentos, ou as Constituições estaduais *deviam* copiá-la. A conveniência, no caso, entretanto, não gera inconstitucionalidade" (destacamos) (ADI 793, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Ementário 1869-01, p. 61).

[222] No caso do poder constituinte (federal) reformador, isso seria possível desde que se superasse uma provável violação da cláusula pétrea da forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I, CF), dada uma virtual invasão do poder de auto-organização estadual (art. 25, *caput*, CF).

[223] Canotilho, 1999, p. 1160.

[224] Canotilho, 1999, p. 1160.

Por fim, uma palavra acerca da relação entre a categoria "lacunas ideológicas" e o princípio da igualdade (ou da isonomia).

Segundo Guastini, as lacunas ideológicas – ou "axiológicas", conforme prefere o mesmo autor – podem assumir um duplo sentido: (a) ou como ausência de uma norma requerida pelo *senso de justiça* do intérprete;[225] (b) ou como ausência de uma norma cuja emanação é requerida por uma *outra norma*, esta de hierarquia superior.[226] Na medida em que o primeiro sentido (= lacuna ideológica) já foi abordado, serão dedicadas algumas palavras ao segundo sentido.

Como "ausência de uma norma exigida por outra norma (superior)", haverá um caso de lacuna ideológica, por exemplo, sempre que ocorrer uma violação a um dos seguintes aspectos do *princípio constitucional da igualdade*: (a) casos iguais devem ser tratados de modo igual; (b) casos diferentes, de modo diferente.[227]

Nesse sentido, a lacuna ideológica pode decorrer *tanto do fato de* (aa) o legislador não ter levado em conta uma *diferença relevante* entre duas situações e, assim, determinar-lhes uma idêntica disciplina (omitindo-se, dessa forma, de adotar uma norma diferenciadora e subjugando-as a uma mesma consequência jurídica), *como do fato de* (bb) o legislador ter-se omitido de disciplinar de forma idêntica duas situações consideradas *substancialmente iguais* e, desse modo, ter-lhes determinado uma diferente disciplina (omitindo-se, assim, de adotar uma norma igualadora e submetendo-as a consequências jurídicas diversas).[228]

Em ambos os casos, o intérprete costuma considerar a lei assim estabelecida – seja como *aa*, seja como *bb* – uma lei inconstitucional em razão da lacuna ideológica que contém e, assim, reputa que a mesma tenha que ser extirpada da ordem jurídica.[229]

É naquele segundo sentido de lacuna ideológica (como ausência de uma norma requerida por outra), portanto, que Guastini refere-se ao princípio da igualdade ou da isonomia como uma "poderosa máquina para la producción de *lagunas axiológicas* en la legislación".[230]

---

[225] É geralmente nesse sentido que na teoria geral do direito se fala em lacunas ideológicas, conforme dito anteriormente.

[226] Guastini, 2006b, p. 29.

[227] Guastini, 2006b, p. 30.

[228] Guastini, 2006b, p. 30.

[229] Guastini, 2008, p. 92.

[230] Guastini, 2008, p. 91. Cabe transcrever ainda o seguinte registro deste autor: "Es evidente que las lagunas axiológicas no son una propiedad objetiva del derecho; son creadas por los intépretes con la finalidad de modificar el derecho existente, mediante un juicio subjetivo de justiça, escondido en la valoración relativa a la igualdad o a la diferencia 'sustancial' entre las clases de supuestos" (2008, p. 93). Note-se que, com estas

1.3. Lacunas objetivas e abertura constitucional

Segundo o critério dos "motivos que as provocam", as lacunas podem ser subjetivas e objetivas. Enquanto as lacunas subjetivas – que serão melhor analisadas no próximo item – nascem de alguma razão imputável ao legislador, as *objetivas* decorrem de causas alheias à vontade deste, tais como a evolução das relações sociais, a mudança de determinadas valorações, as contingências da economia, o aparecimento de avanços técnicos, além de toda ordem de fatores responsáveis pela defasagem dos textos normativos em relação aos aspectos da realidade a que visam ordenar.[231]

As lacunas objetivas não constituem propriamente falhas do legislador, mas simples contingências de que os documentos normativos destinados à resolução de conflitos sociais concretos padecem.

Nesse verdadeiro descompasso com a realidade, o mais provável é o aparecimento de uma nova lacuna normativa ou, como também se costuma dizer, de uma *lacuna superveniente*,[232] a desafiar o intéprete na busca de uma nova regra para a solução requerida. Nada impede, porém, que, ante uma defasagem apenas parcial, não se queira – e também não se necessite – falar em lacuna normativa, deixando-se a resolução do problema não à mercê da criação de uma norma nova pelo intérprete, mas à conta de uma simples interpretação extensiva ou ampliativa.[233]

Em matéria constitucional, ao que se tem notícia, não se chega a categorizar especificamente alguma figura semelhante à lacuna objetiva, mas não se pode negar a presença e, sobretudo, a influência que (o receito em relação a) este tipo de lacuna exerce na dogmática constitucional e até mesmo no próprio constituinte.

De fato, existe uma percepção de que, por necessidade de sua permanência, as Constituições devem imunizar-se contra as ações do tempo. Em geral, associa-se a essa idéia duas diferentes fórmulas: (a) a abertura constitucional e (b) a reforma constitucional.

---

palavras, o autor acaba aproximando os dois sentidos por ele oferecidos para as lacunas axiológicas. Sobre a importância do princípio da igualdade no tema das lacunas ideológicas, cf. igualmente Sanchís, 2007, p. 129.

[231] Bobbio, 1990, p. 144; Salguero, 2002, p. 50-1.

[232] Ou ainda, como prefere Salguero, uma lacuna posterior ou secundária ou derivada (2002, p. 50).

[233] Terá sido mera interpretação extensiva aquela adotada nos casos de inelegibilidade de companheiros homossexuais de titulares de cargos unipessoais? Tudo indica que sim: "REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal" (RESPE 24564, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, TSE, j. 01.10.2004, disponível em *http://www.tse.jus.br*)

Com a abertura constitucional (vertical) – já abordada no item 2.3 –, busca-se alcançar o maior número de repetições e de variações possíveis para uma determinada classe de hipóteses de fato, mediante a utilização de uma linguagem tanto quanto cabível aberta e na medida do possível segura.

Com isso em vista, recomenda Hesse que "la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos".[234]

Nesse contexto, adverte ainda o mesmo autor que "[s]i la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente '*abierto ao tiempo*'".[235]

Por outro lado, a fórmula utilizada para se alcançar essa abertura – e, assim, bloquear ou, pelo menos, minimizar o surgimento de lacunas constitucionais objetivas – será a fórmula da adoção dos princípios gerais, dos conceitos indeterminados e de toda sorte de "trama textual aberta" capaz de aumentar o "espaço semântico-constitucional".[236]

Em relação à reforma constitucional, recorre-se a este método quando nenhum dos reconhecidos processos informais de mudança da Constituição tenha sido suficiente para proceder-se a uma adaptação constitucional silenciosa e legítima, e apenas uma reacomodação formal do texto à realidade, mediante a edição de uma emenda, mostrar-se capaz de devolver força à normatividade constitucional enfraquecida.[237] Nesse aspecto, diz-se que a rigidez constitucional não pode constituir um "*entrave* ao desenvolvimento constitucional, pois a constituição deve poder ser revista sempre que a sua *capacidade reflexiva* para captar a realidade constitucional se mostre insuficiente".[238]

Esses constituem alguns dos entrelaçamentos possíveis entre lacuna objetiva e abertura constitucional. No dois casos, é sempre o impossível que está em jogo – impedir que a realidade esteja sempre à frente da norma.

1.4. Lacunas subjetivas: voluntárias e involuntárias

As lacunas subjetivas, por sua vez, dividem-se em voluntárias e involuntárias, conforme o silêncio da lei tenha sido ou não premeditado por parte do legislador.[239] Nas

---

234 Hesse, 1992, p. 18.
235 Hesse, 1992, p. 18.
236 Cf. Otero, 2010, p. 191; Canotilho, 2001, p. 430.
237 Sobre quais são esses processos informais de mudança da Constituição e em que bases tais mudanças ocorrem de maneira legitima, cf. Ferraz, 1986.
238 Canotilho, 1999, p. 211.
239 Falcón y Tella, 1991, p. 76, que denomina as lacunas subjetivas de "lacunas por omissão".

lacunas involuntárias, *há um descuido do legislador*, que não chegou a perceber suficientemente os contornos de uma problemática em questão (lacuna de previsão), seja porque o panorama histórico não o permitia (lacuna desculpável), seja porque o seu exame do problema não foi adequadamente criterioso (lacunas não desculpáveis).[240] Nas lacunas voluntárias, o próprio legislador, em razão da complexidade da matéria, da inconveniência de uma regulamentação pormenorizada ou simplesmente por não se julgar em condições, *deixa propositadamente de disciplinar o assunto* de forma detalhada para confiá-lo à interpretação de outro agente (o juiz, a doutrina, etc.).[241]

Um ponto problemático dessa classificação reside no fato de que nem sempre é possível saber quando o legislador agiu neste ou naquele sentido. Daí porque Falcón y Tella, ao se questionar "¿cómo se puede saber con seguridad cuál ha sido la voluntad del legislador, especialmente ahora que las leyes emanan de un cuerpo legislativo, de un colectivo de personas?", conclui pelo interesse meramente teórico daquela distinção.[242]

A tal propósito, registre-se por ora que a dificuldade no manuseio dessa chave classificatória não é muito diferente, por exemplo, daquela sentida por quem eventualmente necessita se responder se uma determinada situação constitui ou não um caso de lacuna normativa. No momento próprio, ver-se-á que problemas dessa natureza – ou seja, saber quando há e quando não há uma lacuna – são tipicamente interpretativos e permeiam todo o debate acerca do tema (e do problema) das lacunas, não sendo possível, assim, ignorá-los ante a primeira dificuldade.

Dito isso, cabe agora promover o cruzamento dessas duas categorias com os seus "correspondentes constitucionais" mais próximos, a começar pelas figuras conexas às lacunas involuntárias.

1.4.1. Lacunas involuntárias e a análise de fatos e prognoses pelo legislador constituinte

A propósito das lacunas involuntárias, não se tem muito a dizer senão que de certa forma elas repetem no plano constitucional determinadas patologias geralmente associadas ao plano da lei. Está-se a referir especificamente ao problema da incorreta apreciação de fatos e prognoses por parte daquele que edita uma norma.

---

240 Bobbio, 1990, p. 144; Ferraz Jr, 1993, p. 198.

241 Bobbio, 1990, p. 144; Ferraz Jr, 1993, p. 198. Perceba-se que quando uma lacuna voluntária é causada pelo legislador constituinte (poder constituinte), este "outro agente" a quem se confia a "interpretação" sem dúvida pode ser o juiz, que atuará mediante uma interpretação judicial, mas muitas vezes será o próprio legislador ordinário, que promoverá uma interpretação e uma concretização legislativas mediante a edição de uma lei regulamentadora.

242 Falcón y Tella, 1991, p. 76.

Conforme visto, no conceito de lacuna involuntária cabem tanto aquelas imprevisões do legislador decorrentes de uma apreciação circunstancialmente difícil (lacunas desculpáveis) como também aquelas impresciências devidas a uma distração tecnicamente evitável (lacunas não desculpáveis). Em qualquer desses casos, fala-se num *descuido do legislador*, aceitando-se, em razão disso, que as leis resultandes de tais falhas submetam-se a uma revisão judicial para que a avaliação fática e prognóstica embutida em suas normas seja reapreciada.

Considerando que tais fenômenos não contam com qualquer característica específica que os restrinjam ao plano da lei, nada impede que se possa considerá-los passíveis de acometer também o legislador constituinte.

Conforme apontado por Mendes, com base em literatura estrangeira, "[h]oje, não há como negar a 'comunicação entre norma e fato' [...], que [...] constitui condição da própria interpretação constitucional", na medida em que "o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos".[243]

Mas enquanto no plano legislativo uma apreciação fática e prognóstica mal feita pode levar à inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, devido às injustiças a que essa apreciação possa levar, no plano constitucional uma apreciação equivocada por parte do constituinte poderá conduzir a uma autêntica lacuna normativa (caso uma norma que se reputava desnecessária – e que por isso foi omitida – revelou-se *depois* imprescindível) ou, num caso limite, poderá mesmo descambar para uma lacuna ideológica, se eventualmente a apreciação mal feita tiver redundado não num vazio, mas numa norma que *posteriormente* se revelou imperfeita.

Em síntese, o erro de apreciação dos fatos e das prognoses por parte daquele que elaborou a lei pode levar à inconstitucionalidade desta. Já a má apreciação das mesmas circunstâncias por parte do legislador constituinte levará, por seu turno, a uma lacuna normativa (superveniente) ou, quando muito, a uma lacuna ideológica.

Após essa difícil tentativa de associação de dois institutos normalmente abordados em separado, passe-se agora a um caso mais evidente de conexão por afinidade.

1.4.2. Lacunas voluntárias e a "incompletude conforme o plano"

Conforme se costuma afirmar, as lacunas normativas representam uma forma de incompletude *contrária ao plano* de regulação de um determinado sistema normativo. Falando-se, porém, nas lacunas voluntárias, depara-se com um tipo de incompletude

[243] Mendes, 2004, p. 472.

conforme o plano. Neste último caso, muitos e variados são os "tipos" constitucionais passíveis de uma associação.

A propósito das lacunas voluntárias, o que se tem em questão são todas aquelas situações que de alguma forma foram textualmente *remetidas* ou silenciosamente *deixadas* pelo legislador constituinte ao legislador infraconstitucional (quando não mesmo ao próprio julgador).

Assim é que, no catálogo das *lacunas constitucionais voluntárias* – que de nenhum modo podem ser confundidas com as lacunas normativas, pois estas pressupõem um fato involuntário –, podem ser considerados os dois episódios normativos descritos a seguir.

1.4.2.1. Reserva de lei

Leciona Vergottini que "[c]asi todas las Constituciones, como no pueden ofrecer una disciplina exhaustiva de los institutos a los que dan capital importancia, se ven obligadas a reenviar a la sucesiva legislación ordinaria", dando lugar, assim, às chamadas reservas de lei absoluta e relativa, conforme a tarefa de regulamentação seja, respectivamente, toda ela confiada ao parlamento ou compartilhada com a competência regulamentar do poder executivo.[244]

Em ambas as hipóteses – que Canotilho e Moreira denominam *reserva de lei de execução* –, a própria Constituição atribui ao legislador a concretização da disciplina jurídica de determinadas situações.[245]

1.4.2.2. Matérias não pertencentes ao espaço constitucional

Existem determinadas matérias que, pelo fato de simplesmente não serem reguladas na Constituição, consideram-se alocadas no domínio da *liberdade de conformação legislativa*. Refere-se igualmente aqui a um tipo de "matéria não pertencente ao espaço constitucional, cuja solução fica nas mãos do legislador".[246]

A despeito da tentativa de Hesse de insinuar que, afora [a Constituião] regular aquilo que lhe parece importante e necessita de determinação, "todo lo demás se da por supuesto tácitamente",[247] o certo é que nesse campo pode ser extremamente difícil saber quando se está perante uma *regulamentação implícita* (como sugerida pelo autor alemão),

---

244 Vergottini, 2005, p. 167. Para uma definição dos espaços de atuação compartilhada entre lei e regulamento na perspectiva do Direito constitucional brasileiro, cf. Francisco, 2009, p. 310 e ss.

245 Canotilho e Moreira, 1991, p. 58.

246 Canotilho e Moreira, 1991, p. 58.

247 Hesse, 1992, p. 18.

uma *lacuna normativa* ou diante de uma *matéria deixada de fora do espaço constitucional*.[248]

Nesse sentido, questão a se pensar – mas difícil de se resolver – é se, quando alguns dos "amplios sectores pertenecientes incluso a la vida estatal en sentido estricto [...] ni siquiera son regulados",[249] tem-se um caso de lacuna normativa a ser resolvido necessariamente no contexto da própria Constituição ou um mero caso de "matéria não regulada pela Constituição", sujeita, assim, à livre disposição do legislador.

Como se vê, a interpretação é novamente uma importante variável a ser considerada na distinção (e também na qualificação) dessas situações.

1.4.3. Lacunas constitucionais descobertas e lacunas constitucionais ocultas

Uma dicotomia bastante difundida, proposta Loewenstein, distingue entra lacunas constitucionais descobertas e lacunas constitucionais ocultas. As lacunas descobertas ocorreriam nas hipóteses em que o poder constituinte, mesmo consciente da necessidade de uma regulação jurídico-constitucional, por determinadas razões omitiu fazê-lo. Já as lacunas ocultas seriam produzidas quando, no momento constituinte, não existiu ou não se pôde antever a necessidade de regulação de uma situação determinada.[250]

Note-se que a distinção é em tudo coincidente com aquela estabelecida para as lacunas subjetivas. Assim, as lacunas constitucionais descobertas seriam o mesmo que lacunas voluntárias; já as lacunas constitucionais ocultas coincidiriam com as lacunas involuntárias.

Não se deve confundir estas lacunas constitucionais ocultas com aquelas figuras que a teoria geral do direito denomina simplesmente "lacunas ocultas". Estas, ao contrário das "lacunas patentes",[251] existem "quando a lei contém precisamente uma regra aplicável a casos desta espécie, mas que, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a este determinado grupo de casos, porque não atende à sua especificidade, relevante para a valoração".[252] A lacuna, neste caso, consiste, portanto, na ausência de uma restrição,

---

248 Canotilho e Moreira, 1991, p. 58. Mais adiante, ver-se-á que mesmo num caso de matérias largadas ao domínio da "liberdade" de conformação do legislador, este não pode considerar-se tão livre assim, especialmente em razão dos limites constitucionais formais (regras do procedimento legislativo) e alguns princípios constitucionais materiais de caráter geral, como os princípios da igualdade e da razoabilidade. A esse propósito, cf. Guastini, 1999, p. 303, e 2001, p. 180.

249 Hesse, 1992, p. 17.

250 Loewenstein, 1986, p. 170-1; na literatura brasileira, cf. Ferraz, 1986, p. 192-3.

251 "Existe uma lacuna 'patente' – conforme Larenz – quando a lei não contém regra alguma para um determinado grupo de casos, que lhes seja aplicável" (1997, p. 535).

252 Larenz, 1997, p. 535.

denominando-se "oculta" justamente porque, "ao menos à primeira vista, não falta aqui uma regra aplicável".[253]

1.5. Lacunas técnicas, lacunas constitucionais hetenônomas e omissão inconstitucional do legislador

Há situações em que o legislador estabelece uma norma sem fornecer, entretanto, as *condições da sua aplicabilidade*.[254] Em tais casos, o enunciado normativo fica desprovido de uma *expressão concreta*. E é justamente a falta dessas condições de aplicabilidade, constitutivas da expressão concreta da norma, que caracteriza uma *lacuna técnica*.[255]

Pode-se dizer que, diante dessa modalidade de lacuna, o intéprete depara-se com uma situação em que uma determinada norma necessária para a consecução de outra *não existe, apesar de prevista* pelo ordenamento jurídico.[256] Em razão disso, ocorre um relativo diferimento da eficácia da norma dependente, razão pela qual as lacunas técnicas são também conhecidas como *lacunas de eficácia*.[257]

Segundo um conceito mais esclarecedor, "[p]uede hablarse de una *laguna técnica o de eficacia* para referirse a la ausencia de una norma (generalmente inferior) necesaria para satisfacer o hacer efectivo lo estabelecido en otra norma (generalmente superior)".[258]

Conforme se percebe, Sanchís agrega um novo elemento ao conceito de lacuna técnica antes apresentado – os *diferentes papéis hierárquicos* ocupados pela norma dependente e pela norma faltante. Tal aspecto faz com que o conceito de lacuna técnica se

---

253 Larenz, 1997, p. 535, onde também relembra que o preenchimento de tal lacuna se dá pelo acréscimo, mediante uma "redução teleológica" da norma, da própria restrição omitida. Falcón y Tella sugere um possível inconveniente nessa fórmula, por não existir, nas lacunas ocultas, um "auténtico vacío legal" (1991, p. 78). Uma redução teleológica parece ter sido feita pelo Supremo Tribunal Federal para colmatar a "lacuna oculta" que este Tribunal julgou haver no artigo 14, § 5º, da Constituição Federal ("Art. 14. [...] O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou *substituído* no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente" – destacamos). Para o Tribunal, "o constituinte não foi feliz no redigir o § 5º do art. 14 da Constituição Federal, na utilização da expressão 'quem os houver sucedido, ou substituído no cursos dos mandatos'" (RE 366488, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 04.10.2005, *Ementário 2211-3*, p. 447), isso porque, "no contexto do dispositivo, o vocábulo 'reeleição' é impróprio no tocante ao 'substituto', que jamais se fez titular do cargo, mas também o é com relação ao 'sucessor', que, embora tenha ascendido à titularidade dele, para ele não fora anteriormente eleito" (RE 318494, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 17.08.2004, *Ementário 2162-2*, p. 398-9). Diante disso, a Corte, numa interpretação contrária à literalidade do dispositivo em questão, resolveu admitir que mesmo quem houver substituído (temporariamente, ao contrário da sucessão, que é definitiva) o titular do cargo unipessoal *poderá* "reeleger-se" para o cargo relativo a esta titularidade.

254 Ferraz Jr, 1993, p. 199.

255 Salguero, 2002, p. 49.

256 Salguero, 2002, p. 49.

257 Sanchís, 2007, p. 129.

258 Sanchís, 2007, p. 129.

aproxime de outra noção, esta extraída da dogmática constitucional – a das "lacunas constitucionais heterônomas".

Essas *lacunas constitucionais heterônomas* não passam de lacunas técnicas incidentes no âmbito do Direito constitucional. Nesse contexto, diz-se que elas "resultam do não cumprimento das ordens de legislar e das imposições constitucionais concretamente estabelecidas na constituição".[259]

De certo modo, é a tais tipos de lacuna que Otero se refere ao reconhecer que alguma normas constitucionais são não exequíveis por si mesmas e, assim, "como que se encontram incompletas, carecendo de uma intervenção dicisória que, conferindo-lhes efectividade aplicativa às situações que visam regular, as torne perfeitas ou completas".[260]

Para fazer uso de terminologia muito utilizada no direito brasileiro, esse tipo de lacuna ocorre em face das chamadas *normas constitucionais de eficácia limitada*, que, a despeito de válidas, somente adquirem eficácia plena mediante a edição de normas (infraconstitucionais) regulamentadoras.[261]

À falta dessas normas regulamentadoras, tem-se por configurada a lacuna técnica ou de eficácia ou constitucional heterônoma, que na prática corresponde a uma *omissão inconstitucional do legislador*. Nesse domínio, fala-se já num caso de patologia constitucional, tendo em vista que "as lacunas heterônomas são inconstitucionais, porque significam a violação de imposições constitucionais constantes da constituição".[262]

As omissões inconstitucionais do legislador ocorrem, assim, no contexto das "normas constitucionais não exequíveis por si mesmas e cujo não preenchimento após o decurso de certo tempo determina inconstitucionalidade por omissão"[263].

Como é perceptível, nas lacunas constitucionais heterônomas o responsável pela lacuna não é o órgão que editou a norma dependente de uma regulamentação, mas aquele que, tendo recebido a incumbência de fazer a norma implementadora, não a fez, ainda que transcorrido um tempo razoável para tanto.

Nesse sentido, as lacunas técnicas – ou melhor, as lacunas constitucionais heterônomas – não revelam uma ausência de norma *no âmbito da própria Constituição*,

---

[259] Canotilho, 1999, p. 1160.

[260] Otero, 2010, p. 199.

[261] Conforme reconhece Otero, "[a] abertura implementadora das normas constitucionais não exequíveis por si mesmas é, em primeiro lugar, uma abertura a favor do legislador" (2010, p. 199).

[262] Canotilho, 1999, p. 1160. Embora criticável, o artigo 200 da Constituição de 1967/69 ("As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados") não deixava de ser um meio de evitar lacunas técnicas originadas da omissão do poder constituinte estadual.

[263] Miranda, 1996, p. 270.

mas sim uma *ausência externa e subsequente*, justamente por faltar a norma regulamentadora necessária à implementação do "dever-ser" constitucional.

Embora sem mencionar tais nomenclaturas, o Supremo Tribunal Federal aparentemente reconheceu a existência de um dever de legislar não cumprido (e, portanto, uma lacuna técnica ou uma lacuna constitucional heterônoma) na hipótese de o constituinte estadual não estipular pena em caso de afastamento do Governador sem a prévia autorização da Assembléia Legislativa.[264]

1.5.1. Lacuna institucional e normas constitucionais de princípio institutivo

Uma variante das lacunas técnicas e, por consequência, las lacunas constitucionais heterônomas são as chamadas "lacunas institucionais". Tem-se uma lacuna institucional quando, por razões de fato, está ausente uma das instituições necessárias ao funcionamento não de uma norma específica, mas de todo um ordenamento jurídico – aqui considerado não como um sistema de normas, mas como um complexo de instituições.[265]

Na doutrina constitucional brasileira, a causa para esse tipo de lacuna costuma ser atribuída ao descumprimento das chamadas normas constitucionais (de eficácia limitada estabelecedoras) de *princípio institutivo*, que consistem naquelas "através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei".[266]

Para ilustrar esse tipo de lacuna, pode-se citar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3276, segundo a qual "[a] inércia da Assembléia Legislativa cearense relativamente à criação de cargos e carreiras do Ministério Público Especial e de Auditores que devam atuar junto ao Tribunal de Contas estadual consubstancia omissão inconstitucional".[267]

---

[264] Eis um trecho relevante da ementa: "Em decorrência do princípio da simetria, a Constituição Estadual deve estabelecer sanção para o afastamento do Governador ou do Vice-Governador do Estado sem a devida licença da Assembléia Legislativa" (ADI 3647, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 17.09.2007, *Ementário n. 2319-2*, p. 406). Conforme se vê, em se tratando mesmo de um caso de lacuna técnica ou constitucional heterônoma, o artifício da "simetria" aparece aqui como uma versão jurisprudencial do antigo artigo 200 da Constituição passada, como se o Supremo Tribunal Federal fizesse da "simetria" "um instituto similar à 'incorporação automática' de modo implícito no sistema federal brasileiro [atual]" (Leal, [s.d.], p. 4).

[265] Guastini, 2006b, p. 30. Também Zagrebelsky esclarece que aqui o significado do termo lacuna não se refere a um sistema normativo, mas a organizações institucionais (1993, p. 81).

[266] Silva, 1999, p. 126.

[267] ADI 3276, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 02.06.2005, *Ementário n. 2305-1*, p. 137.

2. Lacuna como variável dependente da interpretação

Conforme visto, existe um emaranhado de nomenclaturas – correspondentes, por sua vez, a uma pluradidade de concepções – acerca da idéia de "lacuna". Restou assentado que muitas são as acepções existentes, e diferentes as realidades às quais o termo pode ser associado. Tal circunstância, antes de invalidar o problema das lacunas como um verdadeiro problema dogmático (afinal, o tema não pode ser reduzido a uma abordagem unificadora), sugere a necessidade de reduzir o fenômeno, recortando-o de modo a aproximá-lo das especificidades do objeto discutido no presente trabalho.

Por essa razão, muitas das concepções de lacuna antes referidas não serão mais retomadas daqui por diante – ao menos de maneira destacada. Nesse sentido, serão priorizadas aquelas noções que mais de perto têm que ver com as questões que, no momento oportuno, serão qualificadas como *questões federativas sem solução constitucional evidente*.

À vista disso, convém direcionar os próximos passos no sentido de uma delimitação mais precisa do problema investigado, visando agora ao estabelecimento das suas linhas mestras no contexto da ordem constitucional federativa e, mais precisamente, no contexto do problema concreto que constitui o impulso inicial desta exposição – as questões constitucionais (federativas) objeto de apreciação nos precedentes do Supremo Tribunal Federal baseados no "princípio da simetria".

Conforme já se viu anteriormente, o dogma da completude, em qualquer das suas projeções sistemáticas – isto é, desde o ordenamento jurídico global até o mais simples dos seus microssistemas jurídicos – é um postulado que nem sempre se sustenta. Isso não significa dizer, entretanto, que todos os sistemas jurídicos sejam lacunosos. Em verdade, um sistema desse tipo será ou não lacunoso a depender do seu conteúdo normativo.[268]

Não obstante, saber do conteúdo normativo de um sistema – e, portanto, saber se este é completo ou, ao contrário, lacunoso – é algo que por sua vez dependente de outra variável: a interpretação.[269]

---

[268] Guastini, 2006a, p. 183. Para esse efeito, ainda permanecem válidas as noções de completude e lacuna inicialmente apresentadas: (i) Considera-se completo tanto (a) o sistema jurídico em cujo âmbito qualquer comportamento esteja deonticamente qualificado, como também (b) o sistema jurídico em cujo âmbito para qualquer hipótese exista uma consequência jurídica aplicável (Guastini, 2005, p. 174). Por outro lado, (ii) existe uma lacuna quando (aa) um determinado comportamento não é de nenhum modo qualificado deonticamente por qualquer das normas constantes de seu repertório; ou quando (bb) para uma determinada hipótese não se prevê nenhuma consequência jurídica por qualquer das normas integrantes de seu repertório (Guastini, 2005, p. 174 e 227; idem, 2006b, p. 28, nt. 93).

[269] Guastini, 2006a, p. 183.

Embora considerada um pressuposto para o funcionamento do ordenamento jurídico,[270] não se pode afirmar que a completude lhe seja uma propriedade intrínseca, anterior e alheia à interpretação. Esta exerce um importante papel no tocante ao problema da completude, visto que, a depender do modo como o material normativo disponível é interpretado, será possível tanto *prevenir* como até mesmo *produzir* lacunas. Desse modo, não se pode falar em lacuna senão após a atividade de interpretação, que, do ponto de vista lógico, precede, assim, aquela.[271]

Daí o acerto da advertência feita por Miranda em relação ao reconhecimento da existência de lacunas, no sentido de que "um bem melindroso papel cabe à interpretação ao discernir e qualificar, caso a caso, as diferentes situações e ao propor soluções idóneas".[272]

Para ilustrar essa afirmação, recorra-se a um cenário hipotético.

Primeiro quadro – Imagine-se um ordenamento jurídico constituído por um único texto normativo *T*, que, em abstrato, pode ser interpretado de três formas alternativas, correspondentes a três normas jurídicas diversas: *N1*, *N2* e *N3*.[273] Suponha-se ainda que, conforme a interpretação *N1*, uma dada hipótese abstrata *F* deva considerar-se regulada, não se podendo dizer o mesmo, porém, em relação às intepretações *N2* e *N3*. Assim, caso se decida pela interpretação *N2* ou, diferentemente, pela interpretação *N3*, tem-se que a hipótese abstrata *F* – e com ela todas as hipóteses concretas que lhe são correlatas – deve ser considerada desprovida de uma regulação jurídica.[274]

Segundo quadro – Admita-se agora que a interpretação *N1*, entre aquelas três interpretações possíveis, foi a que de fato se escolheu. Pode ocorrer de essa norma *N1* ser vaga (indeterminada) e, assim, demandar concretização ou interpretação em concreto.[275] Nesse caso, a depender dessa interpretação, pode ser que uma dada hipótese concreta *F1* esteja contida na hipótese abstrata *F* – e, portanto, no campo de aplicação de *N1* –, mas pode ser também que, variando essa interpretação concreta, a mesma hipótese concreta *F1*

---

270 Bobbio, 1990, p. 117-8.

271 Guastini, 2006b, p. 31-2.

272 Miranda, 1996, p. 269. Perceba-se que a interpretação não deixa de exercer uma papel algo discricionário na execução dessas tarefas.

273 *Interpretação em abstrato* é a interpretação propriamente dita, voltada a extrair a norma do texto normativo e resolver os problemas de equivocidade deste (Guastini, 2006a, p. 145, e 2008, p. 30).

274 Guastini, 2006a, p. 183-4.

275 *Interpretação em concreto* consiste em subsumir uma situação de fato (concreta) no campo de aplicação de uma norma previamente identificada numa interpretação em abstrato (Guastini, 2006a, p. 145, e 2008, p. 30)

não mais recaia na hipótese abstrata *F*, restando, assim, desprovida de uma disciplina jurídica.[276]

Terceiro quadro – Avançando ainda mais no já intrincado cenário, presuma-se ainda que, no extremo, nenhuma das interpretaçõs disponíveis (*N1*, *N2* ou *N3*) seja aplicável à hipótese abstrata *F* – e, portanto, esta não se subsuma a qualquer daquelas normas –, o que, novamente, deixa tal hipótese destituída de disciplina. Assim, para que se possa regular aquela hipótese abstrata, necessita-se de uma norma *N4*, que, todavia, não constitui uma interpretação razoável ou plausível do texto *T1*, nem conta com algum texto *T2* da qual possa ser extraída.[277]

Quarto quadro – Não se pode descartar ainda que, apesar de tudo, um órgão de aplicação venha a interpretar "criativamente" o texto *T1* de modo que neste possa se conter a norma *N4* e, assim, passando a hipótese abstrata *F* a ser regulada por esta norma, a lacuna seja automaticamente evitada. Não obstante, *N4* é, presumidamente, uma interpretação não razoável do texto *T1*, o que não impede que a mesma, ao menos provisoriamente, desfrute da eficácia que lhe é concedida pela ordem jurídica, ainda que essa interpretação se revele absurda.

Em síntese, o que se pretende demonstrar com o cenário apresentado é que, diante de um determinado conjunto de textos normativos, "è – in ultima istanza – l'interpretazione la variabile da cui dipende la sussistenza di lacune".[278]

Será, portanto, a interpretação, nas suas múltiplas possibilidades, que determinará seja o criar, seja o evitar, seja o descobrir lacunas.

3. Produzir, prevenir e colmar lacunas

Conforme visto no tópico anterior, a existência de lacunas num sistema jurídico pode estar antes associada a uma determinada postura interpretativa do que propriamente a uma característica normativa intrínseca do prórpio sistema.

Conforme a crítica de Guastini, as lacunas do Direito não dependem somente da intrínseca imprecisão da linguagem das fontes, mas antes são criadas pelos intérpretes, que tanto exercem a prerrogativa de colmatá-las como a oportunidade de criá-las, sempre com certo grau de discricionariedade.[279]

---

[276] Guastini, 2006a, p. 184.
[277] Guastini, 2006a, p. 184.
[278] Guastini, 2006a, p. 184.
[279] Guastini, 2005, p. 150-1.

Diante disso, revela-se oportuno discutir determinadas posturas intepretativas segundo as quais o intéprete pode colaborar tanto para *produzir* como para *prevenir* e *colmatar* lacunas.[280]

Desde logo, tenha-se que, a rigor, a interpretação não costuma ser direcionada à atividade de colmatação de lacunas. Para essa tarefa, a doutrina tradicional reserva uma categoria dogmática própria – a integração –, pela qual a colmatação de lacunas se dá mediante a criação de direito novo, e não, como na intepretação, mediante a mera captação do significado de um preceito preexistente.[281]

Desse modo, na medida em que a produção de uma norma nova com a finalidade de colmatar uma lacuna é atividade completamente diversa da interpretação de uma norma preexistente, deve-se distinguir, em linha de princípio, entre os procedimentos interpretativos para *produzir* e *prevenir* lacunas, por um lado, e os procedimentos de integração para *colmatá-las*, por outro.[282]

Todavia, nem sempre essa linha divisória entre essas técnicas é suficientemente segura. É que, embora a captação de um significado normativo seja conceitualmente diferente da criação de uma norma, na prática é bem menos fácil distingui-las, especialmente nas hipóteses em que, como se verá, uma mesma operação pode ser indiferentemente considerada, seja por quem a realiza, sejam por quem a observa, como uma interpretação de um texto vocacionada a evitar uma lacuna, mas também como a criação de uma norma tendente a colmatá-la.[283]

Por tal razão, na exposição a seguir aqueles procedimentos acima mencionados serão reduzidos a duas classes de argumentos: (a) argumentos para produzir lacunas, e (b) argumentos para evitá-las e/ou colmatá-las.[284]

3.1. Argumentos para produzir lacunas

A interpretação pode produzir lacunas na medida em que um determinado texto normativo seja interpretado de modo tal que dessa atividade resulte uma lacuna. Entre as

---

280 O problema da colmatação das lacunas, embora já comece a se insinuar, será tratato mais à frente, em capítulo próprio.

281 Guastini, 2006a, p. 185.

282 Mais adiante será visto que essa distinção perde cada vez mais o seu significado.

283 Guastini, 2006a, p. 185. Note-se que, nesse perspectiva, a interpretação deixa de ser importante apenas na identificação de uma lacuna para ter relevo também na própria colmatação desta. Esse assunto será retomado oportunamente.

284 Guastini, 2006a, p. 185.

técnicas interpretativas comumente utilizadas para se chegar a esse resultado estão o argumento *a contrario* (em uma de suas versões) e o argumento da dissociação.[285]

(i) O *argumento "a contrario"* pode ser invocado sempre que se queira fazer uma interpretação meramente literal, de modo a excluir da disposição interpretada todas as situações que não estejam nela expressa e imediatamente contempladas. As situações assim excluídas refogem a *qualquer* disciplina jurídica.[286]

Tenha-se como exemplo uma disposição que estabeleça que "[c]ada uma das Casas [do Congresso Nacional] reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de dois anos, *vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subseqüente*" (destacamos) (art. 57, § 4º, CF). Pode-se dizer que tal preceito, a despeito de constar do texto constitucional, tem natureza regimental, por estabelecer uma disciplina jurídica aplicável somente à organização das Casas do Congresso e jamais à das Assembléias Legislativas dos Estados, que, no que diz respeito a essa específica matéria, ficam sem contar com qualquer tipo de parâmetro constitucional federal (material).[287]

Nessa versão do argumento *a contrario*, se uma determinada situação não pode ser tida como regulada pela única disposição que a ela aparentemente se aplicaria, então essa mesma situação considera-se não regulada por nenhuma outra disposição.

(ii) O *argumento da dissociação* consiste em introduzir, no conjunto das situações regidas pela disposição interpretada, uma distinção estranha à sua literalidade, de forma que a mesma não se aplique a todas as situações por ela expressamente alcançadas, mas apenas a uma subclasse destas. A subclasse de situações remanescente fica, assim, excluída do campo de aplicação da disposição interpretada, restando, em consequência, privada de qualquer disciplina jurídica.[288]

Como exemplo de um argumento de dissociação, imagine-se que, diante do preceito constitucional segundo o qual, "[e]nquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão" (art. 86, § 3º, CF), o intérprete estabelece que uma subclasse de casos – por exemplo, as prisões preventivas por conveniência da instrução criminal (art. 312, CPP) – não sejam alcançados

---

[285] Guastini, 2006a, p. 186.

[286] Guastini, 2006a, p. 185-6.

[287] Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 793, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.04.1997, *Ementário 1869-01*, p. 61-77.

[288] Guastini, 2006a, p. 186.

pela respectiva norma decorrente da interpretação do preceito. Essa subclasse, antes havida por regulada no mencionado preceito constitucional, passa então a não mais contar com essa guarida.[289]

3.2. Argumentos para prevenir e/ou integrar lacunas

A interpretação, assim como pode produzir, também pode evitar lacunas na medida em que um determinado texto normativo seja interpretado de tal modo que dessa atividade não resulte qualquer lacuna para o mesmo. Por outro lado, conforme ficará mais evidente, os mesmos procedimentos utilizados para evitar lacunas, também podem ser usados para colmatá-las. Entre as técnicas interpretativas comumente utilizadas para se chegar a esses dois resultados é possível mencionar novamente o argumento *a contrario* (em sua segunda versão), bem como as formas de argumentação baseadas na intepretação extensiva (argumento analógico e argumento *a fortiori*) e na interpretação evolutiva.[290]

(i) O *argumento "a contrario"* (em sua segunda versão) pode ser invocado para extrair da disposição interpretada uma determinada norma implícita que atribua a todas as situações não contempladas literalmente no preceito uma consequência jurídica em tudo contrária àquela estabelecida para os casos expressamente contemplados.[291]

Tomando-se como exemplo o preceito pelo qual "[o] Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções" (art. 86, § 4º, CF), tem-se que, segundo um raciocínio *a contrario* (na segunda versão), tanto Governadores quanto Prefeitos *não apenas* não contam com um preceito constitucional que lhes atribua prerrogativa semelhante *como ainda* estão sujeitos a uma norma implícita ao dispositivo em questão, pela qual estas autoridades locais submetem-se a uma disciplina totalmente contrária à daquele preceito.[292]

(ii) A *interpretação extensiva* é aquela que estende o significado imediato de uma determinada disposição para fazê-la incidir sobre certas situações que, segundo uma interpretação literal, não seriam por ela abrigadas. Essa interpretação pode ser alcançada

---

[289] Para um debate de questão semelhante em relação à prisão preventiva de Governador de uma unidade da Federação, cf. o HC 102732, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 04.03.2010 , *Ementário n. 2.400-4*, p. 680-829.

[290] Guastini, 2006a, p. 186. Fala-se aqui numa interpretação extensiva em sentido amplo.

[291] Guastini, 2006a, p. 186. Conforme é possível perceber, essa versão do argumento é semelhante àquela utilizada pela teoria da norma geral exclusiva e pela posição autonomista.

[292] Esse tipo de argumento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 978, Rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 19.10.1995, *Ementário n. 1809-01*, p. 1-48, em que se firmou o entendimento de que o mencionado artigo 86, § 4º, da Constituição Federal, aplica-se tão-somente ao Presidente da República, submentendo-se o Governador de Estado, por seu turno, a regime totalmente diverso.

mediante o emprego do argumento analógico e do argumento *a fortiori*. Assim, ante uma disposição jurídica que estabelece uma consequência (ou uma qualificação) a um determinado conjunto de hipóteses, essa disciplina também será aplicada àquelas situações que, embora não diretamente reguladas, (a) ou sejam semelhantes àquelas primeiras sob um aspecto considerado relevante para a regulação (argumento analógico), (b) ou mereçam, com maior razão, a mesma disciplina (argumento *a fortiori*). Desse modo, por esses argumentos é possível reconduzir para o campo de incidência de uma determinada norma aquelas situações que, não fosse por isso, estariam totalmente privadas de uma disciplina jurídica específica.[293]

(iii) A *interpretação evolutiva* presta-se a adaptar determinadas disposições jurídicas a situações novas da realidade, não originariamente consideradas como fazendo parte do seu âmbito de incidência caso considerada apenas a sua interpretação precedente. Como no caso anterior, reconduzem-se sob o campo de incidência de uma determinada norma aquelas situações que, não fosse assim, estariam totalmente privadas de uma específica disciplina jurídica.[294]

Como técnicas para *prevenir* lacunas, os argumentos expostos são comuns nos sistemas jurídicos em que está garantida a separação de poderes (e, portanto, vedada a criação de normas por parte dos juízes), não deixando de ser uma forma de assegurar o dogma da completude do ordenamento jurídico, ainda que pelo caminho da interpretação.[295]

Nem sempre é possível, porém, evitar o surgimento de lacunas apenas recorrendo a tais mecanismos. Quando uma interpretação minimamente sustentável não comparece na resolução do problema (por não caber, por exemplo, no "sentido literal possível" da disposição ou preceito), não resta outra saída ao órgão julgador a não ser (aceitar a lacuna e) produzir uma norma inteiramente nova, o que, todavia, quase sempre será feito de maneira disfarçada, sob a forma de "explicitação de normas implícitas", em razão daquele veto à produção judicial de direito.[296]

---

[293] Guastini, 2006a, p. 186-7.
[294] Guastini, 2006a, p. 187, e 2005, p. 230-1.
[295] Guastini, 2005, p. 231.
[296] Guastini, 2005, p. 231. Conforme será visto oportunamente, é o que parece fazer o Supremo Tribunal Federal quando faz uso do "princípio da simetria".

4. Situações de incompletude na ordem constitucional federativa

Conforme será possível perceber neste item, a ordem constitucional federativa é profícua no que diz respeito a situações de incompletude.

Com as considerações feitas nos itens anteriores, espera-se que o "olhar" sobre as questões que serão a partir de agora apresentadas adquira um novo significado.

4.1. Questões federativas sem solução constitucional evidente

Determinadas questões constitucionais respeitantes à forma federativa de Estado – doravante denominadas simplesmente *questões federativas* – são facilmente resolvidas tão logo o intérprete coloque-se a procurar-lhes uma resposta no texto da Constituição Federal, tendo em vista que para essas questões o constituinte dedicou um conjunto de preceitos relativamente claros.

Nesse sentido, constituem questões de fácil definição saber: (a) quantos Senadores cada Estado pode eleger por legislatura (art. 46, § 2ª, CF); (b) o que acontece com a lei estadual contrária à lei federal superveniente em matéria de legislação concorrente (art. 24, § 4º, CF); (c) se a União pode intervir em Municípios localizados em área de fronteira (art. 35, *caput*, CF); (d) se o Distrito Federal pode dividir-se em Municípios (art. 32, *caput*, CF); ou (e) se as lei e atos normativos estaduais podem ser objeto de ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "a", CF). Para todas essas questões, a Constituição Federal dá plena condição para que o intérprete localize facilmente uma resposta, vez que esta se encontra não apenas expressa, mas também de maneira muito clara no texto constitucional.

Por conta disso, todas essas questões federativas, na medida em que constituem problemas de fácil resposta perante o texto constitucional, podem ser consideradas como sendo "casos fáceis".

Por outro lado, questões há para as quais a Constituição não oferece qualquer resposta ou, ao menos, não a oferece de maneira clara, embora haja a sensação de que devesse fazê-lo. São exemplos de questões dessa natureza saber: (a) se os Estados-membros podem adotar o instituto da reclamação constitucional; (b) se a União pode isentar tributos dos outros entes federativos quando fizer as vezes de República Federativa do Brasil; (c) se o Distrito Federal deve ser tratado como Estado ou como Município em determinadas questões; (d) se os Municípios podem estabelecer novos direitos fundamentais em sua Lei Orgânica; ou (e) se a União, ao intervir no Distrito Federal, pode fazer as vezes de legislador local.

Tais modalidades de questão, embora sejam relevantes do ponto de vista de uma regulação constitucional, não encontram resposta precisa no texto da Constituição, razão pela qual constumam ser consideradas como típicos "casos difíceis".

Quando uma determinada questão federativa constitui um "caso difícil", é cabível considerá-la uma questão federativa *sem solução constitucional evidente*. E com essa expressão pretende-se abarcar seja os casos afetados pela indeterminabilidade horizontal da Constituição (que dão origem a lacunas normativas), seja os casos afetados pela sua indeterminabilidade vertical (que dão origem a lacunas de indeterminação), uma vez que ambas as categorias, sem distinção, caracterizam-se por serem casos de difícil resolução (os chamados *hard cases*).

Conforme uma distinção corrente, há situações às quais uma norma seguramente se aplica, ou seja, é pacífico que tais situações recaiam no campo de aplicação da norma, razão pela qual comumente se diz que tais hipóteses dão lugar a "casos fáceis". Inversamente, existem situações em relação às quais a aplicabilidade de uma certa norma é deveras duvidosa ou controversa, isto é, não se sabe ao certo se tais situações encontram-se no campo de aplicabilidade da norma, razão por que é frequente se afirmar que tais hipoteses dão lugar a "casos difíceis".[297]

Esmiuçando essas noções, Lorenzetti considera que um caso é *fácil* quando "não há nenhum inconveniente com a decisão judicial que não possa ser resolvido mediante a aplicação da lei e do método dedutivo". Por outro lado, o mesmo autor caracteriza os "casos difíceis" como "aqueles em que se detectam dificuldades no elemento normativo (determinação da norma aplicável, interpretação) ou no fático (prova dos fatos) ou na dedução (qualificação)".[298]

Pelas suas características, situações envolvendo "casos difíceis" demandam decisões (acerca do significado normativo a ser aplicado ao caso em questão) que exigem *justificação*, devendo, pois, ser devidamente argumentadas.[299]

Com isso em conta, pode-se dizer que uma questão federativa sem solução constitucional evidente é uma questão jurídica que, *por envolver um debate sobre a forma federativa, situa-se no âmbito do Direito constitucional, onde não encontra, considerando-se o conjundo conhecido de suas normas, uma solução clara ou evidente*.

---

[297] Guastini, 1993, p. 326-7. Segundo Guastini, a despeito de seu importante papel no debate sobre a melhor forma de resolver *hard cases*, Dworkin não chega a estabelecer uma distinção clara entre as diversas modalidades desses casos, por isso este autor deixará de ser mencionado (1986, p. 18, nt. 4).

[298] Lorenzetti, 2009, p. 158.

[299] Guastini, 1993, p. 327.

É inegável que ainda caibam muitas coisas nesse conceito. Embora nem todas interessem ao presente trabalho, a delimitação desse universo já representa um primeiro esforço de demarcação dessas situações, o qual, mais adiante, será aprofundado. Por ora, basta que sejam apontadas situações relacionadas à forma de Estado estampada na Constituição Federal brasileira as quais de maneira inequívoca constituem questões federativas sem solução constitucional evidente. Não seria preciso dizer que muitas dessas situações traduzem alguma forma de lacuna.

Uma primeira dificuldade encontra-se logo no artigo inaugural da Constituição de 1988. Ao se afirmar que "[a] República Federativa do Brasil [é] formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal", é possível que, com a mera leitura desse texto, não se saiba exatamenta o lugar do ente federativo central – a União – dentro da estrutura federal brasileira. É certo que um pouco mais adiante se deixa claro que "[a] organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos". Não obstante, nem por isso já é possível concluir daí que a União constitua a própria República Federativa do Brasil, ou se já é um organismo diferente e inferior a esta. Como é notório, a resposta a essa questão é fundamental para se saber tratar-se o Estado federal brasileiro de um modelo de três (União, Estados e Municípios, sendo União *o mesmo que* República Federativa) ou de quatro níveis (todos aqueles e mais a República Federativa, sendo esta *algo diferente da* União). Na primeira hipótese (União = República Federativa), as determinantes constitucionais impostas à União no âmbito nacional condicionariam também a atuação da República Federativa no âmbito externo.[300] Já na segunda hipótese (União ≠ República Federativa), não.[301]

Questão que ainda não foi suficientemente discutida no Brasil, mas que afeta o debate acerca dos direitos fundamentais em outros países, é se as Constituições Estaduais

---

[300] Sendo assim, em matéria tributária, por exemplo, também a República Federativa estaria submetida à seguinte cláusula vedatória da Constituição Federal: "Art. 151. É vedado à União: III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios".

[301] Após reconhecer a distinção entre União e República Federativa, o Supremo Tribunal Federal finalmente concluiu: "O âmbito de aplicação do art. 151, da CF, em todos os seus incisos, é o das relações das entidades federadas, entre si. Não tem por objeto a União Federal [*sic*] quando esta se apresenta como a República Federativa do Brasil, na ordem externa" (ADI 1600, Rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, *Ementário n. 2115-9*, j. 26/11/2001, p. 1854). O mesmo entendimento, exposto de forma mais contundente, pode ser encontrado também no RE 543943-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 30.11.2010, *Ementário n. 2464-02*, p. 469. Sem se referir àquela distinção, anota Bonavides que "[n]o federalismo brasileiro coexistem três níveis de governo – o federal, o estadual e o municipal –, observando-se absoluta preponderância do poder federal, com declínio da esfera estadual (autonomia dos Estados-Membros) e estagnação da órbita municipal (autonomia dos Municípios)" (1996, p. 383). Para este autor, o quarto nível estaria em formação, na senda de um "federalismo das Regiões" (1996, p. 362 e ss).

poderiam disciplinar e, mais do que isto, inovar em matéria de direitos fundamentais. Embora muitas o tenham feito, não se encontra uma resposta constitucional evidente para essa questão.

Difíceis também são os casos envolvendo a cláusula constitucional dos *poderes remanescentes*. Quando o texto constitucional estabelece que "[s]ão reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição" (art. 25, § 1º, CF), é possível extrair daí ao menos duas interpretações diferentes. Por um lado, pode-se considerar que todas as "matérias" sobre as quais não recaia qualquer vedação podem ser objeto da atuação estadual autônoma; nesse primeiro sentido, poder remanescente significa um conjunto de *assuntos* que, por não estarem reservados a qualquer outra esfera de competência (nem pública, nem privada), estão à livre disposição dos Estados, respeitados os limites constitucionais pertinentes ao seu exercício. Por outro lado, conforme aquele mesmo texto, também é possível dizer que todas as "possibilidades" de atuação criativa, qualquer que seja o assunto ou a matéria de competência estadual, estão permitidas aos Estados desde que não estejam de algum modo vedadas; nesse segundo sentido, poder remanescente significa um conjunto de *poderes* de livre exercício por parte dos Estados, respeitados os limites constitucionais correspondentes.

Também no âmbito da repartição de competências não há um consenso acerca do que se deve entender por *normas gerais* no âmbito da chamada competência concorrente. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência variam entre considerar "normas gerais" num sentido objetivo ou num sentido subjetivo. No primeiro caso, a expressão "normas gerais" equivale ao grau de abstração dessas normas, que seriam tomadas, assim, como normas sobre princípios. Num segundo sentido, a mesma expressão "normas gerais" coincidiria com "normas genéricas", no sentido de normas aplicáveis a todos, independente do seu índice de abstratividade.

Atrelada ao problema anterior, a questão de saber os limites da "competência suplementar" dependerá daquilo que se estabelecer quanto ao significado de normas gerais. Se estas forem apenas normas de princípios, então a competência suplementar versará sobre "questões específicas" – que, por sua vez, é outro termo difícil de se conceituar –, havendo assim de antemão uma estanque, muito embora nem um pouco nítida, linha divisória entre a competência federal para normas gerais e estadual para normas específicas. Se, por outro lado, normas gerais forem normas aplicáveis a todos independentemente do seu grau de abstração, então o poder remanescente não passa de

uma competência sobre aquilo que sobejar da disciplina estabelecida em lei federal sobre normas gerais, e desde que jamais contrarie a linha divisória estabelecida nestas.

Outra questão de difícil resposta diz respeito à possibilidade de intervenção do Estado-membro em Municípios localizados em seu território, na hipótese de violação por parte destes dos "princípios indicados na Constituição Estadual" (art. 35, IV, CF). Quantos e quais seriam esses princípios, bem como se os Estados são livres para determiná-los, são questões que não encontram resposta expressa ou clara no texto constitucional. E por não haver essa resposta é que o tema gera perplexidade, ante o risco de, a cada Constituição Estadual, variar o nível de comprometimento da autonomia municipal[302] em razão da quantidade (maior ou menor, a depender do respectivo Estado) desses princípios.

A Constituição Federal também nada diz acerca dos efeitos (*erga omnes*? *inter partes*? vinculante?) das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça em ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º, CF). Tal silêncio deixa em aberto uma série de questões relevantes, tais como (a) a força dessas decisões sobre o próprio Supremo Tribunal Federal, (b) o cabimento de reclamação perante as Cortes locais por descumprimento dos respectivos julgados em ações diretas, (c) os efeitos do recurso extraordinário contra essas decisões e (d) a consequente necessidade ou não de encaminhamento da decisão no recurso extremo ao Senado Federal para suspensão da lei ou ato normativo declarado eventualmente declarado inconstitucional.

Para não seguir mais longe, mencionem-se ainda, desta vez de maneira tópica, estas duas últimas questões:

- qual seria, segundo a Constituição Federal, o sistema eleitoral aplicável aos vereadores?

- quantos e quais são, para efeitos de limitação da autonomia dos Estados, os "princípios desta Constituição"?

Dada a quantidade e a variedade dessas questões – e, portanto, a impossibilidade de abordar todas e dar-lhes uma solução única –, convém que o universo da pesquisa seja mais uma vez recortado, a fim de serem contempladas questões com um mínimo de identidade.

Nesse sentido, retomando a proposta inicial do trabalho, serão apreciadas apenas as questões jurídicas comumente abordadas nos julgados do Supremo Tribunal Federal baseados no "princípio da simetria".

---

[302] A autonomia municipal mesmo, um princípio de observância obrigatória pelos Estados, sob pena de intervenção federal (art. 34, VII, "c", CF)

Conforme se verá, as questões federativas sem solução constitucional evidente comumente apreciadas nesses julgados envolvem quase sempre *o problema dos limites constitucionais à autonomia estadual*.

4.2. Três concepções de lacuna a propósito da ordem constitucional federativa: uma aproximação ao "princípio da simetria"

De início, convém demarcar que as questões jurídicas subjacentes às decisões baseadas no "princípio da simetria" são, antes de mais nada, casos difíceis com os quais o Supremo Tribunal Federal *tem que lidar*.

Nesse sentido, é nítida aqui a aplicação do princípio da proibição do *non liquet* também no âmbito do processo constitucional: o Supremo Tribunal Federal não pode simplesmente recusar-se a julgar a demanda, alegando inexistência de uma resposta para o caso.

Por outro lado, tratando-se de questões jurídicas, e de questões jurídicas de índole constitucional, dado o seu nítido viés federativo, uma resposta baseada na Constituição Federal se impõe e deve ser oferecida pela Corte mesmo quando o texto constitucional não a contemple de maneira evidente.

Desse modo, tal como se lhe exige na resolução dos casos fáceis – e talvez com maior razão do que nestes –, o Supremo Tribunal Federal *deve decidir* os casos difíceis com *fundamento* (e, portanto, *motivá-los* com base) em uma norma jurídica válida (princípio da legalidade/constitucionalidade das decisões judiciais).

Tendo isso em consideração, passe-se agora a uma primeira aproximação das questões jurídicas que geralmente estão em debate quando aquele Tribunal menciona o chamado "princípio da simetria". Para tanto, far-se-á uso de um caso hipotético, inspirado, no entanto, em inumeráveis decisões no mesmo tema.

Considerando-se que em geral as questões jurídicas discutidas nos precedentes sobre "simetria" repetem o padrão do caso hipotético que será descrito, buscar-se-á a partir dele oferecer maiores subsídios para a compreensão do tipo de lacuna ou de incompletude que afetam as escolhas do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação de questões federativas sem solução constitucional evidente, especialmente aquelas envolvendo os limites constitucionais à autonomia estadual.

Nesse sentido, importa saber quais as concepções de lacuna que estão em jogo quando se tem em mente a resolução dessas questões no contexto da ordem constitucional federativa.

Dito isso, proceda-seà descrição e à análise do caso.

Suponha-se que um Governador de Estado tenha ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade contra dispositivo de lei que tenha sido acrescido ao respectivo projeto de sua iniciativa privativa por força de emenda parlamentar. Em suas alegações, o chefe do Poder Executivo estadual argumenta que, uma vez que a referida emenda teria aumentado a despesa originalmente prevista no projeto, o preceito dela resultante seria inconstitucional por violação ao princípio da separação dos Poderes.

A despeito do encadeamento da argumentação trazida pelo Governador, o caso pode ser considerado difícil na medida em que (a) a Constituição Federal nada dispõe acerca do processo legislativo estadual,[303] (b) o princípio da separação de Poderes é tão abrangente que dele já não se pode extrair qualquer consequência concreta,[304] (c) a única *regra* existente no sistema constitucional acerca da situação hipotética é direcionada para o âmbito da União, e não dos Estados.[305]

Nas vezes em que é chamado a resolver um caso dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal depara-se com pelo menos uma das seguintes dificuldades, se é que não se defronta mesmo com todas elas ao mesmo tempo:

(1) Ao percorrer a Constituição formal em busca de uma resposta para o problema, a Corte não encontra uma regra sequer que aponte uma solução, mas identifica tão-somente um princípio que, por suas propriedades semânticas (abertura, indeterminação, vaguidade), relaciona-se apenas remotamente com o caso, sem, contudo, dar-lhe uma solução concreta.

A propósito desta primeira constatação, registrem-se os seguintes esclarecimentos:

(i) Ao "não encontrar uma regra constitucional sequer", a Corte fica impedida de num primeiro momento oferecer uma decisão para o caso, pelo simples fato de que, sem uma regra, não consegue "conecta[r] una consecuencia jurídica cualquiera con una clase de supuestos".[306]

(ii) Ao "identificar tão-somente um princípio constitucional", a Corte encontra-se diante de norma que, conquanto fundamental, é estruturalmente indeterminada, e, logo, essa norma "*no* establece exhaustivamente los hechos condicionantes, o bien no enumera

---

[303] Ou melhor, a única coisa que diz não tem relevância alguma para o caso: "A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual" (art. 27, § 4º, CF).

[304] "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (art. 2º, CF).

[305] "Não será admitido aumento da despesa prevista: nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República" (art. 63, I, CF).

[306] Guastini, 2008, p. 74.

las excepciones", exigindo, assim, "la formulación de otras normas [...] sin las cuales no sería apta para resolver casos concretos" e, ao mesmo tempo, podendo "actualizarse, ejecutarse o concretizarse en formas muy diferentes y alternativas".[307]

(iii) Ao "relacionar-se apenas remotamente com o caso sem lhe dar uma solução", o princípio identificado pela Corte apenas cumpre a vocação da maioria dos princípios que "no son idóneos para funcionar como premisa mayor (normativa) del silogismo a través del cual los órganos de aplicación aplican 'reglas'".[308]

De certo modo, a situação representada em *(1)* é semelhante – pelo menos num primeiro momento – a uma lacuna normativa, na medida em que esta for considerada como sendo a *ausência de uma norma* (ou, mais especificamente, de uma *regra*),[309] embora não se possa negar também que essa mesma situação padece com um problema de indeterminação.

(2) Diante disso, e uma vez que não localizou uma regra particular diretamente aplicável ao caso, a Corte enfrenta ainda uma outra dificuldade, que consiste em ter que escolher entre as seguintes alternativas:

(2.a) ou a Corte assume que o caso se encontra submetido a uma *norma geral exclusiva implícita* na Constituição Federal, ignorando desse modo o princípio em questão (por entender, por exemplo, que não há nada a dizer em relação a este e/ou por supor que o mesmo não vai além dos comandos normativos já revelados expressamente por outros subprincípios ou regras concretizadoras presentes no texto constitucional, sendo insuscetível, assim, aquele princípio, de quaisquer outros desdobramentos);[310]

(2.b) ou, a despeito da inexistência de uma regra particular para o caso, a Corte resolve sair em busca de uma solução com base no mencionado princípio (por considerar, por exemplo, que, submetido a determinados procedimentos interpretativos e/ou integrativos, tal princípio poderia servir de base à criação/revelação/explicitação de uma regra até então implícita).

Novamente, alguns esclarecimentos são necessários:

---

[307] Guastini, 2008, p. 76-7.

[308] Guastini, 2008, p. 78. Em outra obra, acentua o autor: "[e]n general, un principio sólo puede constituir la premisa (una de las premisas) de un razonamiento – habitualmente *no deductivo* – cuya conclusión sea una norma específica, elaborada y formulada por el intérprete" (Guastini, 1999: 165).

[309] Não se desconhece a opinião muito difundida de que, havendo um princípio expresso, não há razão para se falar em lacuna normativa. Assim, por exemplo, Bobbio, 1990, p. 160. No entanto, não se pode negar que quem conta tão-somente com um princípio para a resolução de um caso necessita mesmo é de uma regra.

[310] Em passagem bastante representativa dessa postura, Silva afirma que os "princípios enumerados ou estabelecidos pela Constituição Federal, que impliquem limitações à autonomia estadual – cerne e essência do princípio federalista –, hão que ser compreendidos e interpretados restritivamente e segundo seus expressos termos" (2004, p. 599).

(i) Na hipótese *(2)*, o intérprete pode sentir falta de uma norma que contenha um critério de escolha entre *(2.a)* e *(2.b)*, faltando, por assim dizer, uma metanorma para o caso; na falta desta, o intérprete volta-se então às seguintes situações:

(ii) Optando pela primeira hipótese *(2.a)*, o caso estará resolvido, pois o Estado-membro será livre para adotar a solução que quiser, e, assim, *tanto* a situação *(1)* não corresponderá mais a uma lacuna *como* a situação *(2)* não representará mais um dilema (dada a falta de um preciso critério de escolha entre as duas normas aplicáveis). Nessas circunstâncias, a norma geral exclusiva, mediante a aplicação do argumento *a contrario* que lhe é peculiar, fez as vezes de um *argumento para evitar lacunas*.

(iii) Optando pela segunda hipótese *(2.b)*, a Corte vê-se às voltas com um princípio, mas nenhuma regra inicialmente aplicável, e, assim, como que percebendo que o princípio é estruturalmente indeterminado, a Corte assume que a pauta por ele oferecida, se é que ele oferece alguma, carece de complementação. Nessa circunstância, o problema permanece em aberto e o caso ainda demanda uma resposta.

Do mesmo modo que na situação *(1)*, a situação representada em *(2)* é semelhante a uma lacuna normativa, mas, diferentemente do que ocorre na primeira situação, o que falta aqui não é uma norma qualquer, mas uma *metanorma* (mais propriamente uma *regra*) que estabeleça qual das duas alternativas – *(2.a)* ou *(2.b)* – deve ser adotada pela Corte.

(3) Supondo-se que tenha escolhido a hipótese *(2.b)* e que, portanto, necessite integrar ou preencher semanticamente o princípio, a Corte terá ainda a seguinte (e difícil) escolha a fazer:

(3.a) ou complementa o princípio a partir de outros casos semelhantes (reconhecendo, por exemplo, a existência de uma *norma geral inclusiva* e, assim, recorrendo ao princípio da isonomia, que, numa das suas feições, recomenda um tratamento igual a situações iguais),

(3.b) ou promove a *ponderação do princípio* com outros princípios constitucionais concorrentes.

Cabem alguns esclarecimentos em relação a ambas as opções:

(i) Embora a hipótese *(3.a)* não seja lembrada com tanta frequência, ela traz algumas vantagens, tais como (a) permitir a resolução do problema em conformidade com o sistema, (b) permitir uma integração conforme a Constituição, (c) prestigiar as opções de modelos previamente feitas pelo constituinte, (d) aproveitar as ponderações de princípios realizadas pelo constituinte para situações semelhantes e reveladas em regras

constitucionais preexistentes. Espera-se que mais adiante – se é que ainda não agora – fique claro que a orientação subjacente a esta hipótese *(3.a)* permeia toda a argumentação empreendida neste trabalho.[311]

(ii) Na hipótese *(3.b)*, o problema é saber quais são os princípios concorrentes. Em geral, os princípios confrontados pelo Supremo Tribunal Fedral são, por uma lado, o princípio material incidente sobre o caso (separação de poderes, por exemplo) e, por outro, o princípio formal da autonomia estadual. Sucede, porém, que esses princípios não são *a priori* confrontáveis. É que o princípio da autonomia estadual não se *choca*, mas simplesmente deve observar os princípios materiais a que está subordinado. Por outro lado, ao se apreciar o caso mais de perto, percebe-se que geralmente outros são os princípios – estes sim, contrapostos – em jogo. No caso da emenda parlamentar aumentando a despesa em projeto de lei de iniciativa reservada do Governador, o que está em jogo não é o confronto "separação de poderes" *versus* "autonomia estadual", mas a independência do Poder Executivo para apresentar os projetos de lei sobre aumentos da sua própria folha de pagamento e a liberdade da Assembléia Legislativa para dispor *sponte sua* sobre qualquer matéria deixada sob reserva de lei.

Novamente, o que falta aqui é uma *metanorma*, semelhante àquela requerida na situação *(2)*, que ajude a escolher entre as hipóteses *(3.a)* e *(3.b)*.

(4) A derradeira dificuldade a ser enfrentada pela Corte, tanto opte pela hipótese *(3.a)* como pela hipótese *(3.b)*, traduz-se, novamente, num problema de indeterminação: em que consiste, afinal, o princípio em análise quando reportado ao caso em questão? E esse problema já seria suficientemente grande sem os percalços que tanto o "discorrer por analogia" – subjacente à hipótese *(3.a)* – como o "concretizar por ponderação" – sujacente à hipótese *(3.b)* – podem por si sós apresentar.

Diferentemente das três situações anteriores, o que se tem aqui, portanto, é um problema de "lacuna de reconhecimento" ou "lacuna de indeterminação".

Para facilitar a apreensão, eis um resumo do quanto exposto:

Na situação *(1)*, tem-se a falta de uma regra (lacuna normativa por ausência de uma regra).

Nas situações *(2)* e *(3)*, tem-se a falta de um critério que auxilie na escolha entre as hipóteses alternativas *(2.a)* ou *(2.b)* e *(3.a)* ou *(3.b)* (lacuna normativa por ausência de um critério constante de uma metanorma).

---

[311] Mas não se vá muito longe nessa "predileção", vez que toda hipótese científica, inclusive esta, demanda ser comprovada.

Na situação *(4)*, a dificuldade se resume a um problema de indeterminação (lacuna de indeterminação ou de reconhecimento).

Veja-se sucintamente cada um desses fenômenos:

Situação (1) – Lacuna normativa por ausência de uma regra:

Na situação *(1)*, a lacuna decorre da *ausência de uma norma (regra)* estabelecedora de uma qualificação ou consequência jurídica.

Essa concepção de lacuna já foi objeto de consideração por pelo menos duas vezes no presente trabalho. Quando se discorreu a propósito da completude do ordenamento jurídico, afirmou-se que a completude consistia numa *ausência de lacunas*.

Na oportunidade, tinha-se em mente, conforme fora ressaltado, uma concepção de lacuna em *sentido normativo* nas suas duas versões principais, que foram assim apresentas: (a) um sistema jurídico contém uma lacuna quando um determinado comportamento não é de nenhum modo qualificado deonticamente por qualquer das normas constantes de seu repertório; ou (b) um sistema jurídico contém uma lacuna quando para uma determinada hipótese não se prevê nenhuma consequência jurídica por qualquer das normas integrantes de seu repertório.[312] Em outras palavras, "lacuna" (ao menos nesses dois sentidos) consiste na *ausência de uma norma jurídica*.[313]

Somando-se a tais sentidos de lacuna normativa, costuma-se ainda invocar alguns *critérios* que auxiliariam o intérprete a saber-se na presença ou não de uma lacuna desse gênero. Eis alguns dos principais:

(i) é preciso antes *sentir a falta* duma regulamentação;[314]

(ii) é preciso que a lacuna seja *contrária ao plano* de regulação;[315]

(iii) é possível que o respectivo sistema lacunoso tenha *disciplinado outras situações semelhantes*;[316]

(iv) é possível que o sistema lacunoso tenha *disciplinado a matéria como um todo de maneira pormenorizada*.[317]

Situações (2) e (3) – Lacuna normativa por ausência de uma metanorma:

Nessas situações, a lacuna decorre da ausência de uma *metanorma estabelecedora de um critério*.[318]

---

312 Guastini, 2005, p. 174 e 227; idem, 2006b, p. 28, nt. 93.
313 Bobbio, 1990, p. 115.
314 Engisch, 1996, p. 281.
315 Canotilho e Moreira, 1991, p. 58. Cf. Miranda, 1996, p. 270.
316 Canotilho e Moreira, 1991, p. 58.
317 Canotilho e Moreira, 1991, p. 58.

O critério faltante é justamente aquele que poderia determinar entre a aplicação de uma norma geral exclusiva ou de uma norma geral inclusiva. Nesse sentido, aduz Bobbio que "*[t]emos uma lacuna própria* somente onde, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, e o caso não-regulamentado pode ser encaixado tanto numa como na outra" (destacamos).[319]

Conforme Sanchís, saber quando se está diante de um "caso semelhante" é um problema de interpretação que nem sempre vem resolvido *a priori* por uma norma do sistema. Desse modo, ao próprio intérprete cabe *decidir* entre dois argumentos cujas soluções são inevitavelmente contraditórias: o argumento *a contrario* e o argumento *a simili*.[320]

O problema é que, conforme sustentado, em geral *falta* uma norma jurídica que estabeleça qual entre esses argumentos deve prevalecer; uma norma que, em outras palavras, determine se há ou não uma semelhança relevante entre os casos. E, inevitavelmente, a ausência de tal norma constitui por si só um caso de lacuna.[321]

Machado, a seu turno, anota que nesses casos "um espaço jurídico à primeira vista 'duplamente ocupado' fica a constituir um espaço jurídico 'desocupado', uma lacuna".[322]

Situação (4) – Lacuna de indeterminação ou de reconhecimento por ausência de um sentido:

Nessa última situação, a lacuna decorre da ausência de um sentido estabelecedor de normatividade.

Conforme Larenz, "a Constituição [...] serve-se frequentemente de conceitos carecidos de preenchimento".[323] Sanchís, a seu lado, sustenta que "la existencia de lagunas parece incuestionable, al menos si admitimos el carácter indeterminado que presenta el lenguaje normativo".[324]

Em determinados casos, conforme registra Bustamante, uma expressão "é tão ambígua que não possui qualquer valor normativo, de modo que há uma lacuna

---

318 Fala-se numa metanorma a propósito de uma norma que menciona (ou versa acerca de) uma outra norma (Guastini, 2006b, p. 47-8).

319 Bobbio, 1990, p. 143.

320 Sanchís, 2007, p. 126.

321 Cf. Sanchís, 2007, p. 126.

322 Machado, 2006, p. 196.

323 Larenz, 1997, p. 514. No nível dos princípios "estão reunidas coisas extremamente diversas. Mas mais importante que a referência a essa diversidade é a constatação acerca da sua indeterminação. No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa" (Alexy, 2008: 139).

324 Sanchís, 2007, p. 124.

jurídica".[325] E, em sentido próximo, arremata Soriano que "[l]as lagunas jurídicas pueden estar causadas tanto por la falta de regulación como por una regulación oscura".[326]

Nesse sentido, as "lacunas" de que se está atratar aqui coincidem com aquilo que se convencionou chamar de "lacunas de reconhecimento".

Alchourrón e Bulygin consideram haver uma *lacuna de reconhecimento* naqueles "casos individuales en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión".[327]

Segundo esses autores, tal dificuldade de acoplamento de uma *determinada* situação concreta a uma *indeterminada* hipótese normativa não pode ser de todo eliminada, pois tem sua origem na própria "vaguedad – actual o potencial – que los conceptos jurídicos comparten con todos los conceptos empíricos", daí a sua conexão com o que em Hart se denomina "problemas de penumbra".[328]

Essa vaguidade, por ser uma característica da própria linguagem, nunca pode ser de todo eliminada, senão mitigada consideravelmente mediante o "uso de conceptos técnicos, introducidos por medio de definiciones explícitas, que estipulan expresamente sus reglas de aplicación".[329] A propósito, tais conceitos estipulativos assemelham-se àquilo que Alexy chama de "regras semânticas", que são voltadas justamente a possibilitar a interpretação de certas normas constitucionais extremamente indeterminadas, por força, entre outras coisas, de sua abertura semântica.[330].

As lacunas de reconhecimento contituem um fenômeno praticamente inevitável no momento da aplicação de normas jurídicas a casos individuais, visto que "[s]iempre cabe la posibilidad de que se presente un objeto atípico e insólito que escape a las reglas de aplicación del concepto, por más minuciosas y numerosas que ellas sean".[331]

Sendo inevitáveis, cabe então ao jurista encontrar os meios para lidar com elas.

---

325 Bustamante, 2008, p. 381.
326 Soriano, 2002, p. 201.
327 Alchourrón e Bulygin, 2006, p. 63.
328 Alchourrón e Bulygin, 2006, p. 62 e 64.
329 Alchourrón e Bulygin, 2006, p. 62.
330 Alexy, 2007, p. 226. Ao problema das regras semânticas se voltará em breve.
331 Alchourrón e Bulygin, 2006, p. 62 e 63.

Capítulo III – UM CRITÉRIO PARA O FECHAMENTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL FEDERATIVA

1. Completude da ordem constitucional federativa?

Seria frustrante chegar até aqui sem uma resposta um pouco mais precisa acerca da completude da ordem constitucional federativa. Esta, diferentemente da ordem jurídica global, não se pretende – nem efetiva, nem idealmente – fechada. Ao contrário, nesse aspecto a ordem constitucional federativa mais se aproxima da ordem constitucional na qual se integra. Assim, tal como esta, a ordem federativa é dotada de um *caráter assumidamente aberto*, em razão do qual padece, tanto quanto a ordem constitucional, com os problemas inerentes a tal abertura.

Por ser uma ordem aberta, a ordem constitucional federativa necessita conviver tanto com uma indeterminabilidade horizontal – que a torna *carente de normas* – quanto com uma indeterminabilidade vertical – que torna suas normas *carentes de densidade normativa* –, aspectos nos quais reside, aliás, a explicação para muitos dos "casos difíceis" por ela regulados.[332]

Tais casos, responsáveis por veicular verdadeiras *questões federativas sem solução constitucional evidente*, são o principal desafio do operador que se coloca a intepretar, aplicar e eventualmente colmatar aquele microssistema constitucional.

Para que tais tarefas não fiquem à mercê de um voluntarismo interpretativo – vez que totalmente livres de interpretação jamais vão ficar –, é preciso que se lhes determine um norte, uma razão central que oriente o complexo trabalho de resolução daquelas questões difíceis. E se esse norte não puder recair – ao menos por completo – em qualquer das posições em prol de um fechamento da ordem constitucional federativa, antes expostas, deve-se então desenvolver um último esforço para se encontrar um mínimo critério de decisão para aquelas questões.

Sendo esse o diagnóstico da ordem constitucional federativa, uma ordem inequivocamente marcada pela incompletude do correspondente sistema e pela indeterminação das respectivas normas, qual seria então a profilaxia para evitar – e, sendo o caso, colmatar – as suas inevitáveis lacunas?

---

[332] Indeterminabilidade horizontal e vertical coincidem, respectivamente, com os conceitos antes apresentados de abertura horizontal e vertical. Nesse sentido, cf. Canotilho, 2001, p. 193.

1.1. Completude como existência de um parâmetro material de controle

Para tentar responder a essa questão, as atenções devem ser voltadas à pergunta que intitula o presente item: existe uma completude da ordem constitucional federativa? Na medida em que esse microssistema está contido na ordem constitucional propriamente dita, compartilhando com esta as mesmas características, nada impede que essa pergunta seja então ampliada e, portanto, reescrita nos seguintes termos: *existe uma completude da própria Constituição?*

Em caso positivo, conviria explicitar em qual sentido se pode falar nessa completude, *rechaçando-se desde logo a hipótese de que ela se traduza na existência de uma específica disposição expressa preexistente para toda e qualquer questão federativa que se apresente*.

O problema que pode ser colocado, portanto, especialmente a propósito de qualquer ordem constitucional *rígida*, é se a Constituição seria ou não completa. Nesse aspecto, e conforme se disse, não interessa tanto saber se a Constituição qualifica juridicamente ou atribui uma consequência jurídica, fornecendo assim uma resposta, para toda a questão que se lhe coloque. A isso, já se teve a oportunidade de responder negativamente. Desta feita, o desafio é saber se a Constituição contém normas que vinculam o conteúdo, limitando-o, de *toda e qualquer norma infraconstitucional futura* – no que se inclui, por óbvio, o direito produzido pelos Estados-membros, inclusive o de caráter constitucional.[333]

O que se quer saber, em outras palavras, é se qualquer norma infraconstitucional (as da Constituição Estadual, inclusive), qualquer que seja o seu objeto ou conteúdo, encontra na Constituição Federal *pelo menos um* critério substancial de validade que lhe sirva de parâmetro e ao qual, na linha de um controle de legitimidade, deva submeter-se.[334]

Para melhor esclarecimento, relembre-se que a inconstitucionalidade material de uma norma decorre sempre de um vício substancial envolvendo a "contradição entre a norma constitucional" e "o próprio conteúdo do ato impugnado".[335]

---

[333] Guastini, 1999, p. 302-3. Por se presumir que no geral as normas infraconstitucionais estão sempre sujeitas aos critérios de produção normativa estabelecidos pela Constituição Federal – contando sempre, portanto, com os *parâmetros formais* de controle estabelecidos num procedimento legislativo constitucionalizado –, então sempre haverá um parâmetro de validade *formal* possível para se declarar, no todo ou em parte, a (i)legitimidade constitucional de um determinado ato por esse específico aspecto. O que é problemático, portanto, não é se a Constituição se faz completa de um ponto de vista formal, mas de um ponto de vista material. Cf. Guastini, 2001, p. 180.

[334] Guastini, 1999, p. 303, e 2001, p. 180. As partes citadas desta última obra encontram-se igualmente em Guastini, 2004, p. 309-312.

[335] Mendes, 1990, p. 36. Para outros desdobramento acerca da inconstitucionalidade material, cf. Ramos, 1994, p. 162 e ss. Sobre o problema da inconstitucionalidade material como violação de uma "norma de produção jurídica que delimita a matéria", cf. Ivo, 2006, p. 24-6.

Tratando-se de uma *antinomia* entre uma determinada norma infraconstitucional e a própria Constituição, tal situação pode ser assim representada:[336]

- Uma norma constitucional estabelece para uma certa hipótese *F* uma determinada consequência jurídica *G* ("Se *F*, então *G*"). Por seu turno, uma norma infraconstitucional, em relação à mesma hipótese *F*, determina uma diversa e constitucionalmente incompatível consequência jurídica *não-G* ("Se *F*, então *não-G*").

Para se raciocinar em termos mais concretos, basta que se considere uma determinada norma constitucional que estabeleça o sigilo das votações para o processo de perda de mandato de Deputado Estadual perante a Assembléia Legislativa,[337] ao lado de outra norma de uma Constituição Estadual que estabeleça justamente o contrário, isto é, imponha o voto aberto para esse tipo de situação.[338] Considerando-se que a Constituição Federal é dotada de um caráter hierárquico-normativo superior em relação à Constituição Estadual, tem-se que a norma estadual, com aquela incompatível, considera-se, assim, inválida.[339]

Demarcado o sentido do vício de inconstitucionalidade material, retome-se a questão anterior, desta feita em forma de pergunta: *a Constituição contém ao menos um critério substancial que potencialmente sirva de parâmetro de controle de validade para quaisquer normas infraconstitucionais independentemente do conteúdo destas?*

A resposta a esse questionamento revelará se a Constituição (a) contém parâmetros capazes de efetivamente disciplinar *quaisquer possíveis situações* de inconstitucionalidade que se lhe apresentem, sendo, portanto, ao menos nesse aspecto, completa; ou se, ao contrário, (b) apenas contém parâmetros para disciplinar *um número, embora vasto, mas de todo modo finito ou limitado* dessas situações de inconstitucionalidade, sendo, pois, incompleta.[340]

---

336 Conforme o esquema exposto por Guastini, 2001, p. 180.

337 A norma em questão consta do artigo 27, § 1º, da Constituição Federal ("Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando- sê-lhes as regras desta Constituição sobre [...] perda de mandato [...]"), que por sua vez remete ao artigo 55, § 2º, da mesma Carta ("[...] a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados [...] por voto secreto [...]").

338 Como é o caso da Constituição do Estado de São Paulo: "Artigo 16 - Perderá o mandado o Deputado: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; [...] IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos [o inciso IV é objeto da ADI 3200-3 – STF] [...] § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI deste artigo, a perda do mandato será decidida pela Assembléia Legislativa, por votação nominal e maioria absoluta, mediante provocação da Mesa ou de partido político representado no Legislativo, assegurada ampla defesa".

339 Conforme se sabe, esta hipótese já foi diversas vezes apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Por todos, conferir o caso julgado na ADI 2461, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 12.05.2005, *Ementário n. 2208-01*, p. 135.

340 Guastini, 1999, p. 303, e 2001, p. 180.

Na primeira hipótese, sempre haverá *pelo menos um* parâmetro constitucional substantivo com que se controle uma determinada norma infraconstitucional disciplinadora de uma dada situação. Já na segunda hipótese, ainda que haja um critério de legitimidade para um que outro caso, não haverá parâmetro de controle suficiente para tudo quanto é sorte de situação, o que daria espaço para que muitas leis não pudessem ser confrontadas materialmente com nenhuma norma da Constituição de modo a controlar-lhes a legitimidade em face desta.[341]

Assim colocada a questão, já é possível alinhavar uma resposta.

1.2. Completude da Constituição e princípio geral de igualdade

A *tese da incompletude da Constituição*, segundo os termos acima delineados, pode ser sustentada com a simples enumeração de *todas* as hipóteses de fato especificamente disciplinadas pelas normas constitucionais. Como resultado dessa hipotética medição, seria possível demonstrar que as normas constitucionais, porquanto numerosas, apresentam-se em quantidade *finita*. Conforme se percebe, para se chegar a esse resultado é preciso que se adote uma postura em tudo coincidente com a posição autonomista antes apresentada, atribuindo-se ao texto constitucional uma interpretação "tendenzialmente letterale se non restrittiva",[342] na medida em que reduz a muito pouco a "vocação onicompreensiva" da Constituição no tocante aos demais setores da ordem jurídica.[343]

Por outro lado, a *tese da completude da Constituição* pode ser desdobrada em duas diferentes versões, a saber:

(i) Numa primeira versão, a completude da Constituição é alcançada mediante uma interpretação meramente extensiva dos preceitos constitucionais (quando isso for possível, obviamente), o que significa o mesmo que interpretar tais disposições como se as mesmas exprimissem não propriamente regras específicas, aplicáveis a determinadas espécies de casos, mas *princípios genéricos dotados de um campo de aplicação em tudo indeterminado*.[344]

Não por mera coincidência, essa postura coincide com a já mencionada posição simetrista, que, conforme visto, aos moldes de uma indiscriminada interpretação extensiva, transforma as regras constitucionais voltadas à União em normas gerais aplicáveis indistintamente, e sem qualquer critério, aos demais entes da Federação.

---

341 Guastini, 1999, p. 303.
342 Guastini, 2001, p. 181.
343 Esta última expressão aspeada foi colhida em Reyes, 2007, p. 61.
344 Guastini, 2001, p. 181.

(ii) Na sua segunda versão, a completude da Constituição é alcançada *desde que* nela se inclua *ao menos uma* norma, por assim dizer, privada de um específico objeto ou conteúdo e, portanto, referível, na condição de parâmetro substancial de legitimidade, a qualquer norma infraconstitucional futura, qualquer que seja o assunto por esta regulado.[345]

Para alguns, uma norma-parâmetro capaz de ocupar essa posição – especialmente por estar assegurada, senão em todas, pelo menos na maioria das Constituições – é o *princípio geral de igualdade*, aqui compreendido como "una prohibición *general* de discriminación (dirigida al legislador)".[346]

Segundo essa sua *dimensão*, o princípio da igualdade *não chega a estabelecer consequências jurídicas* a quaisquer hipóteses de fato que acorram ao intérprete em busca de uma solução baseada no texto constitucional. Isso porque a forma lógica dessa versão do princípio da igualdade não é algo como "Se cidadãos, *então* iguais" ou do tipo "Se entes federativos, *então* iguais", donde a cidadania ou a estatalidade federal constituam a hipótese, e a igualdade, a respectiva consequência.

Diferente disso, o princípio da igualdade – seja como igualdade entre os cidadãos (art. 5º, *caput*, CF), seja como igualdade entre os entes federativos (art. 19, III, CF), para ficar em dois exemplos[347] – na verdade contribui para disciplinar *a própria formação da hipótese de fato*, qualquer que seja esta.[348]

Assim, por exemplo, se a Constituição veta a discriminação entre os entes federativos, não pode o legislador, ao estabelecer uma nova hipótese de fato (nem o juiz, ao interpretá-la), nela incluir algum ou alguns desses entes e excluir outro(s) do campo de

---

[345] Guastini, 1999, p. 303. Com isso, não se quer dizer que esta norma não veicule conteúdo algum, mas sim que este é tão abstrato que seria capaz de irradiar (incidir) sobre um número quase que indeterminado de assuntos. Nem por isso, entretanto, normas como essa perdem a sua condição de "normas de produção jurídica que delimitam a matéria" veiculada por uma outra norma, esta de caráter inferior (Ivo, 2006, p. 24), ou seja, "norme che limitano il contenuto di una competenza" (Guastini, 1993, p. 32). Na verdade, conforme será visto adiante, essa norma constitui uma "super-norma", que influi na aplicação de todas as outras. A propósito, cf. Ávila, 2008, p. 136.

[346] Guastini, 1999, p. 303, onde também entende que a mesma posição poderia ser ocupada por um "principio de 'razonabilidad'".

[347] No primeiro caso, "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito [...] à igualdade [...]"; no segundo, "Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - criar [...] preferências entre si". Relembre-se ainda que estas não são as únicas projeções do princípio da igualdade na ordem constitucional brasileira.

[348] Guastini, 2001, p. 181-2.

incidência da norma assim criada.[349] E isso independentemente da consequência jurídica – vantajosa ou não – que estiver em causa.[350]

Do mesmo modo, ainda em relação aos entes federativos, não pode o legislador (e novamente o juiz) estabelecer discriminações disfarçadas, tratando um determinado ente federativo com maior ou menor privilégio que deveria ter, considerada a sua situação jurídica em relação ao outros entes, segundo a própria Constituição Federal. Nesse sentido, é vedado qualquer tratamento discriminatório, ainda que não esteja em questão o estabelecimento (ou a interpretação) de uma disciplina normativa comum, ou seja, destinada a regular indistintamente todos os entes da Federação.

A utilidade desse último critério de completude comparece com toda sua força nos casos de lacuna constitucional. Não havendo um específico parâmetro em face do qual se possa confrontar um determinado "caso difícil", então um último recurso pode ser tentado com o auxílio do princípio da igualdade, de modo que, na pior das hipóteses, ante a inescusável busca de uma solução para o caso, o intérprete sempre contará com o critério – e com o respectivo dever de julgar fendamentadamente com base nele – de *tratar os casos iguais de maneira igual, e os casos diferentes, de maneira diferente*.

A validade deste critério não só para identificar, mas também para colmatar lacunas, é amplamente reconhecida na teoria geral do direito, tal como se deduz, por exemplo, da seguinte passagem de Larenz:

> Um princípio que é inerente a toda a lei porque e na medida em que pretende ser "Direito", é o do *tratamento igual daquilo que é igual*. Se uma lei regula uma determinada situação de facto *A* de uma maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso *B*, que é semelhante àquele no sentido da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei.[351]

No âmbito do Direito constitucional, não é outro o entendimento firmado por Canotilho e Moreira, quando sustentam que "[i]ndícios da existência de uma lacuna constitucional são, designadamente, o facto de casos semelhantes estarem previstos na Constituição".[352]

---

349 Salvo se para tanto contar com uma permissão constitucional, obviamente.

350 Do mesmo modo, não pode também o intérprete, ao estabelecer uma determinada interpretação para um princípio constitucional, fazê-lo incidir de maneira desigual entre os destinatários comuns do mesmo princípio.

351 Larenz, 1997, p. 531.

352 Canotilho e Moreira, 1991, p. 58.

E, conforme se disse, o mesmo critério que serve para identificar, serve também para colmatar lacunas, visto que, conforme aponta Goldschmidt, "[s]i un caso no está previsto en la fuente formal, pero la fuente formal aborda otro caso que ofrece las mismas características esenciales, la regulamentación del último debe darse igualmente al primero".[353]

Sob tal perspectiva, a completude da Constituição Federal torna-se inequívoca, bem como a possibilidade de submissão do direito infraconstitucional aos seus termos, inafastável.

Somente nesste sentido – que calha aos fins deste trabalho – é que se pode falar em completude da Constituição.

1.3. O postulado da igualdade federativa

No item anterior, ao falar-se no princípio da igualdade e numa determinada *dimensão* desse princípio, não se esclareceu exatamente que dimensão seria esta ou mesmo se haveria – e, neste caso, quais seriam – as outras dimensões, o que, entretanto, será feito na presente oportunidade.

Há pelo menos três *dimensões* ou *sentidos normativos* nos quais se pode tomar o princípio da igualdade:[354]

- como *igualdade-postulado*, consiste numa norma utilizada para orientar o intérprete na aplicação de outras normas;

- como *igualdade-princípio*, consiste numa norma que aponta para um estado ideal de igualdade a ser alcançado; e, por fim,

- como *igualdade-regra*, consiste numa norma que veda o emprego de determinados critérios de comparação.

Apesar de no presente trabalho falar-se num "princípio" da igualdade, o significado com que aqui se tem tomado a expressão é o de uma *igualdade-postulado*, única dimensão com que se quis empregar o termo "igualdade" até agora e que será melhor desenvolvida a partir de então.

Como igualdade-postulado, o princípio da igualdade converte-se numa norma que estabelece parâmetros para a aplicação de outras normas, constituindo, assim, ela própria, uma *metanorma*.[355]

---

[353] Goldschmidt, 2005: 294-5.

[354] Ávila, 2008, p. 133 e ss.

[355] Ávila, 2008, p. 134. O conceito de "metanorma" já foi apresentado no item 7.3.2. A propósito, cf. Guastini, 2006b, p. 47-8.

Essa função de metanorma é exercida pelo princípio da igualdade quando, por exemplo, ele "direciona a aplicação isonômica de qualquer princípio substancial". Nesses casos, diz-se que "qualquer princípio substancial implica *igualdade na aplicação*: quando vários sujeitos são protegidos por um princípio, o princípio gera igualdade de direitos", e, desse modo, "o conteúdo de qualquer norma [passa a ser] o de tratar certas pessoas igualmente".[356]

Diante disso, é possível afirmar que, com base na igualdade-postulado, não se garante apenas a *aplicação isonômica de um princípio*, mas também que todos os destinatários desse mesmo princípio usufruirão das mesmas condições por ele asseguradas.[357]

Nesse sentido, o princípio da igualdade (como igualdade-postulado) pressupõe "que cada princípio traz, em si, a necessidade de ser aplicado de modo isonômico e que sua aplicação fica garantida a todos quantos preencherem os seus requisitos".[358]

Assim compreendido, o princípio da igualdade(-postulado) remete à dimensão exposta no item anterior, segundo a qual tal princípio é apto a servir de parâmetro de controle não apenas para as interpretações de princípios realizadas pelo próprio legislador, mas também para aquelas leituras efetivadas pelos órgãos judiciais de controle. Em ambos os casos, nem o legislador pode regulamentar, nem o julgador pode interpretar um determinado princípio constitucional comum ou uniforme de forma divergente daquela que é feita em relação aos demais destinatários do mesmo princípio.

Daí a razão para se reconhecer que "a igualdade também funciona como uma norma que estrutura a aplicação de outra, situando-se analiticamente (não axiologicamente) acima dela, para dizer que é válida somente aquela diferenciação, baseada num vínculo fundado e conjugado com a finalidade que legitima o seu uso. Trata-se, assim, de uma metanorma".[359]

Como "norma que orienta o intérprete na aplicação de outras normas", isto é, como "critério de aplicação de outras normas", o princípio da igualdade(-postulado) "contém, entre outras prescrições, que as normas devem ser aplicadas de modo igual e imparcial a todos aqueles que se submetem ao seu âmbito de aplicação".[360]

---

356 Ávila, 2008, p. 134.
357 Cf. Ávila, 2008, p. 134.
358 Ávila, 2008, p. 135.
359 Ávila, 2008, p. 135.
360 Ávila, 2008, p. 135.

Nessa linha, é como se o princípio da igualdade estivesse a todo instante a dizer, na feliz imagem de Ávila, *"aplique as outras normas de modo isonômico"*, e, desse modo, fazendo de si uma *super-norma*, exatamente por influir "na aplicação de todas as outras [normas], que devem ser aplicadas de modo uniforme".[361]

A importância dessa dimensão do princípio da igualdade para o tema em questão no presente trabalho está em que, diante da aplicação de determinados princípios constitucionais homogêneos, isto é, comuns a todos os entes da Federação, na falta de uma densificação constitucional suficientemente clara desses princípios em relação a algum ente federativo, uma boa forma de diminuir essa indeterminação é aplicando tal princípio indeterminado do mesmo modo que o legislador constituinte o fez em relação a outros entes políticos previamente definidos.

Desse modo, é possível vislumbrar aqui uma espécie de *postulado da igualdade federativa*, segundo o qual os princípios constitucionais homogêneos devem ser interpretados – seja pelo legislador, seja pelo órgão judicial – de modo a que as suas notas essenciais incidam de maneira comum e uniforme a todos os entes federativos a eles subordinados.

Assim, não haveria espaço na Federação brasileira para tantos princípios – da separação de poderes, ou democrático ou republicano, ou do estado de direito, etc. – quantos fossem numericamente os entes federativos. Ao menos em suas notas essenciais, assim definidas pelo intérprete autorizado em cada circunstância, *uma única versão* de cada princípio deveria ser *imposta indistintamente* a todos os entes da Federação.

Note-se que a metanorma da igualdade-postulado, conforme acima já se insinuou, pode apresentar também um importante papel como "regra semântica" na definição e aplicação de certos principios constitucionais indeterminados.

Conforme observado por Alexy, certas normas constitucionais podem ser extremamente indeterminadas, por força, entre outras coisas, de sua abertura semântica. Em tais casos, uma forma de combater essa indeterminação pode se dar pelo estabelecimento de *regras semânticas*.[362]

Um argumento semântico, subjacente a uma correspondente regra semântica, ocorre "cuando se justifica, se critica o *se afirma como posible, con referencia al uso del lenguaje, una [determinada] interpretación*". Logo, "[l]os argumentos semánticos pueden

---

361 Ávila, 2008, p. 138 e 136, respectivamente.

362 Alexy, 2008, p. 70.

usarse para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible, *al menos semânticamente*" (destacamos).[363]

Independentemente das razões nas quais se possa basear a validade de uma regra semântica, o que importante é ressaltar o seu papel na fundamentação de uma decisão tomada a partir de um tipo de norma que se apresenta extremamente indeterminada, como é o caso dos princípios constitucionais.

Feitos esses esclarecimentos, cabe adentrar no último tema reservado ao presente item.

1.3.1. A "fórmula Pertence"

Uma elaboração do postulado da igualdade federativa no Direito constitucional brasileiro, com um inequívoco papel seja como metanorma, seja como regra semântica, *corresponde* àquilo que ora será denominado de a *"fórmula Pertence"*, assim intitulada em homenagem ao seu principal formulador.[364]

Nos albores da Constituição de 1988, quando o Supremo Tribunal Federal não sabia ainda muito bem o que fazer com a autonomia dos Estados, a despeito de já receber à época dezenas de ações diretas de inconstitucionalidade acerca dos seus limites constitucionais, o Ministro Sepúlveda Pertence engendrou um argumento semântico que viria a confortar a angústia daqueles que não sabiam como fazer para recolocar a autonomia estadual nos eixos da constitucionalidade sem transparecer um excessivo apego ao modelo constitucional anterior.[365]

Embora a "fórmula Pertence" tenha sido elaborada para um caso envolvendo a temática do processo legislativo estadual, ela vale para todas as questões federativas sem solução constitucional evidente nas quais estiver em jogo uma discussão acerca dos limites

---

363 Alexy, 2007, p. 226.

364 José Paulo Sepúlveda Pertence foi Ministro do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1989 e 2007, quando consagrou a "fórmula" aqui apresentada. Talvez nenhum outro integrante da Suprema Corte brasileira tenha combatido tanto a prática subjacente ao "princípio da simetria" do que o Ministro Sepúlveda Pertence, a quem sempre repulsou o fato de o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de leis e atos locais com base num postulado sem assento constitucional e de legitimidade duvidosa. A considerar somente essa postura crítica do Magistrado em relação à "simetria", a sua contribuição já seria assaz honrosa. Mas o espírito crítico e atento de um dos mais combativos defensores – não apenas do federalismo, mas principalmente – das autonomias locais deixou um legado bem mais importante: aquilo que, com merecida homenagem, pode ser apelidado de a "fórmula Pertence".

365 O receito dos Ministros desta primeira fase de aplicação da Constituição de 1988 era o de adotar interpretações que no fundo retomassem a lógica de dois artigos da Constituição de 1967/69, duramente criticados pela doutrina: (a) o artigo 13, que enumerava um extenso rol de "princípios" constitucionais a serem obrigatoriamente observados pelos Estados-membos; e (b) o artigo 200, que determinava a *incorporação automática* das disposições constantes da própria Constituição Federal, no que coubesse, ao direito constitucional legislado dos Estados.

da autonomia local em face de algum princípio constitucional homogêneo de caráter indeterminado.

Antes de apresentar o conteúdo da "fórmula", convém contextualizar o seu surgimento.

Para isso, relembre-se que, nos termos da Constituição passada, "[o]s Estados [organizavam-se] e [regiam-se] pelas Constituições e leis que [adotassem], respeitados dentre outros princípios estabelecidos [naquela] Constituição, os seguintes: (...) o processo legislativo" (art. 13, III, CF 1967/69). Por outro lado, a mesma Constituição determinava que "[a]s disposições [dela] constantes [...] [ficariam] incorporadas, no que [coubesse], ao direito constitucional legislado dos Estados" (art. 200, CF 1967/69), "[podendo] adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis" (art. 200, par. ún., CF 1967/69).

De todas essas fórmulas, a Constituição de 1988 apenas adotou aquela que estabelece que "[o]s Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios [da] Constituição", sem, no entanto, enumerar – tal como fazia a Constituição revogada – um extenso (mas também seguro, conforme pouco se reconhece) rol desses "princípios", deixando de lado, por exemplo, qualquer menção expressa ao modelo de processo legislativo estadual a ser adotado.[366]

Numa das primeiras ações diretas apreciadas sobre o tema – senão a primeira –, questionava-se a constitucionalidade de dispositivos oriundos de emenda parlamentar a projeto de lei encaminhado pelo Governador versando matéria de sua competência privativa. Aprovado o projeto, tais preceitos passaram impor um ônus financeiro mais elevado do que aquele que inicialmente seria suportado caso o projeto tivesse sido aprovado em sua composição financeira original.

---

[366] Para não se dizer que a Constituição de 1988 absolutamente nada trouxe em relação ao processo legislativo dos Estados, registre-se que o texto constitucional dispôs que "[a] lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual" (art. 27, § 4º), deixando, todavia, sérias dúvidas sobre a quem competiria tal regulação – se aos Estados, vez que o processo legislativo estadual integra a sua autonomia organizacional (art. 25, *caput*, CF 1988), ou se à União, a quem compete legislar sobre direito eleitoral (art. 22, I, CF 1988) e, consequentemente, sobre os instrumentos da democracia participativa, entre eles a iniciativa popular para leis (art. 14, III, CF 1988). A propósito, a Lei federal n. 9709, de 18 de novembro de 1998, apenas contemplou em seus termos a iniciativa polpular exercida perante a Câmara dos Deputados (art. 13), tal como prevista na Constituição Federal (art. 61, § 2º), nada abordando acerca de semelhante participação no âmbito do processo legislativo estadual. Diante disso, pergunta-se: caberia aqui uma interpretação analógica para aplicar aos Estados a regra do artigo 29, XIII, da Constituição Federal, que confere aos Municípios a competência para regular na respectiva Lei Orgância a iniciativa popular no âmbito de seu próprio processo legislativo? Em caso positivo, perceba-se que terá sido o próprio modelo constitucional destinado aos Municípios que servirá de paradigma para a analogia. Nesse aspecto, faz mais sentido falar em analogia do que numa suposta "simetria".

Ante a ausência na Constituição de 1988 de preceitos constitucionais análogos àqueles da Constituição passada acima mencionados, a Corte vacilou neste primeiro julgamento, tendo decidido provisoriamente pela manutenção dos preceitos impugnados:

> "Emenda parlamentar que implicaria aumento de despesas em projeto da iniciativa do Executivo. Falta de indicação da norma da Lei Fundamental que tornaria obrigatória para os Estados o comando dirigido à União (artigos 61, inciso II, alíneas 'a' e 'b' e 63, inciso I CF/1988). Inexistência, atualmente, das numerosas regras de simetria compulsória da carta de 1967 (EC n. 1/69). Matéria que depende de mais acurada indagação. indeferimento da medida liminar".[367]

Pouco depois, a Corte iniciou uma tentativa de julgar questões semelhantes a essa baseada tão-somente no conteúdo de princípios constitucionais, ainda quando excessivamente indeterminados, chegando até mesmo a suspender, com apoio neles, a vigência de determinados preceitos constitucionais estaduais.

Foi assim, por exemplo, na ADIMC 165, em que a Corte suspendeu a vigência de preceito constitucional estadual que condicionava a celebração de convênio pelo Governo do Estado à prévia autorização da Assembléia Legislativa. Em tal caso, a Corte, além de invocar o princípio da separação dos poderes, valeu-se ainda de alguns precedentes específicos firmados sob o regime constitucional anterior.[368]

Ao contrário do que se costuma dizer, tal apelo à jurisprudência firmada sob regime constitucional revogado tem muito mais a ver com a necessidade de atrelar uma consequência jurídica específica a um princípio deveras indeterminado do que propriamente com um possível apego da Corte ao passado. De fato, sem o auxílio dos precedentes conclusivos então invocados, a consequência estabelecida no mencionado julgado não teria muito onde se apoiar.

Alguns poucos meses depois do julgamento dessa ação direta, uma outra ação ocupou o Supremo Tribunal Federal, novamente em matéria relacionada a processo legislativo. Tratava-se da impugnação preceito constitucional estadual pelo qual se outorgavam vantagens pecuniárias a servidores públicos. Alegava-se que a introdução de tal matéria no texto da Constituição Estadual acabava por bloquear a competência do Poder

---

[367] ADIMC 56, Rel. Min. Célio Borja, Tribunal Pleno, j. de 07.06.1989, *Ementário n. 1549-1*, p. 19-25 [esta ação teve o seu julgamento definitivo somente em 03.10.2002]. Conforme se vê, é evidente a postura autonomista na argumentação desenvolvida na citada ementa do acórdão.

[368] ADIMC 165, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 01.02.1990, *Ementário n. 1570-1*, p. 31-6.

Executivo para apresentar projetos *de lei* – e não de emenda constitucional – a propósito da matéria.

Ainda que tivesse transcorrido mais de um ano do julgamento da ADIMC 56, acima citada, a Corte ainda vacilava, nessa época, quanto aos fundamentos para restringir a autonomia estadual, conforme se pode deduzir das seguintes passagens da ementa da ADIMC 276:

> O Supremo Tribunal Federal ainda não definiu, sob o regime da vigente ordem constitucional, se os princípios que informam o processo legislativo impõem-se aos Estados-membros como padrões jurídicos de compulsória observância.
>
> [...]
>
> Impõe-se a suspensão cautelar de regras inscritas em Constituições Estaduais, cujo conteúdo normativo esteja em aparente desarmonia com o modelo federal atinente ao processo legislativo, até que a Suprema Corte defina a extensão e o alcance do poder constituinte dos Estados-membros.[369]

Conforme se percebe, além de uma sincera manifestação quanto às dificuldades na matéria, a Corte, a despeito de já insinuar uma argumentação a partir dos "*princípios* que informam o processo legislativo", ainda recorria a um hesitante apoio no "modelo federal".

Mas foi somente no julgamento definitivo desta última ação direta que ficou assentado o *princípio básico* que passaria a nortear tanto essa como algumas outras questões constitucionais envolvendo a autonomia dos Estados-membros – a "fórmula Pertence". Eis o excerto relevante da ementa do acórdão, da lavra de seu mentor:

> "As regras básicas do processo legislativo federal são de absorção compulsória pelos Estados-membros em tudo aquilo que diga respeito – como ocorre às que enumeram casos de iniciativa legislativa reservada – ao princípio fundamental de independência e harmonia dos poderes, como delineado na Constituição da República".[370]

Em face disso, a "fórmula Pertence" – melhor dizendo, a *regra semântica* nela contemplada, em tudo correspondente à *metanorma da igualdade-postulado* – poderia receber a seguinte formulação generalizante:

- *Sempre que um princípio constitucional for aplicável aos entes federativos conjuntamente, então as regras constitucionais que constituem projeções desses princípios em relação a um determinado ente aplicam-se a todos os demais indistintamente*.

---

369 ADIMC 276, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 30.05.1990, *Ementário n. 1590-1*, p. 8-23.

370 ADI 276, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 13.11.1997, *Ementário n. 1896-01*, p. 20.

Uma versão um pouco mais completa dessa fórmula poderia ser pronunciada nos seguintes termos:

- *Sempre que, conforme a decisão e os paradigmas estabelecidos pelo próprio constituinte, um certo princípio constitucional indeterminado for aplicável aos entes federativos conjuntamente, então as regras constitucionais, bem como as decisões judiciais, que constituem projeções desses princípios em relação a um determinado ente aplicam-se a todos os demais indistintamente, salvo se houver uma vedação constitucional para tanto*.

Seguindo-se nessa linha, muitas das questões federativas sem resposta clara ou mesmo expressa ganham um critério de solução. Assim, a título de exemplo, ante as incertezas quanto ao modo de aplicação do princípio da separação dos poderes no âmbito estadual, salvo se houver alguma razão constitucional para tanto, os Estados não podem ser *submetidos* a concepções às quais à União – para o bem ou para o mal – também não esteja. *E a recíproca também é verdadeira*. Nesse sentido, o critério para interpretar e aplicar (além de eventualmente colmatar as lacunas envolvendo) o princípio da separação de poderes deve levar em conta as *concepções do constituinte* estabelecidas para União, mas tão-somente enquanto tais concepções forem consideradas como *nucleares do princípio*, submetendo, em razão da sua *essencialidade*, qualquer dos entes federativos.

Conforme se demonstrará oportunamente, *essa fórmula constitui a base para uma decisão por analogia*. O dever de tratamento igual está na raiz de todo argumento baseado em analogia, que é o modo por excelência para resover determinadas questões duvidosas. Mas isso já é assunto para um outro momento da exposição, que ainda se avizinha.

1.4. Dois momentos da completude da ordem constitucional federativa

Ao se falar numa completude da Constituição no específico significado acima demarcado, o qual igualmente é válidado para a ordem constitucional federativa, faz-se necessário esclarecer os dois momentos fundamentais em que essa completude pode entrar em jogo. Para tanto, e à vista do tema central deste trabalho, esses dois *estágios dinâmicos da completude* serão abordados a propósito da ordem constitucional (aí sempre incluída a ordem constitucional federativa) considerada em suas relações com a ordem constitucional estadual (= Constituição Estadual em sentido formal).[371]

[371] A escolha da Constituição Estadual como elemento de confronto com a Constituição Federal deve-se apenas a uma tentativa de facilitar a argumentação. Nesse sentido, tudo o que se disser em relação a esta Carta local, pelo menso em princípio, aplica-se também ao direito estadual como um todo.

Tomando-se a Constituição Estadual a partir do enfoque ou na perspectiva da Constituição Federal, há *dois momentos* suficientemente delimitados em que a completude desta se mostra relevante para a validade daquela.[372] Tais instantes consistem, em primeiro lugar, num (a) *momento constituinte estadual*, isto é, o instante de produção da Constituição do Estado-membro pela Assembléia Legislativa investida de "poderes constituintes" próprios (art. 11, ADCT), bem como, em segundo lugar, num (b) *momento de controle da Constituição Estadual*, ou seja, o instante, posterior à sua promulgação, em que esta é submetida ao controle de constitucionalidade efetuado pelo Poder Judiciário, em qualquer das suas modalidades.

O que está por trás dessa divisão é o fato de que, da mesma forma que a Constituição Federal é *fonte* para a produção de outras normas, ela também constitui *parâmetro* de validade para o direito produzido com base nela. Por outro lado e paralelamente, do mesmo modo que a Constituição Estadual encontra na Constituição Federal a fonte para o seu *desenvolvimento*, também vai buscar nesta os critérios para a sua *validade*.

Em qualquer dessas perspectivas, a Constituição Federal estabelece uma *relação de relevância jurídica* com a Constituição Estadual, no seguinte sentido estabelecido por Romano: "para que haya relevancia jurídica es necessario que, o la *existencia*, o el *contenido*, o la eficacia de un ordenamineto determinado, estén condicionados respecto de otro ordenamiento".[373]

O condicionamento – ou, o que dá no mesmo, a *subordinação*[374] – da Constituição Estadual em relação à Constituição Federal se dá, entre outras razões, pelo fato de esta, como um *ordenamento superior*, "determinar en algunos casos las propias condicionantes de existencia y de validez del ordenamiento inferior".[375]

Por fim, ainda em reforço àqueles dois estágios dinâmicos da completude, relembre-se, com Guastini, que se por um lado as normas materiais de uma determinada Constituição (no caso presente, da Constituição Federal) "son interpretadas (incluso de manera solamente implícita) tanbién por el legislador en el momento en que se aprueba una

---

372 Validade aparece aqui como "relação de pertinencialidade", no dizer de Ivo (1997, p. 179).

373 Romano, 1963, p. 249.

374 Na dogmática constitucional brasileira, habituou-se falar no poder constituinte estadual como um poder "formalmente condicionado" e "materialmente subordinado". A propósito, por todos, cf. Ferreira Filho, 1999. No presente trabalho, na medida em que se deixou de lado o "condicionamento formal" da autonomia estadual, os termos "condicionamento" e "subordinação" serão usados indistintamente.

375 Romano, 1963, p. 251.

ley", por outro lado "el tribunal constitucional tiene el poder de contradicer y revertir la interpretación de legislador, declarando la ilegimidad constitucional de esa ley".[376]

Adaptando essa passagem ao tema ora em questão, o momento constituinte é justamente o instante em que a Assembléia Legislativa estadual interpreta as determinantes materiais da Constituição Federal a fim de traduzi-las, quando necessário, à lei fundamental do Estado-membro. Já o momento de controle da Constituição Estadual consiste no instante em que o Poder Judiciário entra em ação para dizer, obviamente quando provocado, se as interpretações legislativas constantes da Carta estadual encontram-se ajustadas à Constituição Federal.

Em qualquer desses dois momentos, o problema da completude da Constituição Federal, seja na perpectiva do legislador constituinte decorrente, seja na perspectiva do órgão judicial controlador, é um problema que ganha magnitude na medida em que essa lei fundamental compareça como um indispensável termômetro da atividade constituinte estadual e da fiscalização de sua consequente obra.

1.4.1. O momento constituinte estadual

Num primeiro estágio, a Constituição Federal funciona como um *fundamento para a produção* da Constituição Estadual. No exercício dessa função, a ordem constitucional fornece não apenas os critérios formais – os quais, conforme já se disse, serão deixados de lado –, mas também os critérios materiais de validade das normas constitucionais estaduais.[377]

Na perspectiva do momento constituinte, os Estados-membros são dotados de uma *competência* para elaborar as suas Constituições, além de outras fontes normativas, mas para isso terão de observar determinadas *diretrizes constitucionais superiores*.

A propósito, relembre-se o que se disse acerca da supremacia constitucional. Por força deste predicado, a Constituição Federal atua como uma *fonte primária da produção jurídica*, o que significa dizer que suas normas funcionam como "normas de normas", definindo um *procedimento* de criação gradual e hierarquizada das outras fontes jurídicas (leis, medidas provisórias, decretos, resoluções, etc.) e estabelecendo os necessários *critérios de conformação material* destas últimas.[378]

---

[376] Guastini, 2008, p. 47.

[377] Quanto à distinção critério formal/critério material, reconhece-se, tal como Ivo (1997, p. 185, nt. 326), que ela é meramente didática. Não obstante, de tão arraigada, resolveu-se mantê-la aqui. Além do mais, desfazer a confusão não trará grandes benefícios se considerado o escopo do trabalho.

[378] Canotilho, 1999, p. 1074-5.

Ainda no tocante à supremacia constitucional, mencionou-se que a Constituição é dotada de uma *força heterodeterminante*, que consiste no estabelecimento para o direito ordinário de um conjunto de *determinantes negativas* e *positivas* correspondentes, respectivamente, a uma série de limites (obrigações de *não fazer*) e imposições (obrigações de *fazer*).[379]

Desse modo, ao elaborar a sua própria Constituição, o Estado-membro encontra na Constituição Federal um conjunto de *normas de observância obrigatória*, as quais, sob a forma de *regras* ou de *princípios*, estabelecem, de maneira *expressa* ou *implícita*, os comandos de caráter *mandatório* (determinantes positivas) ou *vedatório* (determinantes negativas) que irão subordinar a atividade constituinte estadual.[380]

Na necessária observância dessas normas reside o caráter materialmenete subordinado do poder constituinte estadual.[381] Desse modo, a Constituição Federal, na condição de ordenamento superior, "determinará directamente el ordenamento inferior y será por tanto su fuente inmediata".[382]

A observância da Constituição Federal pelo poder constituinte estadual pode dar-se por uma das seguintes formas:

- *institucionalização* das próprias coletividades políticas estaduais, conforme previsão constitucional;[383]

- *desdobramento* da estrutura estadual em parte previamente fixada em normas constitucionais de "preordenação institucional";[384]

- *normatização* das competências estaduais constitucionalmente demarcadas;[385]

- *incorporação/recepção* das normas constitucionais federais de observância obrigatória pelo direito constitucional estadual, num procedimento que, por sua vez, do ponto de vista da técnica legislativa, pode dar-se mediante *adaptação textual* ou mera *reprodução literal* do preceito federal obrigatório;[386]

---

379 Canotilho, 1999, p. 1076.
380 Para o inventário e crítica dessas fórmulas, cf. Ivo, 1997, p. 135 e ss., e Leoncy, 2007, p. 10 e ss.
381 Ferreira Filho, 1999, p. 144.
382 Romano, 1963, p. 253.
383 Ferreira Filho, 2009, p. 28.
384 Ferreira Filho, 2009, p. 68.
385 Ivo, 1997, p. 100.
386 Na Constituição passada, essa incorporação era obrigatória. Nesse sentido, o artigo 200, da Constituição de 1967/69: "As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados".

- *adaptação* às "condições regionais" ou às "peculiaridades locais" dos princípios constitucionais obrigatórios,[387] entre outras formas constitucionalmente cabíveis.

Muitas das normas da Constituição Federal com base nas quais os Estados promovem esses desdobramentos são dotadas de um caráter essencialmente aberto, o que dificulta o trabalho do constituinte estadual na descoberta de um padrão de enquadramento.

Não obstante, supõe-se que faça parte da própria estratégia da Constituição que as diretrizes estabelecidas para os Estados-membros sejam tanto quanto possível abertas.

Apenas assim, os Estados sentir-se-ão livres e encorajados a inovar nas matérias de sua competência, e é graças a isso que muitas normas atualmente integrantes das Constituições Estaduais em vigor têm um caráter evidentemente inovador e às vezes até visionário.[388]

Uma Constituição de um Estado Federal que contivesse limites à auto-organização estadual de maneira muito *ampla* e *profunda* fadaria ao fracasso aquilo que de melhor poderia decorrer de um ambiente federativo – a criatividade das fórmulas institucionais.

Por tudo isso, é possível afirmar que, na perspectiva do momento constituinte estadual, uma Constituição mais aberta tanto horizontal como verticalmente faz parte mesmo e já se pode dizer que se encontra *conforme o plano de regulação*. Só assim será possível que os Estados-membros inovem, experimentem, descubram, arrisquem toda sorte de variantes regulatórias.

Isso não quer dizer, todavia, que os Estados-membros, por seus órgãos de produção normativa, não queiram e não devam fixar-se nas diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal, sob pena de sua incursão em alguma inconstitucionalidade. Ao contrário, a postura revelada por tais órgãos normativos é em muitos casos de verdadeiro temor, mas um temor que decorre essencialmente da dificuldade de compreensão de determinadas diretrizes constitucionais obrigatórias.

---

[387] Ferreira Filho, 1999, p. 146, e 2009, p. 69. Em geral, não se costuma dizer de que modo se daria essa adaptação "regional" de princípios constitucionais abstratos. Supõe-se que aqui essa adaptação signifique transplantar para a *estrutura institucional* dos Estados-membros o teor de determinados princípios constitucionais explicitados e configurados na Constituição Federal para a União. Um dos exemplos mais citados nesse sentido é o da trasladação dos princípios básicos do processo legislativo *bicameral* no âmbito do Congresso Nacional para o processo legislativo *unicameral* no âmbito das Assembléias Legislativas dos Estados.

[388] Quem se der ao trabalho de ler as Constituições Estaduais atualmente em vigor ficará surpreso ao descobrir a inverdade que há em duas afirmações amplamente divulgadas: a) primeiro, que a Constituição Federal não teria deixado quase nenhum espaço para uma atuação inovadora por parte dos constituintes estaduais, e (b) segundo, que os constituintes estaduais não inovaram em nada em matéria constitucional. Repetidas à exaustão, essas duas afirmações apenas confirmam uma reiterada postura contraditória de quem as defende: o vezo de não se debruçar sobre a realidade constitucional vivenciada nos Estados-membros brasileiros.

A tal propósito, observa Ferraz que "[a] enumeração dos princípios que circunscrevem a ação do Poder Constituinte Decorrente não obedece a critérios técnicos, o que dificulta muitíssimo a compreensão dos princípios a serem respeitados pelo Constituinte Estadual".[389]

A dificuldade muitas vezes encontrada pelos constituintes estaduais (e pelos organismos locais em geral) não se resume apenas a desvendar *qual o significado normativo* de cada um desses princípios obrigatórios, mas também passa por algo que é bem mais simples, muito embora desafiador, que é saber *quais são exatamente esses princípios*.[390]

As consequências desse par de dificuldades podem ser nefastas para o resultado final da produção constituinte estadual. Nesse sentido, conforme acentua Ferraz,

> "[n]ão é de espantar, pois [...] que a Constituição Estadual praticamente 'copia' a Constituição Federal, induzindo, talvez, pelo temor de 'esquecer preceitos' ou quem sabe, pela dificuldade de distinguir quais os *preceitos que devem ser copiados*, *dos que devem ser assimilados* ou *adaptados* e quais os preceitos da Constituição Federal que não *precisam ser necessariamente adotados pelos Estados*".[391]

Para fazer frente a esse tipo de dificuldade, podem os Estados-membros valer-se do significado possível da completude da Constituição Federal. Na prática, sabedores de alguns princípios que de maneira inequívoca condicionam a produção normativa estadual, uma forma de filtrar aquilo que deve ou não ser assimilado ou adaptado em homenagem a tais princípios seria recorrer ao parâmetro da *igualdade-postulado* acima exposto.

Assim fazendo, os Estados-membros iriam garantir que *nenhum* dos princípios constitucionais homogêneos da Federação brasileira iria receber, salvo se houvesse alguma razão constitucional para tanto, uma aplicação diversa daquela já estabelecida no âmbito da própria Constituição Federal.

---

389 Ferraz, 1979, p. 158.

390 Como se sabe, ambas as dificuldades vêm desde a Primeira República. Na Constituição de 1891, a questão de quais princípios seriam obrigatórios foi em parte resolvida pela Emenda Constitucional de 1926, que a redação do artigo 6º daquela Carta para enumerar determinados princípios constitucionais que, uma vez violados, ensejariam intervenção federal nos Estados. Mais recentemente, tentou-se resolver o problema do significado dos princípios constitucionais obrigatórios de uma maneira tão simples quanto traumática, com a introdução pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969 do artigo 200 no texto da Constituição de 1967, então vigente ("As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados").

391 Ferraz, 1979, p. 158.

1.4.2. O momento de controle da Constituição Estadual

Mais complicada é a situação dos órgãos judiciais – e especialmente do Supremo Tribunal Federal – que eventualmente se deparam com a necessidade de fiscalizar a legitimidade de normas constitucionais estaduais em face da Constituição Federal.

Além das mesmas dificuldades encontradas pelo poder constituinte decorrente, o Supremo Tribunal Federal ainda se defronta com o arriscado papel de dar a última palavra em matéria de limites constitucionais à autonomia estadual, e num contexto geralmente muito mais marcado pela presença de *casos difíceis* – aqui chamados de *questões federativas sem solução constitucional evidente* – do que por casos considerados de simples resolução.

Ao ser provocado nessa matéria, o Supremo Tribunal Federal tem a *difícil tarefa* (ao mesmo tempo política, dogmática, teórica e argumentativa) de resolver as questões que se lhe apresentam. Conforme já se disse, mesmo a Corte Constitucional – e talvez principalmente ela – está sujeita ao princípio da proibição do *non liquet*. Em outras palavras, *deve* julgar o caso constitucional levado ao seu conhecimento.

Da mesma forma, a Corte vê-se forçada a oferecer uma resposta jurídica consentânea com o arcabouço normativo – no caso, o arcabouço constitucional – de que dispõe para resolver o problema.

No entanto, para que cumpra o seu mister o Supremo Tribunal Federal precisa literalmente colmatar ou integrar um arcabouço normativo (aberto) que por essência se apresenta tanto incompleto (abertura horizontal) quanto indeterminado (abertura vertical).

Nesse sentido, se muitas vezes a principal dificuldade dos órgãos de produção normativa estaduais é simplesmente descobrir *quais são* os princípios constitucionais aos quais se encontram subordinados, para o Supremo Tribunal Federal, além desta incerteza, há também toda a dificuldade de, uma vez identificado um princípio incidente sobre um caso a julgar, determinar o seu constitucionalmente adequado conteúdo normativo, sem o que a atividade jurisdicional simplesmente não conseguirá atuar, chegando a uma resolução do caso.

Aqui a abertura das normas constitucionais é contrária ao plano constitucional, pois a Constituição confere ao Supremo Tribunal Federal uma responsabilidade sem lhe dar os meios mais adequados de cumprimento.

Embora para alguns seja difícil de aceitar que o Supremo Tribunal Federal possa deter tamanho poder, é isso que deriva do próprio texto constitucional. Isso porque, se por

um lado os Estados-membros estão submetidos a princípios, por outro cabe ao Supremo, na qualidade de guardição da Federação, dizer o direito em caso de controvérsia quanto à validade do direito estadual em face de tais princípios.

2. A integração conforme a Constituição

O critério de fechamento antes apresentado contribui ainda para uma integração nos termos da própria ordem constitucional. Hespanha sustenta que o crescente impacto do primado da Constituição faz com que, justamente quando o espaço de criatividade do julgador seja maior, este deva operar tendo como ponto de referência de toda a ordem jurídica a própria ordem constitucional, promovendo, assim, uma *ntegração conforme a Constituição*.[392].

Em ambientes de constitucionalização formal, toda integração em matéria constitucional deve efetivar-se mediante um processo de auto-integração ou – mais propriamente falando – a partir de uma *integração nos termos da própria Constituição que se pretende completar*.

Nesse sentido, defendem Canotilho e Moreira que, "[q]uando [...] se estiver em face de uma verdadeira lacuna a força normativa da Constituição impõe que seja a partir dos critérios e das soluções acolhidas nela própria que se integram os problemas lacunosos, seja mediante recurso à analogia, seja por apelo aos princípios gerais que possam ser relevantes para o caso".[393]

Do mesmo modo, defende Miranda que "a integração das lacunas de normas formalmente constitucionais deve ser feita no interior da Constituição formal, sem recurso a normas de legislação ordinária. É olhando ao sistema de normas da Constituição formal, como expressão da Constituição material, que o agente da integração deve raciocinar quer procure a analogia (*legis* ou *juris*) quer atenda aos princípios gerais".[394]

Trata-se, na dicção de Larenz, de um "desenvolvimento do Direito imanente à lei, que se mantém vinculado à intenção reguladora, ao plano e à teleologia imanente à lei".[395] Ou, como prefere Reale, uma tem-se mesmo aqui uma integração *interna corporis*.[396]

O fenhamento da ordem constitucional federativa a partir de um postulado de igualdade federativa representa, nesses termos, uma forma de integração conforme a

---

392 Hespanha, 2007, p. 582.
393 Canotilho e Moreira, 1991, p. 58.
394 Miranda, 1996, p. 269.
395 Larenz, 1997: 524.
396 Reale, 1994, p. 119.

Constituição, e, como tal, merece ser prestigiada em face de qualquer voluntarismo interpretativo ou judicial.

Capítulo IV – **O USO DA ANALOGIA NA INTEGRAÇÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL FEDERATIVA**

A esta altura, chegou-se a um ponto decisivo da argumentação. Trata-se aqui de apresentar um *modelo de decisão* para questões federativas sem solução constitucional evidente. Antes de se prosseguir, e novamente para propiciar melhor compreensão e fluidez discursivas, convém rememorar algumas das premissas que ficaram assentadas nas etapas anteriores do trabalho.

Viu-se que a ordem constitucional e, no seio desta, a ordem constitucional federativa são afetadas pelo problema da incompletude. Ao lado das *lacunas normativas*, também as *lacunas de indeterminação* contagiam as normas de Direito constitucional, como também afetam, de maneira especial e acentuada, algumas das normas constitucionais disciplinadoras da forma federativa de Estado, entre elas as que estabelecem limites à autonomia estadual.

Conforme sustentado em seguida, tais fenômenos, que não são estranhos ao Direito constitucional e muito menos lhe constituem um privilégio, beneficiam-se dos métodos tradicionais de auto-integração que auxiliam tanto no preenchimento dos vazios normativos existentes nos sistemas jurídicos em geral como na diminuição do eventual caráter indeterminado de suas normas.

No presente capítulo, dar-se-á mais um passo a caminho do desfecho dessa argumentação. O escopo agora é *construir um modelo* decisório baseado no argumento por analogia.

Fala-se aqui em "modelo" não no sentido de *modelo jurídico*, que tem caráter prescritivo, mas no sentido de *modelo hermenêutico*, que, conforme Reale, embora referido a uma *práxis* social, caracteriza-se por um viés teórico e, assim, por mais relevantes que sejam seus fundamentos, não possui a qualidade de obrigar alguém a agir em conformidade com as suas conclusões.[397]

Relembre-se que, para o mesmo autor, "modelo não é senão uma espécie do gênero estrutura, entendida esta como 'um conjunto de elementos que entre si se correlacionam e se implicam de modo a representar dado campo unitário de significações'".[398]

---

397 Reale, 1994, p. 37.
398 Reale, 1994, p. 5.

Assim, ao se falar num "modelo decisório baseado no argumento por analogia", o que se tem em mente é *sugerir* um arcabouço conceitual e procedimental facilitador de um ato de decisão e, mais propriamente, um "modelo hermenêutico supletivo ou complementar".[399]

Aliás, ainda conforme Reale, um dos papeis da doutrina é justamente o de "conceber os modelos hermenêuticos destinados a preencher as lacunas do sistema normativo, modelos esses convertidos em modelos prescritivos graças ao poder constitucionalmente conferido ao juiz".[400]

Para usar uma expressão de Aarnio,[401] o "princípio de analogia", de que se fará uso aqui, não constitui um princípio jurídico – muito embora inspirado em um: o princípio da igualdade –, mas constitui um *princípio hermenêutico*, desempenhando, assim, "uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição [...] ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito".[402]

Não se tem a intenção de que este modelo seja definitivo, acabado, mas nem por isso se podem negar as duas utilidades básicas para as quais desde já ele pode servir:

(i) em primeiro lugar, tal modelo pretende-se uma *grade decisória* para as questões federativas sem solução constitucional evidente;

(ii) em segundo lugar, também pode ser útil como *pauta de análise* da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em que essas questões tenham sido apreciadas, especialmente naqueles precedentes baseados no "princípio da simetria".

No primeiro caso, a intenção é oferecer um *modelo decisório* adequado às questões comumente abordadas nos precedentes baseados no "princípio da simetria". Já no segundo caso, o intuito é que esse modelo decisório também sirva como um *modelo de análise* para identificar nas decisões daquele Tribunal um padrão de raciocínio (nem sempre revelado abertamente) baseado no argumento por analogia.

Em última instância, pretende-se sustentar que as decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas no "princípio da simetria" ocultam os traços de um modelo decisório inspirado no argumento por analogia, ao mesmo tempo em que se defenderá tanto a

---

399 Reale, 1994, p. 118 e ss.
400 Reale, 1994, p. 107.
401 Aarnio, 1991, p. 149.
402 Canotilho, 1999, p. 1087.

aplicabilidade quanto a adequabilidade desta forma de argumento para resolver questões federativas sem solução constitucional evidente.

1. Razões para o uso da analogia

Talvez a principal razão para o uso da analogia consista numa *exigência de justiça* baseada principalmente no já mencionado princípio da igualdade com o qual aquela forma de argumento muitas vezes se confunde.

Nesse sentido, aplica-se a analogia não porque o determine a lei. Aliás, conforme já assinalado, a mesma se aplica independentemente de previsão legal, justamente porque, tal como registrado por Larenz, a igualdade, base de toda analogia, é uma exigência da própria idéia de Direito, de forma que, qualquer sistema jurídico que se pretenda como tal, não pode resistir ao apelo irrecusável duma forma de argumentação tão próxima do princípio da igualdade como é a analogia.[403]

Também Machado entende que a aplicação analógica de normas jurídicas é de regra não porque o diga a lei, "mas porque tal corresponde a uma exigência do princípio supremo da justiça, ou princípio da igualdade, que manda dar um tratamento igual ao que é igual e desigual ao que é desigual".[404] Não fosse o mencionado princípio, completa o mesmo autor, "o próprio direito não [poderia] ser pensado. Por isso é que o 'argumento por analogia' representa por assim dizer a espinha dorsal do discorrer jurídico".[405]

Salgado entende, a seu turno, que a não aplicação da analogia aos casos considerados semelhantes num aspecto essencial significa o mesmo que "negar um direito fundamental garantido na Constituição Federal, o de igualdade, valor essencial do sentido justo (art. 5º, *caput*)".[406]

Essa relação intrínseca entre igualdade e analogia também há de se aplicar a outros quadrantes do Direito constitucional, como é o caso das relações federativas. Isso porque, conforme já se viu, ao vedar que os entes federativos criem preferências entre si, a Constituição Federal estaria assegurando um "princípio da paridade entre as entidades da federação"[407] ou uma "igualdade entre os membros que constituem a federação",[408] do qual

---

403 Larenz, 1997, p. 531.
404 Machado, 2006, p. 326.
405 Machado, 2006, p. 326.
406 Salgado, 2005, p. 75.
407 Silva, 2004, p. 474.
408 Cavalcanti, 1956, p. 389.

se pode deduzir: (i) a própria "vedação de preferências" entre os entes federativos;[409] (ii) a inexistência de "hierarquia ou subordinação entre referidas entidades" e, portanto, o impedimento de "qualquer sorte de subordinação";[410] (iii) a necessária "relação de respeito [...] entre as entidade";[411] (iv) o "idêntico *status* entre elas";[412] e, por fim, (v) o "equilíbrio jurídico entre eles".[413]

Outro fundamento da analogia reside na necessária *racionalidade* da Constituição. De fato, não se pode propriamente falar nesta como configurando um *sistema* sem se admitir em seu âmbito a possibilidade de um contínuo desenvolvimento, desde os seus princípios estruturantes até as consequências dela derivadas.[414]

Por derradeiro, pode-se falar também numa exigência de *coerência* das normas da Constituição. Isso porque, na medida em que fazem parte do sistema constitucional e são expressão de uma exigência lógica de coerência, tais normas trazem consigo um certo "potencial de extensibilidade", ao menos nos limites de suas possibilidades racionais.[415]

2. A precedência da analogia *legis* em relação à analogia *iuris*

Fala-se em analogia *legis* a propósito de uma analogia a partir de uma regra aplicável a uma situação semelhante (analogia a partir de regras).[416] Fala-se em analogia *iuris* a propósito de uma analogia a partir de princípios (princípios gerais do Direito, princípios constitucionais).[417]

Dado que os dois métodos de auto-integração podem igualmente conduzir à colmatação de lacunas constitucionais, torna-se relevante perguntar pela existência de uma eventual ordem de preferência entre ambos. Isso porque, havendo razões para essa precedência, o intérprete deverá ajustar a sua metódica de trabalho de modo a ordenar aqueles métodos conforme o seu respectivo caráter preferencial ou subsidiário.

Segundo a tradição do Direito brasileiro e ainda conforme algumas opções legislativas nele existentes, a analogia geralmente comparece em primeiro lugar na preferência do legislador ordinário. Assim ocorre na Lei de Introdução às normas do

---

409 Silva, 2004, p. 474. Por alguma razão não explicada, esse autor não menciona a União entre os entes subordinados ao dever de paridade federativa, muito embora haja expressa menção a esse ente no teor do correspondente dispositivo da Constituição.
410 Tavares, 2009, p. 1062.
411 Tavares, 2009, p. 1062.
412 Tavares, 2009, p. 1062.
413 Cavalcanti, 1956, p. 389.
414 Betti, 2007, p. 94-5.
415 Betti, 2007, p. 95.
416 Cf. Salguero, 2002, p. 84.
417 Cf. Guastini, 1993, p. 434.

Direito Brasileiro (art. 4º), no Código de Processo Civil (art. 126) e no Código Tributário Nacional (art. 108, I), constituindo uma *aparente* exceção o caso da Consolidação das Leis do Trabalho, que, ao preterir a analogia à própria jurisprudência em caso de "falta de disposições legais ou contratuais", não deixa de apontar para uma necessária solução dos conflitos trabalhistas baseada na resolução de casos análogos previamente resolvidos (art. 8º).[418]

À míngua de uma disposição constitucional expressa que estabeleça de forma inequívoca uma relação de precedência entre os métodos no âmbito do próprio Direito constitucional, convém apelar para alguns critérios em geral oferecidos pela doutrina. No seu conjunto, tais critérios apontam para uma precedência da analogia em relação aos princípios gerais do Direito.

Para Machado, o apelo à analogia como primeiro recurso ao preenchimento de lacunas pode ser justificado a partir de um critério de *coerência normativa*. Ao possibilitar que casos ou conflitos de interesse semelhantes recebam tratamento semelhante, a analogia acaba por realizar uma justiça relativa, mediante a aplicação do princípio da igualdade.[419]

Com isso, cumpre-se também uma exigência da própria *idéia de sistema*, pois com a analogia evita-se que o intérprete crie uma contradição de valores no seio do sistema jurídico ao se desviar dos seus próprios princípios sem que haja razões suficientes para esta contrariedade. Nesse sentido, afirma Canaris que "as normas contrárias ao sistema podem, por causa da contradição de valores nelas incluída, atentar contra o princípio constitucional da igualdade e, por isso, serem nulas".[420]

Conforme ainda Machado, outra razão para a precedência da analogia reside no critério da *certeza do direito*. Na opinião desse autor, é bem mais fácil obter a uniformidade de julgados com a adaptação para um caso não regulado das normas aplicáveis a determinado caso análogo do que simplesmente remetendo o julgador para critérios de equidade ou para os princípios gerais do Direito.[421]

---

418 Aparentemente, mas só aparentemente, constituem exceções a essa tradição (a) o Código de Defesa do Consumidor, que com sua configuração principiológica mais amigável com a hipossuficiência do consumidor apõe – sem mencionar uma preferência – os princípios gerais do direito antes da analogia; bem como (b) o Código de Processo Penal Militar, que, como um Direito especial, enumera, por exemplo, os "usos e costumes militares" antes dos próprios princípios gerais do Direito e da analogia (art. 3º). Mas como se disse, essa preferência é só aparente, na medida em que ela não pode deixar de lado o princípio constitucional da igualdade, que, com as suas várias facetas, encontra-se na base do raciocínio por analogia.

419 Machado, 2006, p. 202.

420 Canaris, 1989, p. 225.

421 Machado, 2006, p. 202.

De fato, a construção de uma decisão para um caso lacunoso a partir de uma disposição constitucional expressa direcionada a um caso semelhante (analogia *legis*) conta com *mais elementos de apoio* do que a construção de uma decisão a partir tão-somente de um princípio constitucional geralmente indeterminado (analogia *iuris*).

Nesse sentido, a analogia conta ainda com outro elemento favorável em comparação com a integração a partir de princípios. Enquanto nesta o intérprete tem à disposição somente um princípio e nada mais, no raciocínio por analogia, para além do preceito acerca de um caso semelhante, o intérprete conta ainda com a possibilidade de recorrer a um *princípio comum* que justifique a aplicação da mesma decisão a ambos os casos.

A tal propósito, lembra Guastini que "también la aplicación analógica de una norma específica supone la búsqueda de un principio: precisamente, del principio que constituye la razón, el fin, el motivo (la *ratio*, como suele decirse) de la norma en cuestión".[422] Com isso, a despeito de todas as outras razões para a sua precedência em relação aos princípios gerais, a analogia conta ainda cumulativamente com o auxílio destes para ter configurada a sua prevalência.

Para finalizar, em apoio à idéia de que a integração a partir de princípios deve ser usada como um último recurso, transcreva-se a seguinte observação de Larenz:

> Só existe, portanto, margem para a concretização imediata de um princípio constitucional pelos tribunais quando, *ou uma lacuna da lei não pode ser colmatada de outro modo senão por esta via*, ou então a própria lei, em especial mediante o emprego de conceitos carecidos de preenchimento, como o de 'bons costumes', confere ao juiz uma margem de livre concretização. (destacamos)[423]

Se Larenz estiver certo, e se de fato a analogia por princípios (analogia *iuris*) constitui uma forma de concretização, então a analogia (*legis*) pode ser considerada verdadeiramente o método primacial de resolução de lacunas.[424]

---

422 Guastini, 1999, p. 177, nt. 71. Esse assunto será retomado no item 5.4

423 Larenz, 1997, p. 482.

424 Em relação à analogia *iuris*, "trata-se da obtenção de uma regra jurídica particular a partir dos denominados 'princípios gerais do direito'. Neste ponto, importa salientar que a conclusão é obtida através da criação de *regras adscritas* a partir da concretização e da ponderação de princípios jurídicos no caso concreto, como bem descreveu Robert Alexy na sua Teoria dos Direitos Fundamentais" (Bustamante, 2008, p. 391). Assim compreendida, a ponderação, a concretização e a própria analogia *iuris* devem ceder lugar à analogia *legis*, conforme a observação de Larenz constante do texto.

Desse modo, mesmo que a analogia *legis* seja considerada um "recurso de emergência", mais emergencial ainda – e, portanto, excepcional – será o apelo aos chamados princípios gerais do Direito, sobre os quais aquela deve ter precedência.[425]

Eis as razões pelas quais aqui se tratabalhará com a analogia *legis*.

3. As etapas do argumento analógico

A construção de um modelo decisório para as questões federativas sem solução constitucional evidente que tenha por base o argumento analógico exige que se definam previamente as etapas do raciocínio subjacente a essa forma de argumentação. De antemão, é possível reconhecer que o argumento por analogia não respeita a uma estrutura única, sendo possível identificar entre os diversos autores que abordam o assunto uma variação dos estágios considerados relevantes para a construção dessa modalidade de argumento.[426]

Tomando isso por base, não interessa tanto e necessariamente adotar a proposta de um autor específico quanto à estrutura do argumento analógico (mesmo porque nesse campo não são muitas nem sérias as variantes),[427] mas estabelecer um modelo ou padrão decisório em que, a um só tempo, suas respectivas etapas (a) estejam de alguma forma amparadas pela doutrina, (b) não contenham contradições intrínsecas ou entre si e (c) sejam adequadas ao tipo de problema ao qual se pretende aplicá-las (no caso, as questões federativas sem solução constitucional evidente). Um quarto quesito pode ser ainda aventado, e consiste justamente na (d) adequação de tal modelo – com cada uma de suas etapas – à jurisprudência constitucional acerca do assunto. Em relação a esse último tópico, não se trata de ajustar a teoria à prática jurisprudencial, para, com isso, atribuir legitimidade a esta.[428] O que se pretende é apenas avaliar se aquela jurisprudência conta com algum *elemento de coerência*, seja ele qual for (embora a "aposta" feita neste trabalho – toda ela baseada em prévia leitura da jurisprudência constitucional – seja em favor do raciocínio por analogia).

---

[425] É de Kaufmann a observação acerca do caráter extraordinário da analogia, "como *recurso de emergencia*, el que sólo debe ser tomado en cuenta cuando los recursos 'normales' para la obtención de un juicio jurídico concreto, esto es la interpretación y la subsunción, no conducen a dicho fin, porque la ley posee lagunas" (1976, p. 36). Isso, todavia, não exclui a utilização da analogia como um *recurso de apoio* da interpretação (e não somente como instrumento de integração, como é comum), sempre que se estiver diante de um caso difícil de interpretar.

[426] Segundo reconheceu Engisch, "[a] estrutura lógico-formal deste argumento tem quebrado a cabeça de muita gente" (1996: 288).

[427] Embora um estudo deveras avançado sobre o assunto – que não faz parte do escopo deste trabalho – pudesse demonstrar o contrário. Nessa linha, enquadra-se o enriquecedor estudo elaborado por Atienza, 1986.

[428] Ainda que fosse essa a intenção deste trabalho, pergunta-se: "sistematização" e "crítica" já não seriam dois diferentes escopos igualmente válidos da teoria jurídica em relação à jurisprudência?

Diante disso, propõe-se um modelo – baseado numa forma de argumentação por analogia – que seja composto pela seguinte estrutura:[429]

(i) identificação de uma questão federativa sem solução constitucional evidente;

(ii) identificação de um parâmetro constitucional aplicável a uma hipótese semelhante;

(iii) reconhecimento da identidade de razão entre a situação não regulada e a hipótese regulada;

(iv) identificação de um princípio constitucional comum às duas situações;

(v) reconhecimento da inexistência de uma "vontade" constitucional contrária;

(vi) construção da máxima de decisão para o caso.

O modelo acima esboçado aproxima-se da *analogia legis*,[430] mas não exclui a *analogia iuris*.[431]

Além de poder funcionar como *modelo decisório* para o julgador que tiver diante de si uma questão federativa sem solução constitucional evidente, pretende-se ainda que tal estrutura sirva de *modelo de análise* dos precedentes do Supremo Tribunal Federal baseados no "princípio da simetria", modelo a partir do qual será possível, em relação a esses julgados, identificar a eventual presença dos elementos (e das etapas) do argumento por analogia.

Se os precedentes analisados puderem ser reconduzidos a esse modelo, será possível concluir que as decisões baseadas no "princípio da simetria" ocultam uma forma de argumento por analogia, que, uma vez assumida pelo Supremo Tribunal Federal, poderia emprestar maior legitimidade racional àquelas decisões e, assim, permitir que as mesmas sejam passíveis de um controle social mais efetivo.[432]

Tenha-se em mente, por fim, que a proposta a ser esboçada procura tomar a sério o alerta feito por Larenz, no sentido de que "[o] desenvolvimento judicial do Direito precisa de uma fundamentação levada a cabo metodicamente se se quiser que o seu resultado haja

---

429 As etapas de construção do argumento analógico e a sua respectiva sequência são resultado da conjugação dos pontos de vista de diferentes autores, entre os quais Salguero (2002, p. 84), Falcón y Tella (1991) e Guastini (1993, p. 429-30). No entanto, o modo como esses elementos foram dispostos aqui não coincide necessariamente *in totum* com a forma como apareceram na obra desses autores.

430 Cf. Salguero, 2002, p. 84.

431 Cf. Guastini, 1993, p. 434.

432 Portanto, parte-se da suspeita de que o Supremo Tribunal Federal efetivamente faça uso desse tipo de argumento, embora não o diga. Não se deve descartar dentre as razões para que a Corte assim proceda a observação feita por Kaufmann, no sentido de que "[l]o que ocurre es que con frecuencia la analogía no es conocida hoy en día y, por ello, no se le designa por su nombre" (1976, p. 58). Mas essa não designação não decorreria de um desconhecimento dogmático do instituto, mas apenas da distração provocada pelo caráter ainda hoje corriqueiro da analogia no discorrer jurídico. Afinal, como diz o próprio Kaufmann, "[e]l derecho es originariamente analógico" (1976, p. 58).

de justificar-se como 'Direito', no sentido da ordem jurídica vigente. Precisa de uma justificação porque sem ela os tribunais só usurpariam de facto um poder que não lhes compete".[433]

Estima-se que, no caso do uso do "princípio da simetria", tal recomendação não venha sendo cumprida de forma adequada, daí a proposta do presente modelo decisório fundado em bases argumentativas.

É preciso alertar, por fim, que o modelo proposto não gera *por si só* uma decisão necessariamente justa ou correta, mas aumenta consideravelmente as chances para que o julgador possa chegar a esse resultado.

4. Um modelo para a resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente

A seguir, serão apresentadas as respectivas etapas do modelo.

4.1. O reconhecimento de uma questão federativa sem solução constitucional evidente

O processo decisório baseado no argumento por analogia começa com o reconhecimento formal da existência de uma *questão federativa lacunosa*.[434] Nessa primeira etapa do raciocínio analógico, não basta simplesmente afirmar que existe uma lacuna. É necessário ainda "isolar" esse fenômeno jurídico, identificando de maneira pormenorizada os seus elementos, mediante um processo que passa pelos seguintes estágios:

(i) identificação da questão jurídica em jogo;

(ii) constatação da índole federativo-constitucional dessa questão; e, finalmente,

(iii) constatação do caráter lacunoso da questão assim identificada.

Por óbvio, o raciocínio judicial nem sempre cumpre esses mecanismos em sua totalidade, e sequer nessa mesma ordem. Nesse sentido, o inventário acima apresentado é meramente ilustrativo, e atende a uma preocupação de natureza didática.

A seguir, esses mecanismos serão objeto de considerações mais detalhadas.

4.1.1. A identificação da questão jurídica em jogo

Em primeiro lugar, o julgador precisa saber se efetivamente se encontra diante de uma "questão de direito", isto é, diante de um *problema jurídico* devidamente formulado a

---

[433] Larenz, 1997, p. 524. Cf. ainda Neves, 2003, p. 368 e ss.

[434] Engisch afirma que "o primeiro passo a dar aqui pelo pensamento do julgador consiste em verificar *a necessidade e a justificação* da integração de lacunas" (1996, p. 283).

propósito de um "caso". Tal etapa é relevante para o presente modelo na medida em que não haverá qualquer espécie de lacuna e, portanto, não se fará necessária a utilização da analogia se por primeiro não se identificar a presença de um problema ou de uma questão jurídica a ser solucionada.

Um *problema jurídico* pode ser tomado, desde logo, "como una pregunta acerca del status deóntico de ciertas acciones o conductas, es decir, su permisión, prohibición u obligatoriedad".[435]

Nesse sentido, problema jurídico e *questão de direito* querem dizer exatamente o mesmo, na medida em que esta consiste numa "questão acerca de como se há-de qualificar o ocorrido em conformidade com os critérios da ordem jurídica".[436]

Resolver o problema ou solucionar a questão demanda sempre uma *qualificação do caso*, que ocorre "quando se trata de referir uma situação de facto à(s) norma(s) de direito, a fim de encontrar o seu regime jurídico".[437]

Note-se, por outro lado, que a busca de uma resposta jurídica para o problema pressupõe que o caso no qual se tenha colocado a questão de direito deve ser de todo conhecido. Desse modo, pressupõe-se o pleno conhecimento da "questão de fato" pelo órgão julgador.[438]

A resolução do problema de direito conecta-se, assim, com a resolução da *questão de fato*, a qual consiste na "questão relativa ao que efectivamente aconteceu" e com base na qual o órgão julgador apreciará aquele problema.[439]

Pode parecer à primeira vista que não se passa à questão de direito senão após a resolução da questão de fato. Sucede, porém, que "a pergunta sobre se algo ocorreu efectivamente só pode ser colocada com pleno sentido quando o *quid* sobre que se

---

435 Alchourrón e Bulygin, 2006: 32.

436 Larenz, 1997: 433.

437 Hespanha, 2007, p. 518.

438 Conforme Engisch, "[a]o falar de factos temos em vista acontecimentos, circunstâncias, relações, objetos e estados, todos eles situados no passado, espácio-temporalmente ou mesmo temporalmente determinados, pertencentes ao domínio da percepção externa ou interna e ordenados segundo leis naturais" (1996, p. 87). A isso é possível contrapor Bronze, para quem o caso não se apresenta "como um simples conjunto de factos empíricos discretos, como sustentava o normativismo, nem como um acervo de meros fenómenos ou ocorrências históricas sociologicamente explicáveis, na linha do acentuado por todos os funcionalismos, mas como complexas e concretas situações intersubjectivamente disputadas, na pressuposição de específicas exigências de sentido, que as cunham normativamente *ab origine*" (2006, p. 884-5).

439 Larenz, 1997, p. 433. Assim, conforme leciona Guastini, "[...] a aplicação judicial de uma norma jurídica pode ser representada como a conjunção de duas distintas operações: (a) a verificação de um fato (um caso particular concreto), e (b) o estabelecimento da consequência jurídica prevista para aquela classe de fatos" (2005: 68).

pergunta está de algum modo determinado", o que significa dizer que "entra já, pelo menos assim parece, algo de apreciação jurídica no estabelecimento da 'questão de facto'".[440]

Seja como for, *conhecidos e estabilizados os fatos* da demanda – e, portanto, resolvida a questão de fato –, abre-se caminho à qualificação jurídica, que, por sua vez, possibilitará a resolução da questão de direito. Só então, portanto, poderá o julgador mover-se no sentido dessa resolução. Não sendo isso possível, em razão de as parte não terem logrado demonstrar a configuração fática da demanda, a "falsa questão jurídica" transformar-se-á em outro tipo de problema, com uma natureza de todo formal, que será resolvido com o instrumental próprio da processualística (como nos casos de inépcia da inicial).[441]

Nas decisões baseadas no "princípio da simetria", quase sempre o que está em jogo é uma questão de direito, não uma questão de fato. A realidade dos casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal demonstra que diversos fatores podem contribuir para isso. O principal tem a ver com o instrumento processual pelo qual o caso lhe é encaminhado, entre os quais:

- ação direta de inconstitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental: em geral, a questão de fato apresentada nessas ações já vem praticamente "preconstituída", isso porque, apesar de falar-se aqui num controle abstrato de normas, o que se tem na verdade é a verificação de um certo fato legislativo consistente numa determinada norma aprovada por uma autoridade normativa e o respectivo parâmetro de validade formal ou material oponível a essa mesma norma;[442]

---

[440] Larenz, 1997, p. 434. Como reconhece o próprio autor na mesma obra, "[n]alguns casos, porém, a questão de facto e a questão de direito estão tãopróximas entre si que não é possível, na prática, levar a cabo a sua separação" (p. 435).

[441] Eis alguns casos de inépcia na legislação aplicável nos processos perante o Supremo Tribunal Federal: (a) Código de Processo Civil: "Considera-se inepta a petição inicial quando: I - Ihe faltar pedido ou causa de pedir; II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III - o pedido for juridicamente impossível; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si" (art. 295, par. ún., CPC); (b) Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade: "A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator" (art. 4º, Lei n. 9868, de 1999); (c) Lei da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: "A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando [...] for inepta" (art. 4º, Lei n. 9882, de 1999).

[442] Na argüição de descumprimento de preceito fundamental, "[a] petição inicial deverá conter: [...] II - a indicação do ato questionado; III - a prova da violação do preceito fundamental; [...] V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado", devendo "[a] petição inicial conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação" (art. 3º, par. ún., Lei n. 9882, de 1999). Já na ação direta de inconstitucionalidade, "[a] petição [deverá] conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação" (art. 3º, par. ún., Lei n. 9868, de 1999).

- recurso extraordinário: tal recurso presta-se tão-somente à apreciação de "questões de direito constitucional federal";[443] além do mais, "para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".[444]

Nada impede, porém, que uma questão federativa sem solução constitucional evidente seja encaminhada em outro instrumento processual, desde que, havendo ou não oportunidade processual para apresentação ou para (re)exame de provas, tenha-se também como *questão* a resolução de um determinado *problema jurídico-normativo*.[445]

Enfim, para a resolução do caso, ainda se faz necessário que a questão jurídica esteja bem formulada pelas partes ou, independentemente disso, seja bem delineada pelo órgão judicial.[446]

Para concluir, é preciso que o órgão julgador *identifique a questão de direito, formulando em termos mais ou menos claros o problema que, ante um determinado caso que lhe foi proposto, precisa ser resolvido*. Apenas diante do problema assim formulado, é que poderá recorrer à ordem jurídica em busca de um enquadramento sistemático e, por conseguinte, uma resposta possível.

4.1.2. O caráter federativo (e, portanto, constitucional) da questão

Uma vez delimitada a questão jurídica posta, cumpre ao órgão julgador determinar alguns caracteres materiais suficientes ao enquadramento do problema. Tais caracteres serão relevantes, por exemplo, tanto para eventualmente aferir a idoneidade do instrumento processual escolhido pela parte autora como para confirmar a própria competência do Tribunal para julgar a matéria.[447]

---

443 Souza, 2009, p. 875, onde o autor também se refere a questão de direito como "a controvérsia que envolve a *validade*, a *vigência*, a *interpretação*, *enfim*, *a aplicação das normas* que integram o *ordenamento jurídico*", e, no caso do recurso extraordinário – pode-se completar – que integram o próprio ordenamento constitucional.

444 Enunciado n. 279 da Súmula de Jurisprudência do STF.

445 Veja-se, por exemplo, o caso do habeas corpus em que o Supremo Tribunal resolveu questão de direito relativa à necessidade de prévia autorização da Assembléia Legislativa para decretar prisão preventiva de Governador que interfere nas investigações (HC 102732, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 04.03.2010, *Ementário n. 2400-04*, p. 680).

446 Conforme Larenz, se por um lado "[o] juiz julga sobre a 'questão de facto' com base no que é aduzido pelas partes e na produção de prova", por outro, "a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (*jura novit curia*)" (1997, p. 433).

447 Assim, se a impugnação de uma lei municipal se der por ação direta de inconstitucionalidade e não por arguição de descumprimento de preceito fundamental (único meio abstrato para impugnação dessas leis perante o Supremo Tribunal Federal), o meio não será idôneo. Por outro lado, se o meio for idôneo, mas o autor quiser discutir a inconstitucionalidade de uma lei municipal em face da Constituição Estadual, cujo guardião é o Tribunal de Justiça do respectivo Estado (art. 125, § 2º, CF), então o Tribunal é que não será o competente.

Não obstante, para além desses aspectos formais, há também uma *relevância metódica* na categorização da questão jurídica em jogo. Essa categoriazação é que irá definir, por exemplo, o circuito normativo dentro do qual será pesquisada uma solução jurídica para o problema. Em outras palavras, o enquadramento material da questão será determinante do próprio *microssistema* donde será escarafunchada uma resposta para o caso.

Considerando que o Direito não lida com "fatos brutos", e, ao contrário, *esculpe* e *define* os fatos considerados relevantes para a sua aplicação, poder-se-ia então sustentar que "um mapeamento elementar dos núcleos normativos do direito (dos seus ramos e institutos; melhor, talvez, dos seus institutos referidos aos ramos) seja indispensável para qualificar juridicamente uma situação da vida".[448]

Nesse primeiro momento, uma qualificação tão-somente parcial e provisória já será suficiente para indicar uma direção no sentido de um enquadramento sistemático do caso apreciado, deixando-se a sua qualificação definitiva (= atribuição de uma consequência) para quando se identificar o setor da ordem jurídica – e, no presente contexto, o setor da ordem constitucional – em que o mesmo está emoldurado.[449]

No tocante às questões submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, suspeita-se que quando a Corte invoca o chamado "princípio da simetria" quase sempre está às voltas com uma *questão federativa*.

Uma determinada questão será considerada de natureza federativa se for uma questão acerca da *forma federativa de Estado*. Se considerados os elementos tradicionais da fórmula federativa, então tais questões podem dizer respeito a um conjunto mais ou menos amplo – embora razoavelmente conhecido – de temas.[450]

---

[448] Hespanha, 2007, p. 518 e 523.

[449] A fim de se efetivar essa primeira qualificação, pode-se partir tanto do caso como da própria questão jurídica. Partindo-se do *caso*, pode-se percorrer as normas de um determinado sistema jurídico em busca de outras situações do mesmo gênero, bem como, dispondo-se de um quadro geral das matérias jurídicas, pode-se também tentar localizar a "sede" do caso proposto, sempre em busca de um *gênero* principal e um *ramo* nos quais enquadrar o caso (Hespanha, 2007, p. 521). Partindo-se, por outro lado, da *questão* ou do *problema jurídico*, a solução pode afigurar-se de mais fácil identificação. Nesta hipótese, o caso é visto na *perspectiva da questão jurídica posta* ou, ainda, a partir de uma *estratégia orientada pelo problema*. Assim, todos os elementos do caso que não apresentarem qualquer conexão com o complexo de normas relevantes para a resolução do problema podem ser de pronto descartados (Hespanha, 2007, p. 523-4).

[450] *Alguns* desses temas são (a) o papel da Constituição como fundamento jurídico do Estado Federal; (b) o estatuto constitucional da autonomia dos entes federativos; (c) a inexistência de um direito de secessão; (d) o estatuto da nacionalidade e da unidade soberana do território; (e) os papéis interno e externo dos entes federativos; (f) o regime das fontes de produção normativa e as regras de convivência dos diversos ordenamentos jurídicos parciais; (g) a jurisdição constitucional de defesa do Estado Federal; (h) os mecanismos de intervenção federal e estadual; (i) as formas de manifestação e participação dos Estados na

De um modo mais simplificado, é possível sustentar, no entanto, que uma determinada questão jurídica diz respeito à forma federativa de Estado – sendo, portanto, uma questão federativa – se ela estiver relacionada ao *'status' deôntico da autonomia de qualquer dos entes federativos*.

Não se ignora que muitas vezes esse estatuto deôntico pode receber uma qualificação jurídica oriunda de uma norma de estatura infraconstitucional (uma lei federal sobre normas gerais, por exemplo). No entanto, em virtude da reserva de Constituição que afeta a forma federativa de Estado, isso apenas será possível nos casos devidamente autorizados pelo texto constitucional. Em tais casos, pode-se dizer que a interferência constitucional no estatuto da autonomia representa uma *interferência indireta*, uma vez que mediatizada por uma lei, muito embora constitucionalmente autorizada.

Nos casos envolvendo o "princípio da simetria", o que está em jogo, ao contrário, é uma *interferência constitucional direta* na medida em que a conformação do estatuto deôntico da autonomia política de um determinado ente federativo tem origem – sem a interferência de qualquer norma infraconstitcional interposta – na própria Constituição.

Entre essas interferências constitucionais diretas, especial relevo deve ser atribuído àquelas questões envolvendo o problema dos *limites constitucionais à autonomia estadual*.

Saber se uma dessas questões tem caráter federativo passa geralmente pela análise de dois critérios materiais. O *primeiro critério* consiste em identificar se a questão posta relaciona-se com algum *limite material* estabelecido na Constituição (separação de poderes, por exemplo). O *segundo critério* passa por definir se esse limite material *condiciona* a autonomia estadual (portanto, se esse limite é um "princípio fundamental", uma "cláusula pétrea", um "princípio sensível", um "princípio estabelecido", um "princípio constitucional homogêneo" ou "uniforme", ou todas essas coisas ao mesmo tempo).

Na medida em que envolvem uma definição sobre o estatuto deôntico da autonomia dos Estados, essas questões federativas enquadram-se necessariamente como *questões constitucionais*. Nessa condição, questões federativas são questões jurídicas que *somente podem ser resolvidas com base na Constituição*.

A razão pela qual questões federativas devem ser enquadradas como questões constitucionais é relativamente simples, e já foi abordada anteriormente neste tranalho. É que os temas da forma federativa de Estado, disciplinados pelas normas jurídicas que

---

formação da vontade nacional; (j) o regime de repartição de competências e distribuição de rendas. Para um panorama sobre quais são esses temas, cf., por todos, Almeida, 2007, p. 10-6, e Dallari, 2003, p. 257-9.

estruturam o Estado federal, integram o conjunto das matérias *sob reserva de Constituição* (ao lado, por exemplo, dos direitos fundamentais e da separação de poderes), o que significa dizer que, enquanto normas que limitam competências, essas normas que estabelecem a forma federativa somente fazem sentido quando veiculadas no contexto de uma Constituição formal dotada de supremacia e rigidez.

Nos julgados do Supremo Tribunal Federal baseados no "princípio da simetria", estima-se que quase sempre esteja em jogo uma questão sobre os limites constitucionais à autonomia estadual. Nesses casos, costumam entrar em cena questões como as "competências" tanto funcionais (princípio da separação de poderes) como territoriais (princípio federativo) dos Poderes estaduais; as "prerrogativas" (independência dos poderes) e "responsabilidades" (princípio republicano) dos titulares ou membros de Poder; determinadas atividades de produção normativa (processo legislativo estadual) e de controle de normas (controle de constitucionalidade estadual), para ficar apenas nesse limitado rol de exemplos.

Tomando-se por base somente esse quadro, tem-se que todas essas questões têm um caráter evidentemente constitucional. Apesar disso, a Constituição nem sempre lhes dedica uma resolução normativa evidente, o que acende um alerta para o seu eventual caráter lacunoso. Mas isso já constitui o objeto de um próximo item.

4.1.3. O caráter lacunoso da questão

Identificada a questão jurídica em jogo e constatado o seu caráter federativo, passa-se ao trabalho de localização de uma norma jurídica pertencente ao sistema constitucional da qual seja possível *deduzir* uma solução para o caso. Nessa tarefa, presume-se que maior empenho será dedicado na identificação de critérios decisórios aplicáveis mediante dedução. Em última análise, o órgão julgador dispara pela ordem constitucional como se estivesse no encalço de uma *regra*.[451]

Nesse sentido, o órgão julgador sai à procura de uma norma constitucional que sem maiores dificuldades interpretativas dê uma resposta segura e definitiva ao caso, ou seja, uma norma que estabeleça de forma clara uma qualificação ou uma consequência jurídica evidentemente aplicável ao mesmo.

---

[451] Adiante-se que, uma vez encontrada a regra, o órgão julgador procederá à qualificação jurídica do caso, ofertando-lhe a consequente solução. No entanto, não tendo sido possível encontrá-la, será aberto o caminho para a constatação da lacuna.

O que se pretende, portanto, nesse específico estágio é a identificação de uma proposição constitucional com que se realize a *qualificação* jurídica do caso, que consiste justamente em "referir uma situação de facto à(s) normas(s) de direito, a fim de encontrar o seu regime jurídico".[452]

Para tanto, o órgão julgador vasculha os escaninhos da Constituição instrumental, percorrendo não só as partes sistemáticas que guardam pertinência com o caso (princípios constitucionais da administração pública, por exemplo), mas também qualquer outro setor do texto constitucional por onde possa ter escapado um preceito constitucional disperso (a exemplo das Disposições Constitucionais Transitórias e de inúmeros preceitos constitucionais tão-somente encartados no texto apartado de determinadas Emendas).

O órgão julgador tenderá a localizar primeiro as normas constitucionais dotadas de disposição (normas expressas), mas, por óbvio, deverá igualmente ficar atento às normas constitucionais implícitas *stricto sensu*, ou seja, aquelas normas logicamente decorrentes (porque *inferidas*) de outras normas constitucionais expressas. Não se considera, pelo menos nesse estágio, a possibilidade de uma "construção".[453]

Após uma primeira busca, o órgão julgador poderá constatar que o material normativo disponível não é suficiente à imediata resolução do caso. As razões para isso podem ser várias, destacando-se, no entanto, as hipótese de (a) inexistência de um parâmetro normativo (lacuna normativa) e de (b) indeterminação do parâmetro normativo existente (lacuna de indeterminação).

Ressalte-se que, na hipótese (b), muito provavelmente o órgão julgador estará diante de um princípio apenas remotamente aplicável à situação concreta. Nessa circunstância, o julgador ainda não deve considerar seu trabalho terminado, visto que tal modalidade normativa não pode ser reconduzida à forma de um *silogismo jurídico*, e, portanto, não pode, ao menos na sua forma crua, ser objeto de um raciocínio (nem de uma decisão) judicial. Logo, para resolver o caso, ainda se necessita localizar (e eventualmente "construir") uma norma jurídica aplicável – e mais precisamente, *uma regra*.[454]

Não encontrando uma norma (expressa ou implícita *stricto sensu*) diretamente aplicável, nem por isso o órgão julgador concluirá necessariamente pela existência de um

---

[452] Hespanha, 2007, p. 518.

[453] Sobre as normas implícitas *stricto sensu* e as normas implícitas construídas, ver Capítulo I, item 2.1.4.

[454] Guastini, 2008, p. 78-9. Conforme Nawiasky, se a norma existente não consegue dar resposta ao caso, tem-se ainda, mesmo na presença dela, uma lacuna: "[s]i una norma jurídica no proporciona respuesta a una interrogante que se ha de responder para aplicar la Ley [...], existe una *verdadera laguna*" (1962: 200).

"espaço ajurídico" (uma "lacuna constitucional absoluta"), onde os Estados-membros tudo possam fazer.[455] Mesmo porque, na maioria das vezes, o que pode estar em jogo não é tanto a autonomia estadual, mas a defesa das prerrogativas dos Poderes estaduais em face uns dos outros.[456] Nesse específico campo, *concluir pela existência* de um espaço ajurídico, ao contrário de privilegiar a autonomia estadual (como muitos suporiam), em verdade transformaria as relações interinstitucionais no âmbito do Estado-membro num verdadeiro jogo de forças, onde qualquer possibilidade de controle jurídico estaria descartada.[457]

Diante disso, é preciso que se avalie se a ausência de uma qualificação ou de uma consequência jurídica para o caso não representa antes uma *verdadeira lacuna* a ser preenchida pelo órgão julgador, especialmente se este perceber que aquele silêncio *não está* no plano de regulação da própria Constituição. Em outras palavras, é preciso que se confirme a existência de "un *supuesto de hecho [...] que no está regulado* por ninguna norma explícita y del cual no se establece consecuencia jurídica alguna".[458]

A própria dificuldade em se encontrar uma norma já representa um *sintoma* de lacuna. Assim, não havendo nas normas existentes qualquer hipótese correspondente ao caso a julgar e não podendo o órgão julgador arbitrariamente manipular os respectivos fatos – de modo a fazê-los caber na hipótese de uma norma qualquer –, estar-se-á muito provavelmente perante um caso de lacuna, a ser integrada de acordo com um dos procedimentos metodológicos previstos para tanto.[459]

Uma (outra) maneira de descobrir se a ausência de uma norma é *contrária ao plano*, sem que para isso se tenha de recorrer a uma suposta "vontade" do constituinte, é mediante a identificação de algum caso que seja *semelhante* àquele que se tem por julgar e que tenha sido especificamente regulado no texto constitucional.[460]

Assim, conforme Larenz, "[s]e uma lei regula uma determinada situação de facto *A* de uma maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso *B*, que é

---

455 Engisch, 1996, p. 282-3. Relembre-se que essa liberdade plena seria a interpretação adotada pela posição autonomista.

456 Conforme, aliás, observado por Maués a partir da análise de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1988 e 2003 (2005, p. 68).

457 A esse propósito, remete-se para as observações de Heller constantes do Capítulo 1, item 2.2.3, sobre os "limites constitucionais imanentes".

458 Salguero, 2002, p. 84.

459 Hespanha, 2007, p. 548.

460 Note-se, contudo, que nesse estágio a verificação da semelhança entre a situação não regulada e outra supostamente regulada ainda não é feita de maneira consistente, mas apenas de forma superficial.

semelhante àquele no sentido da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei".[461]

Nos casos cujo julgamento o Supremo Tribunal Federal invoca o "princípio da simetria", o principal indício da existência de uma lacuna reside no fato de que, em geral, pelo menos um dos sujeitos processuais discute o caso baseando-se numa norma constitucional direcionada à União.

Tal atitude é adotada não por "apego" – como se costuma supor – ao "modelo federal", mas simplesmente em razão da (a) *inexistência de uma regra constitucional específica* para um caso constitucionalmente relevante envolvendo os Estados, bem como em virtude da (b) *existência de um paradigma do constituinte* (e não da União!) acerca de hipótese aparentemente semelhante envolvendo o ente federal.

Nas duas hipóteses, o contexto aponta para a existência de uma lacuna a ser colmatada possivelmente com base no paradigma constitucional existente. Para tanto, é necessário que, além das nuances já identificadas, outros elementos próprios da analogia sejam confirmados, entre os quais a própria existência de uma norma acerca de hipótese semelhante. No entanto, saber dessa norma e de como se afere essa semelhança já é assunto para uma próxima seção.

4.2. Existência de um norma constitucional acerca de hipótese semelhante

A segunda etapa do processo decisório baseado no argumento por analogia consiste em identificar no sistema constitucional a existência de um preceito acerca de hipótese semelhante. Na lição de Salguero, isso significa não apenas encontrar uma norma que atribua a uma hipótese fática uma consequência jurídica (ou, conforme uma segunda concepção, uma norma pela qual se estabeleça a qualificação deôntica de um determinado comportamento), sendo necessário também que entre o caso não regulado e a hipótese fática constante dessa norma haja uma semelhança, mais precisamente uma semelhança relevante e essencial entre o caso não regulado e a hipótese fática regulada.[462]

O que interessa é saber se a ordem constitucional, que não regulou especificamente uma determinada situação em relação à qual se considera haver uma lacuna, ofereceu, todavia, uma determinada disciplina normativa a situação considerada semelhante.

No presente tópico, serão abordados o problema da escolha da norma a ser analogada e a questão da semelhança entre a situação lacunosa e a situação regulada.

---

[461] Larenz, 1997, p. 531.
[462] Salguero, 2002, p. 84.

4.2.1. A escolha de uma norma pertencente ao próprio sistema

Ante uma lacuna normativa, e dentre as possibilidades disponíveis para a sua colmatação, viu-se que *é preferível* que o órgão julgador recorra (a) a uma norma que discipline uma hipótese de fato referente a *situações semelhantes* àquela que pretende resolver e que ao mesmo tempo (b) essa norma faça *parte do sistema jurídico* no âmbito do qual é possível situar o caso.[463]

As razões apresentadas para essa *precedência* da analogia (*legis*) foram várias, podendo-se desta feita repisá-las apenas sucintamente: (a) a tradição do Direito brasileiro, confirmada em diversas leis em vigor, (b) a exigência de *coerência normativa*, (c) o respeito à *idéia de sistema*, (d) o princípio da *certeza do direito*, (e) a *utilização de princípios* como um elemento de reforço da analogia *legis* sobre a analogia *iuris*, (f) o *caráter mais emergencial* (*excepcional*) desta em relação àquela, (g) a *preferência da analogia sobre a concretização e a própria ponderação*, e, por fim, além de tudo (h) o próprio *princípio da isonomia* (como igualdade-postulado).

Por outro lado, viu-se também que a própria existência de uma regulação acerca de hipótese semelhante àquela para a qual se procura uma saída já representa um importante indício da existência de uma lacuna, especialmente ao se considerar aquela idéia de igualdade-postulado. Nesse sentido, nada mais natural que a colmatação da lacuna valha-se da própria norma assim identificada como o principal ponto de partida para a construção de uma resposta.[464]

Diante de todos esses elementos, adquirem ainda maior significado as ponderações feitas por Canaris, para quem "não se devem subestimar os impulsos originados pela ideia de sistema, para complementação do Direito", afirmando, por outro lado, ser "altamente contestável que se censure à jurisprudência o ela procurar 'apoios' na lei, para o aperfeiçoamento criativo do Direito".[465]

Não se defende com isso que o apelo a uma proposição análoga seja a única nem mesmo a melhor forma para resolver problemas de lacuna. O que se questiona é que, havendo uma ponderação previamente feita pelo legislador constituinte, por que haveria o julgador de descartá-la antes mesmo de verificar seus termos no sentido de uma

---

[463] Relembre-se que aqui não está em jogo encontrar uma solução para o caso na fonte por excelência de resolução da controvérsia – a Constituição Estadual, por exemplo –, mas saber se a solução oferecida por esta fonte (ou a omissão desta em resolver o caso) está de acordo com a Constituição do Estado Federal.

[464] Não é demais lembrar a imprescindibilidade de que esta possível norma paradigma seja completa (não seja, portanto, lacunosa, demandando, ela própria, uma integração), sob pena de apenas se substituir um problema de lacuna por outro da mesma natureza.

[465] Canaris, 1989, p. 176 e 177.

adequabilidade ao caso orientada pela idéia de igualdade-postulado e instrumentalizada pela argumentação mediante analogia?

Pode-se responder a essa questão apelando-se ainda a quatro outras idéias fundamentais: (a) na medida em que o órgão judicial vê-se *obrigado a oferecer uma resposta* para o caso (princípio da proibição do *non liquet* – também – no processo constitucional), e (b) uma vez que *esta resposta deve vir fundamentada* numa norma pertencente ao sistema jurídico (princípio da constitucionalidade/legalidade das decisões judiciais), (c) nada mais adequado do que recorrer a uma *integração conforme a Constituição* baseada numa proposição direcionada a um caso análogo, se porventura o problema a resolver constitua uma questão federativa sem solução constitucional evidente e (d) o órgão julgador pretenda solucioná-la sem romper com o *postulado da igualdade federativa*.

Mas para que tudo isso ocorra é necessário também que a proposição constitucional tomada de empréstimo – e que servirá de ponto de partida para a conclusão por analogia – diga respeito a uma *situação (hipotética) semelhante* àquela outra situação (esta concreta) para a qual se busca uma saída.

Assim justificada a escolha de uma norma integrante do mesmo sistema jurídico a que pertence o caso, cabe agora esclarecer por que a hipótese fática desta norma deve manter uma certa relação de congruência com o caso não regulado.

4.2.2. Em busca da semelhança

Identificada no sistema jurídico a norma potencialmente aplicável ao caso lacunoso, deve o julgador, portanto, investigar a semelhança deste com a situação regulada pela norma.

De antemão, deve-se reconhecer que a eventual semelhança entre uma situação concreta e uma determinada hipótese de fato análoga constante de uma norma do sistema é sempre uma *identidade meramente parcial*.[466] Não fosse assim, a situação e a hipótese seriam idênticas e não somente semelhantes, de maneira que ambas compartilhariam automaticamente da mesma regulação jurídica.

Nesse sentido, o que importa para efeito de se produzir a analogia é identificar os *pontos de contato* entre esses dois objetos de comparação para que posteriormente seja possível saber se ali onde se acha uma semelhança haverá também uma razão suficiente para a igualação das disciplinas jurídicas de ambas as situações.

---

[466] Stammler, 2008: 419.

Para alcançar aqueles pontos de contato, Stammler faz uma sugestão, considerando que "[p]ara saber cuándo existe una *identidad parcial* de requisitos habrá que acudir al mismo método en que descansa la *inducción*".[467]

Nesse sentido, esse autor sugere que se tome a norma jurídica em questão a fim de extrair-lhe tais pontos de contato mediante um *processo de indução*, conforme o qual se considera que "[e]n cada norma jurídica se puede ver el miembro de una categoría de que forma parte con otras normas *del mismo género*. El clasificar una regla jurídica determinada dentro de su género correspondiente es la misión de la *inducción jurídica*".[468]

Ferrara descreve esse processo de indução nos seguintes termos: "E como procurando bem no sistema se podem descobrir casos análogos já regulados, extrai-se por um processo de abstracção a disciplina jurídica que vale para esses, alargando-se até compreender os casos não previstos mas cuja essência jurídica é a mesma".[469]

Na medida em que "[l]a norma es siempre un *criterio* para muchos casos *posibles* y, precisamente por eso, nunca la *decisión* de un caso *real*",[470] tal processo de indução levará a que se retire da norma candidata a paradigma aquilo que ela tem de essencial, transformando-se então a sua previsão concreta num *tipo* de caráter mais geral para que, assim, esse mesmo tipo abstrato venha a ser em seguida adensado pela própria situação concreta que se quer regular.

É novamente Ferrara quem vasculha esse processo de tipificação: "O procedimento por analogia radica no conceito de que os factos de igual natureza devem ter igual regulamentação, e se um de tais factos encontra já no sistema a sua disciplina, esta forma o *tipo* do qual se deve inferir a disciplina jurídica geral que há-de governar os casos afins".[471]

Nesse primeiro momento, ainda não importa tanto saber se uma determinada semelhança encontrada entre a situação real e a situação hipotética localizada na norma constitui uma semelhança determinante para a conclusão analógica, pois isso será aferido apenas na próxima fase do raciocínio. Ao contrário, aqui somente importa identificar o maior número possível de pontos de contato entre as duas situações, pois será essa maior disponibilidade de um repertório de características comuns para comparação que proporcionará maior segurança jurídica e facilitará mais rapidamente a certeza de uma decisão.

---

467 Stammler, 2008: 419.
468 Stammler, 2008: 416-7.
469 Ferrara, 1987: 158.
470 Kaufmann, 1976, p. 47.
471 Ferrara, 1987: 158.

Diante do resultado da investigação procedida, "[s]erán *análogos* los requisitos de normas jurídicas cuando en ambas se manifiesten del mismo modo, aunque sólo *parcialmente, los mismos conceptos jurídicos fundamentales*", lembrando-se que mesmo "de esta identidad parcial de los requisitos se seguirá la *identidad de los efectos*".[472]

Mas isso já é assunto da próxima fase da argumentação.

4.2.3. Analogia a partir de precedentes

Nem sempre a norma paradigma do caso não regulado é encontrada pelo órgão julgador numa disposição expressa da Constituição instrumental. Se é verdade que este documento é o âmbito por excelência para a pesquisa dessa norma-padrão (por força inclusive do princípio da "integração conforme"), também é verdade que muitas vezes o modelo a ser usado não se encontra expresso e bem definido no texto constitucional. Em tais situações, não se deve desde logo descartar a existência de um paradigma constitucionalmente apropriado para a resolução da questão, o qual ainda pode ser localizado mediante uma pesquisa que não fique restrita à literalidade daquele texto.[473]

Pode ocorrer que uma questão semelhante àquela de que se ocupa o julgador já tenha sido resolvida num processo antecedente e tenha, na oportunidade de seu julgamento, igualmente se revelado carecedora de uma regulamentação jurídica específica. Nesta circunstância, a resolução do caso atual poderá não ser apoiada numa norma expressa da ordem constitucional positiva, mas numa norma implícita "revelada" (construída) anteriormente por outra decisão judicial. Esta, em relação ao caso não regulado atual, assume a condição de um *precedente*.

No precedente, houve uma anterior interpretação/integração, operou-se em seu âmbito uma posterior subsunção (do caso lacunoso à norma então criada), e esta subsunção, uma vez realizada, "representa um novo material de interpretação e pode posteriormente servir como material ou termo de comparação".[474]

A analogia a partir de precedentes não difere operacionalmente daquela baseada em regras positivas. Com isto, quer-se dizer que, embora um precedente judicial seja

---

472 Stammler, 2008: 419.

473 Conforme Sagüés, "[l]a elaboración de la norma constitucional impone al intérprete recurrir, inicialmente, tanto al texto constitucional en su totalidad como al derecho consuetudinario *y judicial constitucional*, en procura de las directrices que faciliten, por vía analógica o por aplicación de tales postulados, una respuesta coherente con la Constitución en vigencia y que, fundamentalmente, sea justa" (destacamos) (2006, p. 54).

474 Engisch, 1996, p. 96. Manuseou-se o texto do autor citado para nele se fazer contemplar o termo "integração". Uma condensação do fenômeno dos precedentes é oferecida por Betti (2007, p. 164 e ss).

substancialmente diferente de uma regra positiva, na prática o ato de discorrer por analogia vale-se das duas formas de paradigma de maneira semelhante.

Assim, enquanto na analogia com normas o paradigma é uma regra constitucional expressa (ou implícita *stricto sensu*), na analogia com precedentes o paradigma é uma decisão de natureza judicial (a "máxima de decisão" construída num processo antecedente); enquanto a analogia com normas funda-se na comparação entre o caso não regulado e uma hipótese fática, na analogia com precedentes a comparação se dá entre dois casos concretos (reais); enquanto a analogia com normas está baseada na *ratio legis*, a analogia com precedentes está baseada na *ratio decidendi*.

Não se pode desconsiderar que por trás do precedente houve – e provavelmente ainda há – material legislativo suficiente para que o julgador do caso em aberto chegue à mesma conclusão que o julgador anterior. Mas, ante a existência do precedente (e a depender da posição e dos efeitos deste na ordem jurídica), a existência de um paradigma jurisprudencial já representa meio caminho andado para se chegar à resolução do caso atual.

Nunca é demais, entretanto, percorrer o caminho inverso daquele percorrido pelo órgão que firmou o precedente. Com isso, o julgador poderá certificar-se de que o precedente continua atual e consentâneo com a configuração do ordenamento vigente e, assim, idôneo a ser aplicado aos casos análogos.

Antes de encerrar, um registro faz-se oportuno.

A utilização de uma diretriz constitucional voltada à União e aos seus organismos como paradigma para a resolução de casos não regulados envolvendo os Estados-membros está na base da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal baseada no "princípio da simetria". Na prática subjacente ao uso desse postulado, o apelo a um preceito constitucional não originariamente direcionado aos sujeitos da questão sem resposta é um fato que não se pode negar.

Também na jurisprudência da Corte, não basta que as situações sejam semelhantes, sendo necessário também que as semelhanças encontradas sejam relevantes.

Não se trata, portanto, de apego ao "paradigma federal", mas sim ao paradigma constitucional, e, melhor dizendo, o *paradigma do constituinte*, e não o da União como ente central.

4.3. Identidade de razão entre a situação não regulada e a hipótese regulada

Nas etapas anteriores do raciocínio inerente ao modelo ora apresentado, viu-se que o órgão julgador não se limita a reconhecer uma *questão federativa lacunosa*, mas também pode identificar, no respectivo sistema constitucional a que tal questão se reporta, um *preceito direcionado a uma hipótese supostamente semelhante*.

Como tais etapas ainda não são, todavia, suficientes para resolver de uma vez por todas a questão federativa lacunosa, e uma vez que estejam ambas devidamente ultrapassadas com êxito pelo julgador, faz-se necessário adentrar nos dois estágios finais e também os mais decisivos para a confirmação daquela suposta semelhança, que é o que irá determinar a possibilidade de uma conclusão analógica com vistas à resolução do problema enfrentado.

Antes de adentrar cada um desses dois estágios, é necessário que se faça, porém, um esclarecimento prévio.

4.3.1. Uma distinção necessária: *ratio* como finalidade e *ratio* como causa

Em geral, fala-se apenas, neste específico estágio do raciocínio por analogia, numa "identidade de razão" entre a situação não regulada e aquela outra que se encontra regulada no preceito identificado pelo órgão julgador. Entretanto, no modelo aqui idealizado, esse estágio será desdobrado em dois, a saber:

- a *identidade de razão* entre a situação não regulada e a hipótese regulada, propriamente dita; e

- a existência de um *princípio geral* justificador da extensão analógica.

Eis as razões para essa tomada de posição.

Quando se fala em identidade de "razão jurídica" ou de *"ratio legis"*, faz-se uso de uma expressão à qual costumam ser atribuídos múltiplos significados. Eis os principais:

(i) como "escopo da lei", a *ratio legis* consiste na *finalidade* incutida numa determinada norma;

(ii) como "fundamento da lei", a *ratio legis* traduz o *fundamento* ou a *causa* ou a *razão* de ser da lei.[475]

Embora os autores costumem usar a expressão pressupondo indistintamente ambos os significados, para os fins deste trabalho será estabelecida entre eles uma rígida

[475] Nesse mesmo sentido, aduz Larenz: "[a] expressão tem várias acepções. Significa tanto o escopo como o 'fundamento racional', o princípio de uma regulação" (1997: 475).

diferenciação. A razão para isso é bastante simples, e tem a ver com a própria natureza da questão teórica aqui enfrentada.

Na medida em que é a própria identidade de razão que *confirma* a possibilidade de uma conclusão analógica, se aqui fosse se tomar a *ratio legis* apenas no sentido de "finalidade", então toda e qualquer norma destinada à União, pelo simples fato de conter um fim, muito provavelmente também seria, por força de analogia, aplicável aos Estados, especialmente ao se considerar que em geral as situações da vida envolvendo os entes públicos tendem a repetir-se.

A consequência disso seria que, ao menor grau de semelhança entre as situações, o órgão julgador seria levado a concluir pela idêntica *ratio*, o que faria com que praticamente todas – senão mesmo todas! – as normas imponíveis a um ente federativo determinado também o fossem em relação aos demais.

Diante disso, entra em cena a *ratio legis* no seu segundo significado – como "fundamento" ou "princípio" de uma norma. Nessa acepção, e para os fins deste trabalho, *ratio iuris* quer dizer o mesmo que "princípio geral justificador da extensão".

Na resolução de uma questão federativa sem solução constitucional evidente envolvendo um limite constitucional à autonomia dos Estados, deve-se exigir que uma determinada norma paradigma a ser analogada apresente não apenas uma idêntica razão traduzida numa determinada finalidade, mas deve-se exigir também que esta finalidade esteja *amparada num princípio geral comum a ambas as situações* – tanto a regulada como a não regulada.

Assim, não basta apenas que uma determinada norma tenha por fim, por exemplo, evitar que o Presidente da República seja preso na constância de seu mandato por atos estranhos ao exercício da função para que tão logo se veja nesta finalidade uma mesma razão para estender idêntico benefício aos Governadores de Estado. É necessário ainda que essa proteção assegurada ao Presidente esteja embasada numa *razão* ou *causa* comum a ambas as situações. Em outras palavras, mesmo que a finalidade seja a mesma, é necessário também que essa finalidade seja exigida (bem como que se encontre amparada) por um princípio que estabeleça uma razão comum.

Ainda em relação ao exemplo dado, se o julgador considerar, por exemplo, que aquela proteção excepcional ao Presidente deriva da sua condição de *chefe de estado*, na medida em que esta causa ou razão não seja compartilhada pelos Governadores, estes estarão impedidos de usufruir daquela garantia mediante analogia. E isso sem se considerar

também que em relação a estes é uma outra causa ou *princípio* impõe a manutenção do regime comum de responsabilização – o *princípio republicano*.

Dito isto, já é possível desdobrar um pouco mais os dois requisitos.

4.3.2. Identidade de razão propriamente dita

Uma vez que na fase precedente do modelo tenham sido mapeadas as características comuns mantidas pela situação concreta e a situação regulada, cumpre agora saber se a disciplina jurídica atribuída a essa última repousa num elemento igualmente existente naquela primeira. Sendo este o caso, a conclusão analógica far-se-á necessária.

Nesta fase, pretende-se saber se a conclusão por analogia pode ser considerada juridicamente viável. Para tanto, "requer-se a prova de que o particular, em relação ao qual a regulamentação falha [...], tenha em comum com o particular para o qual existe regulamentação [...] aqueles elementos sobre os quais a regulamentação jurídica [...] se apoia".[476]

Nesse sentido, invocando o exemplo anteriormente apresentado quanto à proibição de prisão do Presidente da República, na medida em que esta vedação esteja ancorada na sua condição de *chefe de estado*, não é possível estendê-la a quem tão-somente, como é o caso dos Govenadores, ostenta a condição de *chefe de governo*. Nesse caso, a base em que se apoia a regulação jurídica – o ser chefe de estado – não é compartilhada pelos atores das duas situações.

Desse modo, sempre que esse elemento em que se fundamenta uma determinada regulação jurídica não está presente na situação lacunosa, não fará sentido aplicar a esta a finalidade intrínseca à própria regulação. Em outras palavras, não há que se proterger da prisão (finalidade) aquele que não ostenta a condição de chefe de estado (característica essencial).

Diante disso, uma outro conceito se apresenta como fundamental para o raciocínio por analogia – o de *semelhança relevante* –, que consiste justamente no compartilhamento pela situação lacunosa do mesmo elemento determinante para a disciplina jurídica da situação regulada. Daí se dizer que as situações devem ser semelhantes entre si em tal medida que aquilo que é justo para a primeira também deva ser para a segunda.[477]

Na medida em que identifique o elemento central de uma semelhança relevante, "o intérprete se apodera de um *ponto de referência* que ao mesmo tempo o habilita a definir o

---

[476] Engisch, 1996: 290.
[477] Engisch, 1996: 289.

exacto alcance da norma e a *discriminar outras situações típicas com o mesmo ou com diferente recorte*" (grifamos).[478]

Dito isso, já possível passar ao próximo critério.

4.3.3. A existência de um princípio geral justificador da extensão analógica

Afirmou-se no tópico anterior que a descoberta da *finalidade* da norma a ser estendida não seria suficiente para assegurar uma correta conclusão por analogia nos casos envonvendo questões federativas acerca dos limites constitucionais à autonomia estadual.

Este instituto, como bem se sabe, está subordinado a um rol relativamente extenso de princípios constitucionais, além de um conjunto de regras específicas. Considerando-se especialmente o papel de tais princípios no condicionamento da autonomia estadual, não faria sentido sujeitar os Estados-membros a tudo quanto é sorte de regras ou precedentes judiciais voltados aos demais entes federativos se as diretrizes normativas daí decorrentes não pudessem ser justificadamente ancoradas na condição de projeções de um qualquer daqueles princípios.

Apenas sob essa condição – isto é, que estão sustentadas por uma mesma *causa* ou *princípio comum* no âmbito da Federação – é que determinadas regras normativas ou precedentes judiciais podem ser aplicados analogicamente aos Estados-membros, como de resto a qualquer outro ente federativo.[479]

Desse modo, apenas sob a base de um *princípio constitucional comum* uma situação lacunosa envolvendo um Estado-membro e uma situação hipotética constante de regra constitucional aplicável à União poderão compartilhar de uma mesma regulação mediante analogia, e isso se os demais requisitos antes expostos forem devidamente preenchidos.

Nesse aspecto, é ilustrativa a própria "fórmula Pertence":

> As regras básicas do processo legislativo federal são de absorção compulsória pelos Estados-membros em tudo aquilo que diga respeito – como ocorre às que enumeram casos de iniciativa legislativa reservada – ao princípio fundamental de independência e harmonia dos poderes, como delineado na Constituição da República.[480]

---

478 Machado, 2006, p. 183.

479 A propósito do requisito aqui trabalhado, Goldschmidt também reconhece: "[l]a analogía entre dos casos sólo se justifica si ambos estriban en un principio común" (2005, p. 298).

480 ADI 276, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 13.11.1997, *Ementário n. 1896-01*, p. 20.

Não é demais repetir. Não há dúvida que as regras constitucionais direcionadas à União possuem, todas elas, sem excessão, a sua própria *ratio* (= finalidade). Mas no esquema de um Estado federal, em que os entes federativos parciais são dotados de autonomia e onde esta se encontra vinculada aos princípios indicados pela Constituição, é preciso também que a regra em questão, além de uma *ratio* aplicável à situação envolvendo os Estados, constitua uma projeção de um dos chamados princípios constitucionais homogêneos – princípios constitucionais válidos no território nacional inteiro, e invocáveis contra qualquer dos entes federativos.

4.5. Inexistência de uma "vontade" constitucional contrária[481]

A colmatação de uma lacuna constitucional mediante analogia não pode ser promovida quando o próprio sistema constitucional exclui, ainda que de forma indireta, a utilização daquele método de integração.

É certo que tal exclusão pode dar-se de maneira *expressa* quando, por exemplo, o legislador estabelece uma *proibição* de se recorrer ao procedimento analógico em determinadas circunstâncias.[482] No entanto, são as situações em que essa proibição se dá de maneira *implícita* que mais oferecem dificuldades ao intérprete.[483]

Em qualquer desses casos, concluindo-se pela *existência* de uma "vontade" constitucional contrária à analogia, deixa-se então de recorrer ao argumento *a simili*, passando-se a invocar o argumento *a contrario*.[484]

Em linha de princípio, é possível reconhecer-se de plano a *existência* de uma vontade constitucional contrária – proibindo, portanto, a analogia – nas seguintes situações:

- lacunas constitucionais absolutas;
- lacunas ideológicas ou axiológicas;[485]

---

481 Convém registrar que essa estapa do raciocínio por analogia é denominada por alguns autores como "inexistência de uma vontade do legislador contrária". Tal é o caso de Falcón y Tella (1991, p. 106). Conforme se percebe, o título atribuído ao presente item manteve em parte essa denominação, mas, para isso, é necessário que essa opção se faça acompanhar pelo alerta de Larenz, para quem "[a] meta última da interpretação não é a averiguação da 'vontade real' do legislador histórico, mas averiguar o significado da lei que é hoje juridicamente decisivo" (1997, p. 500). Apenas com essa ressalva é possível, pois, falar-se aqui na "inexistência de uma 'vontade' constitucional contrária".

482 É o caso do artigo 108, § 1º, do Código Tributário Nacional, segundo o qual "[o] emprego da analogia não pode resultar na exigência de tributo não exigido em lei".

483 Falcón y Tella afirma que para saber qual terá sido a "vontade" do legislador, em caso de proibição implícita, pode-se recorrer a expressões como "se e somente se", "exclusivamente" e outras equivalentes constantes da lei (1991, p. 106). Deve-se reconhecer, no entanto, que, para o infortúnio do intérprete, nem sempre essas expressões são utilizadas pelo legislador.

484 Falcón y Tella, 1991, p. 106.

- lacunas voluntárias (inclusive as chamadas "lacunas constitucionais descobertas");[486]

- lacunas técnicas (inclusive as "lacunas constitucionais heterônomas").

Tais casos já foram objeto de análise no presente trabalho, dispensando, portanto, novas considerações.

Importa agora mencionar outras categorias que, conforme se verá, são de suma importância para o tema investigado. Em relação a todas elas, cumpre saber se está ou não presente uma "vontade" constitucional contrária ao uso do argumento por analogia.

4.5.1. Silêncio eloquente

Embora se tenha por certo que a ordem constitucional padece de certo grau de incompletude, nem por isso se pode afirmar a existência de lacunas sempre que a Constituição Federal silencia acerca de um determinado tema.[487] É que, ao lado dos casos tradicionais de lacunas normativas, há também aquelas situações em que, de maneira inequívoca, fez parte do plano de regulação *não incluir* ou *não prever* no programa constitucional um determinado conjunto de hipóteses acerca de certos assuntos.[488] Nesses casos, diz-se que a ausência de regulamentação específica corresponde a um "silêncio eloquente" do legislador.[489]

Por outro lado, nem sempre é fácil diferenciar a imprevisão do legislador constituinte ou as suas falhas daquilo que se convencionou denominar "silêncio eloquente". À imprevisão e às falhas correspondem, respectivamente, a impossibilidade de antever um determinado problema (lacuna objetiva) e o simples descuido do legislador (lacuna subjetiva involuntária). O "silêncio eloquente", por sua vez, consiste na *vontade inequívoca do constituinte*, verificável em termos normativos, de não contemplar no texto constitucional uma determinada hipótese acerca de uma dada questão, ainda que esta

---

485 A analogia seria cabível, no entanto, nos casos de lacuna ideológica por "ausência de uma norma exigida por outra norma (superior)", mais especificamente nos casos em que houvesse uma violação a um dos seguintes aspectos do *princípio constitucional da igualdade*: (a) casos iguais devem ser tratados de modo igual; (b) casos diferentes, de modo diferente (cf. Guastini, 2006b, p. 30).

486 De fato, como nota Falcón y Tella, "[e]l caso de silencio voluntario [lacuna intencional ou voluntária] podría considerarse que se da una voluntad contraria a la analogía", visto que "[s]i el legislador calla voluntariamente se presume que es porque no quiere incluir el caso en cuestión dentro del supuesto de hecho de la norma" (1991, p. 76).

487 Para Engisch, "não podemos falar duma lacuna no Direito (positivo) logo que neste não exista uma regulamentação", como também "[n]ão nos é lícito presumir pura e simplesmente uma determinada regulamentação, antes, temos que *sentir a sua falta*, se queremos apresentar a sua não-existência como uma 'lacuna'" (1996, p. 281). Cf. Larenz, 1997, p. 525.

488 Nas palavras de Engisch, "a inexistência da regulamentação em causa pode corresponder a um *plano* do legislador ou da lei" (1996, p. 281).

489 Larenz, 1997, p. 525.

inclusão fosse-lhe juridicamente possível e a hipótese referida, de seu pleno conhecimento.[490]

Dito de outro modo, o fato de o sistema constitucional não conter qualquer disposição acerca de uma determinada hipótese, que em princípio não era estranha nem ignorada pelo constituinte, pode significar que este, intencionalmente e na forma de uma "regulamentação negativa", não tenha querido discipliná-la. Nesse caso, a criação pelo intérprete, pela via do desenvolvimento judicial, de uma norma que viesse suprir a situação não contemplada seria inadmissível, pois a ordem constitucional, no ponto em questão, não continha "lacunas" passíveis de preenchimento. Assim, apenas por uma nova proposição constitucional formal – uma emenda à Constituição, propriamente falando – é que seria possível contemplar referida situação.[491]

"Lacuna" e "silêncio eloquente" não configuram, pois, uma mesma e única coisa.[492]

4.5.2. O direito excepcional

Outro limite invocado para aplicação de analogia reside no fenômeno conhecido como direito excepcional, correspondente ao chamado *jus singulare* dos romanos. Consiste o direito excepcional naquelas proposições jurídicas que se opõem a um determinado princípio geral por razões e em casos considerados de natureza especial. Trata-se, portanto, de um direito singular, irregular, anômalo ou – como também é conhecido – *contrário ao princípio*.[493]

Na medida em que pretendem tão-somente afastar a incidência de um princípio geral para casos especificamente configurados, as proposições de direito excepcional não chegam a revogar o princípio, que permanece válido e aplicável para todas as demais situações não abrigadas pela norma de exceção. Em virtude disso, as proposições excepcionais não estariam aptas a serem aplicadas mediante analogia, pois, a propósito de

---

490 Larenz, 1997, p. 525.

491 Larenz, 1997, p. 525; Engisch, 1996, p. 281 e ss.

492 Larenz, 1997, p. 525. Um conhecido caso de silêncio eloquente foi identificado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Constituição passada. Esta Carta disciplinara um sistema de controle de constitucionalidade em abstrato que poderia ter como objeto leis e atos normativos tanto federais como estaduais (art. 119, I, "l", CF67/69), deixando de fora, assim, os seus equivalentes municipais. Alguns Estados, a pretexto de colmatar uma lacuna constitucional no tocante ao direito municipal, instauraram perante os seus Tribunais de Justiça um controle de constitucionalidade em abstrato para o controle do direito municipal em face da Constituição Federal, o que, todavia, foi rechaçado pelo Supremo, sob o argumento de que "[o] silêncio do legislador constituinte [haveria] de ser entendido, nesse aspecto, como expressa vontade de restringir o controle de constitucionalidade abstrato ao modelo explicitamente definido no Texto Magno" (Mendes, 1990, p. 319). A propósito, cf. o RE 91740, Rel. Min. Rafael Mayer, Tribunal Pleno, j. 12.03.1980, *Ementário n. 1168-02*, p. 394, bem como o RE 92287, Rel. Min. Rafael Mayer, Tribunal Pleno, j. 02.12.1980, *Ementário n. 1197-04*, p. 1173.

493 Enneccerus, 1943, p. 185-6.

um suposto caso semelhante não diretamente regulado por uma regra excepcional específica, continuaria a incidir sobre ele o princípio geral comum, aplicável à generalidade das situações.[494]

Esse limite de aplicação da analogia também costuma ser conhecido pela máxima segundo a qual os preceitos excepcionais não podem ser estendidos (*singularia non suntextendenda*). Tal postulado, de larga aceitabilidade dogmática, não deve, entretanto, ser tomado em caráter absoluto. A esse propósito, cabem algumas observações.[495]

Como bem frisado por Engisch, se uma proposição jurídica excepcional é editada para atender às singularidades de um determinado caso ou grupo de casos do mesmo tipo, não pode a mesma, por óbvio, ser analogicamente aplicada a casos nos quais essa situação peculiar não se verifique. Para estes, ante a falta dos pressupostos especiais, a aplicação da consequência prevista na proposição jurídica excepcional deve ser negada, à maneira de um argumento *a contrario*. Na situação inversa, porém, – ou seja, quando presentes os pressupostos descritos na proposição excepcional – não se pode descartar a incidência da consequência prevista nesta proposição, nos moldes de um argumento *a simili*.[496]

A explicação para isso é que a proposição jurídica excepcional conta também com a sua própria *ratio*, ainda que diversa daquela que deu origem ao princípio comum.[497] Por isso que, "nos limites do pensamento fundamental do preceito excepcional" (Engisch), ou "dentro del principio estricto, base de la norma de derecho singular" (Enneccerus), a analogia não só é possível como também é permitida, sem que seja cabível aplicar automaticamente um argumento *a contrario*.[498] Desse modo, o *jus singulare*, excepcional em relação ao princípio geral comum, forma, por sua vez, uma norma geral para todos os casos análogos àquele previsto em sua hipótese.[499]

Tais fenômenos normativos não são estranhos ao Direito constitucional. Para Miranda, o fato de a Constituição formal apresentar-se como um sistema de normas diferenciado dentro do sistema jurídico global é algo que por si só não confere a cada uma dessas normas um caráter excepcional, tornando-as, assim, insuscetíveis de aplicação analógica. Ao contrário, e ainda segundo aquele autor, se certas normas são excepcionais

---

494 Enneccerus, 1943, p. 187.

495 Falcón y Tella sustenta que "la prohibición de la analogía tiene valor, más que absoluto, relativo, y más que efectivo, retórico", graças à "existencia de muchos supuestos en los que dicha prohibición [...] debe ser matizada" (1991, p. 118).

496 Engisch, 1996, p. 296.

497 Bobbio, 1957, p. 606.

498 Respectivamente, para os trechos citados, Engisch, 1996, p. 296, e Enneccerus, 1943, p. 187.

499 Falcón y Tella, 1991, p. 117.

na perspectiva global do ordenamento jurídico, podem muito bem não o ser na perspectiva específica e menos ampla do sistema constitucional, em cujo âmbito a sua manipulação mediante analogia não seria absurda.[500]

Desse modo, aquilo que é exceção se considerado o ordenamento jurídico como um todo pode ser a regra no contexto da lógica e da sistemática do Direito constitucional.

4.5.3. Proibição de analogia: o caso do direito penal e do direito tributário

Outra situação que pode ser interpretada como uma "norma constitucional contrária" é aquela relativa à *proibição de analogia*. Na Constituição, não há preceito expresso estabelecendo essa proibição. Apesar disso, o comando correspondente pode ser extraído de determinados princípios expressos ou, quando não expressos, aceitos como implícitos no texto constitucional.

O primeiro desses princípios é o da legalidade penal: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (art. 5º, XXXIX, CF). Se apenas a lei formal pode definir crimes e estabelecer penas, tais fenômenos não poderiam, assim, ser produzidos por mera interpretação ou mesmo analogia.

Outro princípio do qual decorre a proibição de analogia é o da legalidade tributária: "[s]em prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça" (art. 150, I, CF). Por isso, consta do Código Tributário Nacional que "[o] emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei" (art. 108, § 1º, CTN).

Ainda em matéria tributária, o princípio constitucional implícito consistente no *dever geral de pagar tributos* também justifica a proibição de analogia (e mesmo de interpretação extensiva) no tocante às isenções e imunidades – proibição que o legislador ordinário, diga-se, soube definir muito bem: "[i]nterpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário e outorga de isenção" (art. 111, I e II, CTN).

---

[500] Miranda, 1996, p. 268-9.

4.5.4. A inexistência de uma "vontade" constitucional contrária como uma diretriz geral acauteladora do argumento por analogia

Apesar de a sua apresentação ter ficado para o final do modelo, o requisito da inexistência de uma "vontade" constitucional contrária pode ser verificado a qualquer momento do processo decisório.

De fato, pode-se perceber, já na primeira etapa do trabalho metódico, que o problema trazido à apreciação do órgão julgador conta com uma específica solução, não sendo o caso, portanto, de se falar numa lacuna da ordem constitucional acerca da respectiva questão.

Enfim, o fato de apenas ao final do modelo se falar na inexistência de uma "vontade" constitucional contrária, como uma verificação obrigatória a cumprir na argumentação por analogia, não significa que somente ao fim do raciocínio é que se deva atentar à exigência em questão.

Nesse sentido, a descoberta de uma "vontade" contrária pode ocorrer a qualquer tempo, e a sua contemplação somente agora na sequência do presente discurso apenas se justifica como uma forma de demonstrar que a mesma pode ser aferida em qualquer uma das fases anteriores, e inclusive após estas, numa espécie de "fase saneadora" (e pré-decisória) da argumentação.

5. O resultado da operação: a "regra de simetria"

Se, conforme Bobbio, nos casos de lacuna "o dever do intérprete é [...] acrescentar aquilo que falta",[501] então o procedimento analógico não terá chegado a bom termo se descurar do estabelecimento de um critério decisório que possa ser aplicado ao caso lacunoso. A esse "critério decisório", a essa "norma que falta", a doutrina costuma denominar *máxima de decisão*, com base na qual "o juiz deve formar a decisão do caso controverso".[502]

É possível questionar se, para além de um mero critério decisório, o julgador não estaria de fato *criando* uma norma jurídica.[503]

---

[501] Bobbio, 1990, p. 117.

[502] Betti, 2006, p. 180. Para esse autor, "[...] o procedimento por analogia [...] constitui o método necessário para extrair máximas de decisão a fim de prover a auto-integração da ordem jurídica" (2006, p. 91).

[503] Canotilho e Moreira falam numa "explicitação de normas implícitas" (1991, p. 59).

Sanchís sustenta que, existindo uma lacuna no sistema normativo e havendo uma obrigação imposta ao juiz para oferecer uma solução jurídica, "entonces irremediablemente habremos de crear una norma nueva que sirva para regular el caso".[504]

O que se espera, assim, daqueles que de todo modo estão obrigados a decidir e que para isso lançam mão da analogia é, nas palavras de Nawiasky, "[...] poner por sí mismos la norma que falta y aplicarla después al caso concreto".[505]

Larenz reconhece um caráter genérico dessas regras assim produzidas:

> Uma regra jurídica pode [...] resultar [...] de concretizações dos princípios jurídicos, tal como estas são constantemente efectuadas pelos tribunais. Para que resulte uma regra nova da concretização de um princípio jurídico, referida antes do mais ao caso, ou de uma pauta carecida de preenchimento, tal regra tem certamente que ser suscetível de generalização, no sentido de que seja aplicável a casos equiparáveis ou "análogos".[506]

Tem-se aqui, ao que parece, uma espécie de *norma atribuída*, ou seja, uma norma não estabelecida diretamente pelo texto constitucional, mas adscrita (aditada/acrescida) a outra norma nele estabelecida.[507]

Na linha do que defendido por Alexy no tocante às normas de direitos fundamentais, pode-se dizer que o conceito de normas atribuídas tem a vantagem de permitir que se fale em descoberta de novas normas constitucionais,[508] especialmente naquelas circunstâncias em que a revelação de tais normas se faz necessária para permitir que as normas estabelecidas diretamente no texto constitucional, embora estruturalmente abertas e semanticamente indeterminadas, precisam ser aplicadas aos casos concretos aos quais estão reportadas.[509]

Conforme Alexy, [s]e normas desse tipo não fossem aceitas, não ficaria claro o que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o texto constitucional (isto é, de acordo com a norma por ele diretamente expressa)".[510]

---

504 Sachís, 2007, p. 126-7.

505 Nawiasky, 1962: 201.

506 Larenz, 1997, p. 349.

507 Para o conceito de normas atribuídas ou adscritas em matéria de direitos fundamentais, cf. Alexy, 2008, p. 69 e ss; mencionando o mesmo tipo de norma como produto de uma "analogia iuris", cf. Bustamante, 2008, p. 391.

508 Alexy, 2008, p. 75, nt. 57

509 Alexy, 2008, p. 72.

510 Alexy, 2008, p. 72. Guastini sustenta que os sistemas jurídicos costumam estar "cheios" de normas implícitas (2008, p. 32).

Seja como máxima de decisão, seja como norma jurídica, o certo é que, ao final da analogia, "los organos públicos estabelecen preceptos que nunca fueron antes pronunciados".[511]

De todo modo, ao final do processo de integração, o caso não regulado (ou não suficientemente regulado) passará a ser regido em conformidade com o que se estabelecer na decisão judicial. Em outras palavras, terá o seu desfecho determinado pela *máxima de decisão*, que nada mais é do que o resultado da atribuição ao caso não regulado de uma semelhante consequência jurídica prevista para o caso regulado.

Diante dessa circunstância, não faz sentido falar no "princípio da simetria" como o fundamento de um raciocínio judicial, como o ponto de partida para a tomada de decisão por parte do órgão julgador. Não se vai a lugar algum ao se partir exclusivamente do "princípio da simetria".

No contexto das decisões judiciais baseadas no "princípio da simetria", a idéia de "simetria" parece menos um ponto de partida do que um ponto de chegada, que mais se assemelha, portanto, à máxima de decisão – uma espécie de *"regra de simetria"*.

Com a expressão "regra de simetria", pretende-se denominar a máxima de decisão extraída do raciocínio judicial, a conclusão propriamente desse raciocínio – e não o seu ponto de partida.

Em todos os casos em que o Supremo Tribunal Federal aprecia um caso lacunoso envolvendo os limites constitucionais à autonomia estadual, pode-se dizer que a máxima de decisão que orientou a resolução do caso num determinado sentido converte-se então numa *regra de simetria*.

---

511 Nawiasky, 1962: 105.

Capítulo V – **DECISÕES BASEADAS NO "PRINCÍPIO DA SIMETRIA" E SUA RELEITURA A PARTIR DO MODELO ANALÓGICO**

1. Justificação preliminar

Para entender o uso do "princípio da simetria" pelo Supremo Tribunal Federal, nenhum outro método seria tão eficaz quanto analisar as decisões da Corte acerca desse postulado, para delas tentar extrair um possível significado comum.

Nesse sentido, considerando que mesmo as decisões judiciais da mais alta Corte da estrutura judiciária brasileira *devem ser fundamentadas* (art. 93, IX, CF), não seria absurdo esperar que o significado do "princípio da simetria" constasse das razões de decidir de cada um dos precedentes – ou ao menos do primeiro precedente histórico de uma série de outros – exarados com base nesse postulado.

Afinal, centenas de leis e atos normativos, para não falar nos atos administrativos de mera execução, já foram tornados sem efeito pelo Tribunal simplesmente por que não estavam de acordo com o "princípio da simetria", não sendo razoável admitir que um "fundamento" responsável por tantas decisões de inconstitucionalidade não conte com um conteúdo minimamente delimitado no âmbito da própria Corte.

A presunção de que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir com base num determinado postulado, tem pleno conhecimento do significado deste – e mais do que isto, não o encobrirá nas razões de decidir – é uma presunção legítima numa ordem constitucional que, como a brasileira, adota o Estado Democrático de Direito, com seus princípios consectários da *publicidade e da fundamentação (racional) das decisões judiciais*, segundo os quais os fundamentos que conduziram a uma determinada decisão devem ser não apenas revelados aos jurisdicionados, mas também passíveis de compreensão por parte destes (art. 93, IX, CF).

Na prática, porém, saber o que de fato motivou o Tribunal da Federação a decidir deste ou daquele modo pode revelar-se algo desafiador, para não falar quase impossível, quando se trata de compreender suas decisões baseadas no "princípio da simetria".

Além de não fornecer um significado para a expressão, a Corte dá a impressão para alguns de seus críticos de, sob a batuta daquele postulado, caminhar num ir e vir

aparentemente embalado ao sabor do caso concreto.[512] No entanto, ao se analisar seus julgados mais de perto, esquecendo-se ao mesmo tempo da própria existência da "simetria", percebe-se uma "lógica" oculta nas respectivas decisões, da qual aparentemente a própria Corte sequer desconfia.

Desde logo é preciso afirmar que, no tocante a essas mesmas decisões, vale o alerta feito por Kaufmann, no sentido de que "*fundamentos decisórios ocultos* são um obstáculo à ciência e à investigação, [o que faz com seja] difícil analisar tais decisões".[513]

A despeito disso, será necessário enfrentar esse obstáculo se se quiser mesmo saber, ao menos na perspectiva do Supremo Tribunal Federal, o que vem a ser o "princípio da simetria".

Em relação aos julgados em questão, a hipótese que parece mais provável é a de que, ao fazer uso do "princípio da simetria", o Supremo Tribunal Federal encontra-se às voltas com a resolução de uma *lacuna constitucional*, na forma de uma questão federativa sem solução constitucional evidente, ainda que disso não tenha plena consciência, ou ainda que, ciente dessa circunstância, decida por não explicitá-la.

2. Acerca do método adotado

2.1. Delimitando o universo dos casos

O critério básico para a escolha dos casos fundou-se na circunstância de o Tribunal ter utilizado no acórdão, por qualquer dos seus Ministros, o *apoio do "princípio da simetria"*. Não pareceu relevante que o postulado tenha sido necessariamente invocado pelo próprio relator do acórdão, até porque, na sistemática de julgamento utilizada pela Corte, em que todos os Ministros igualmente votam, não é possível controlar a uniformidade da sua argumentação.

Privilegiou-se também apenas os *precedentes envolvendo os Estados-membros*. Como esta foi uma opção adotada desde o início do trabalho, resolveu-se mantê-la aqui também. Isso não impede, entretanto, que algumas conclusões extraídas em relação a esses entes sejam também aplicadas às demais entidades federativas locais.

---

512 Cf. Araújo, 2009.

513 Kaufmann, 2007: 88. Considere-se também, com esse mesmo autor, que, "ainda que uma decisão jurisdicional, ou em geral um conhecimento jurídico, não tenha de ser 'verdadeiro' como um juízo de facto [...], tem de *fazer sentido*" (2007, p. 89).

Por outro lado, em todos os casos selecionados o Tribunal tinha diante de si uma questão jurídica a resolver, para a qual, todavia, a Constituição *não apresentava qualquer resposta*, ao menos não a apresentava de forma evidente ou direta.

Justamente por isso, foram *descartados* quaisquer casos que, a despeito da menção ao "princípio da simetria", poderiam ser resolvidos a partir de um preceito constitucional expresso.

2.2. Forma de ordenação das decisões

Optou-se por dividir as decisões objeto de análise conforme sua correspondência a grandes temas do Direito constitucional. Tal empenho levou em conta não somente a necessidade de facilitar a navegação pelos diversos assuntos conforme critérios mais ou menos conhecidos, mas também (i) a necessidade de fazer perceber a extensão temática da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal respeitante ao Direito constitucional estadual, bem como (ii) a necessidade de esclarecer que, ao contrário do que muitas vezes propagado, o "princípio da simetria", tal como aplicado por aquela Corte, alcança temas muito além daqueles relacionados à separação dos Poderes (tais como democracia e direitos fundamentais).

2.3. Critério de análise

Muitos dos precedentes selecionados já foram objeto de análise em estudos precedentes. No mais destacado deles, Araújo analisa as decisões do Supremo Tribunal Federal a partir de uma leitura baseada tão somente no resultado dos precedentes.[514] Esse critério de análise, que tem grande interesse na perspectiva de quem pretende saber como se deve orientar um determinado Estado em face da jurisprudência constitucional, não diz muito sobre a forma como a Corte chegou a cada solução.

Diferentemente, propõe-se o presente trabalho a investigar a lógica subjacente àqueles precedentes. Como a hipótese inicialmente assumida é a de que subjaz a esses julgados uma forma de argumento por analogia, a análise que se vai empreender vasculhará os acórdãos em busca dos elementos dessa forma de argumentação, tal como apresentados no capítulo anterior.[515]

Analisando as decisões baseadas no postulado da "simetria", tem-se que as questões federativas caracterizam-se por seu *caráter problemático*.

---

[514] Araújo, 2009.

[515] Isso não impede que outros elementos, ainda que não integrantes do argumento por analogia, não possam ser pontuados.

3. Análise dos casos

3.1. Reeleição de membro da mesa diretora da Assembléia Legislativa (ADIMC 792)

Ante a redação originária do artigo 57, § 4º, da Constituição Federal,[516] que vedava a reeleição do congressista membro da Mesa Diretora para o mesmo cargo desta na eleição imediatamente subsequente, diversas ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal questionando a validade de preceitos de Constituições Estaduais que, no tocante à eleição de membros da Mesa Diretora das respectivas Assembléias Legislativas, estabeleceram a possibilidade de sua recondução mediante reeleição, diversamente do que fizera a Carta federal em relação aos congressistas.

Numa dessas ações, discutiu-se a constitucionalidade do artigo 99, inciso II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro pelo qual se estabeleceu ser competência da Assembléia Legislativa "eleger os membros da Mesa Diretora, com mandato de dois anos, *permitida a reeleição*" (destacamos) (art. 99, II, CE-RJ).

A *questão jurídica* submetida à apreciação do Tribunal consistia em saber se a expressão "permitida a reeleição", constante da parte final do mencionado dispositivo da Constituição fluminense, contrariava aquele preceito da Constituição Federal.

Por parte dos membros do Tribunal, havia uma noção clara de que o tema subjacente à discussão dizia respeito à "chefia", à "direção de Poderes", o que enquadrava a questão sob a incidência do princípio da separação de poderes, ao mesmo tempo em que imprimia ao debate um *caráter constitucional*.

Em razão da índole constitucional do caso, a resposta para a questão proposta só poderia ser buscada no âmbito da própria Constituição da República.

Não obstante, a propósito da questão posta, a Carta federal nada estabelecia para os Estados-membros. Já no tocante à União, o constituinte federal vedava expressamente a possibilidade de reeleição.

Restava saber se idêntica solução deveria ser empregada no âmbito estadual. Para tanto, seria necessário perquirir se a *ratio* presente no artigo 57, § 4º, da Constituição Federal, também estaria presente nos casos equivalentes envolvendo os Estados.

---

[516] "Art. 57. [...] § 4º Cada uma das Casas [do Congresso Nacional] reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de dois anos, *vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subseqüente*" (destacamos).

Para um dos Ministros que tomaram parte no julgamento, por se tratar de questão envolvendo a "chefia de Poderes", não haveria outra saída a não ser seguir a "simetria federal", dando a entender com essa afirmação vislumbrar no caso a incidência do princípio constitucional da separação de poderes.

Outro magistrado via na possibilidade de reeleição uma ofensa ao princípio constitucional da "moralidade pública". Embora vencidos, a forma de raciocínio utilizada por ambos constitui uma demonstração de raciocínio por analogia, pois ambos viram na proibição de reeleição constante do artigo 57 da Constituição Federal uma regra derivada de um princípio constitucional homogêneo.

Não foi o entendimento, entretanto, dos demais Ministros presentes à sessão.

Para a maioria firmada, faltou, assim, um dos passos essenciais para a conclusão analógica: um princípio geral justificador da extensão.

Não obstante, um argumento *a contrario* levou a Corte a construir uma *máxima de decisão* diversa daquela que havia sido pleiteada pelo autor da ação. Já que a norma do artigo 57, § 4º, da Carta Federal, *não traduz um princípio* (e não havendo no texto constitucional outra norma que leve ao mesmo resultado almejado = inexistência de uma disposição contrária), a Corte considerou que os Estados não estão obrigados a seguir-lhe o conteúdo, prevalecendo, assim, a sua competência normativa para dispor acerca do assunto.

A *máxima de decisão* no caso é a afirmação por parte do Tribunal de que os Estados não estão sujeitos à vedação de reeleição de membro de mesa da Assembléia Legislativa em eleição imediatamente subsequente. Em outras palavras, estão autorizados a estabelecer a possibilidade de reeleição para os membros da respectiva mesa diretora.

3.2. Deputado estadual e competência para fiscalização do Poder Executivo (ADI 3046)

Em virtude do princípio da separação de Poderes inscrito no artigo 2º da Constituição Federal,[517] e ante a redação dos artigos 49, inciso X, e 50, *caput*, § 2º, da mesma Carta,[518] pelos quais se estabelece a *competência colegiada* para o exercício das

---

[517] "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

[518] "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta"; "Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada. [...] § 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado

prerrogativas congressuais de fiscalização dos atos do Poder Executivo, foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra lei estadual que atribuíra a Deputado Estadual, *isoladamente*, uma série de poderes de fiscalização que, no âmbito federal, a Carta da República assegurou tão-somente ao Congresso Nacional, diretamente ou por qualquer de suas Casas, sempre mediante a representação das respectivas Mesas Diretoras.

Na ação proposta, discutiu-se a constitucionalidade da Lei n. 10.869, de 2001, do Estado de São Paulo, que, entre outras coisas, garantiu ao Deputado Estadual, individualmente, (a) o livre acesso aos órgãos públicos da administração direta e indireta, (b) a possibilidade de ser atendido direta e preferencialmente pelo titular do órgão fiscalizado, (c) a realização de diligências em qualquer setor da unidade, (d) o livre exame direto de toda e qualquer documentação encontrada no respectivo serviço, (e) a obtenção imediata de cópias de documentos e o fornecimento de informações acerca dos mesmos.

A *questão jurídica* submetida à apreciação do Tribunal consistia em saber se as atividades de fiscalização definidas na lei paulista podiam ser atribuídas a cada Deputado Estadual com vistas a serem exercidas em caráter unipessoal pelo parlamentar (fora, portanto, de qualquer contexto de colegialidade no âmbito da respectiva Assembléia Legislativa).[519]

No tocante ao *caráter constitucional* da questão suscitada, a Corte, compartilhando do ponto de vista do autor da ação direta[520], entendeu que a fiscalização dos atos do Poder Executivo pelo Legislativo configura um problema ínsito ao princípio da separação de Poderes[521], inscrito no artigo 2º da Constituição Federal.

Diante disso, restava saber se a Constituição da República, para além do mencionado princípio, abrigava também algum preceito constitucional diretamente aplicável à controvérsia, isto é, uma *regra* voltada à disciplina das autoridades estaduais envolvidas na questão.

---

ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas".

[519] O rol dos poderes que a lei paulista conferiu aos Deputados Estaduais era bem mais abrangente que aquele estabelecido nos mencionados artigos da Constituição Federal. Tal problema restou de todo modo prejudicado pela questão da impossibilidade de o Deputado Estadual, isoladamente, ser titular das prerrogativas de fiscalização e controle parlamentar, qualquer que seja a sua extensão.

[520] Nas palavras do autor da ação: "A atribuição de fiscalizar os atos do Executivo compete ao Poder Legislativo [...] e por ele deve ser exercida em consonância com o princípio fundamental inscrito no art. 2º, da Constituição da República" (petição inicial, p. 5).

[521] Conforme consta do voto do Ministro Relator, "[a] fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo, não há dúvida, é um dos contrapesos da Constituição Federal à separação e independência dos Poderes" (p. 503).

Os sinais de uma resposta negativa podiam ser vistos na própria petição inicial da ação direta, que, para justificar a interpretação atribuída ao (indeterminado) princípio da separação de Poderes, invocou a orientação dos artigos 49, X, e 52, *caput*, § 2º, da Constituição Federal, preceitos, que, como se sabe, estão voltados (tanto topográfica como textualmente) ao Congresso Nacional e suas Casas, conforme segue:

> "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
>
> [...]
>
> X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;
>
> [...]
>
> "Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.
>
> [...]
>
> § 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas"

Na leitura oferecida pelo autor da ação e, de resto, acolhida pela Corte, "[e]ssas normas e escólios, evidentemente, defluem do princípio da independência e harmonia dos Poderes (CF, art. 2º)".[522]

Dessa forma, por veicularem normas integrantes do núcleo significativo daquele princípio e por se aproximarem no tocante às suas hipóteses fáticas da questão constitucional debatida, os mencionados artigos afiguravam-se como sérios candidatos a paradigmas normativos aplicáveis na resolução da controvérsia.

Restava saber se idêntica solução deveria ser empregada no âmbito estadual.

Embora de forma sutil, a Corte parece ter reconhecido a existência de uma *semelhança relevante* entre o caso não regulado e a situação regulada, conforme se deduz da seguinte passagem:

> "[...] às Casas do Poder Legislativo (CF, art. 49, X) – *e, assim, no Estado-membro, exclusivamente à Assembléia Legislativa* –, e às respectivas comissões (*v.g.* CF, arts. 58,

522 Petição inicial, p. 5.

> § 2º, III, IV, V, e § 3º) é que se conferiu poder de fiscalização da administração direta ou indireta do Poder Executivo" (destacamos).

Conforme se percebe, o Ministro Relator não chega a verbalizar com detalhes que as Assembléias Legislativas estão para a competência de fiscalização do Poder Executivo no plano estadual assim como o Congresso Nacional e suas Casas o estão no plano federal.

Outro indício do reconhecimento de uma semelhança relevante é, a partir de um dado momento do acórdão, o *tratamento unificado* da situação concreta não regulada e da hipótese fática regulada, o que é reforçado pelo uso de expressões generalizantes aplicáveis a ambas as situações:

> "[O poder de fiscalização é] poder outorgado, em qualquer hipótese, aos *órgãos colegiados*, totais ou parciais, da *câmara* respectiva, nunca aos seus [503] *membros* individualmente, salvo, é claro, quando atuem em representação (ou presentação) de sua *Casa* ou *comissão*" (destacamos) (voto do relator, p. 503-4).

Para tanto, seria necessário perquirir se a *ratio* presente na norma também estava presente na situação concreta:

> "[...] o princípio da divisão dos poderes, no Estado de Direito, tem sido sempre concebido como instrumento da recíproca limitação deles em favor das liberdades clássicas" (ementa, p. 492).

Por outro lado, se a fiscalização é necessária para a limitação recíproca em nome as liberdades, também é correto que os mecanismos de controle recíproco são aqueles previstos na Constituição (p. 503, item 27).

O *princípio geral justificador da "extensão"* é o próprio princípio da separação de Poderes (art. 2º, CF).

A *máxima de decisão* não poderia ser outra:

> "O poder de fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é outorgado aos órgãos coletivos [...] da Assembléia Legislativa, no [plano] dos Estados; nunca, aos seus membros individualmente, salvo, é claro, quando atuem na representação (ou presentação) de sua Casa ou comissão".[523]

---

[523] Trecho da ementa do acórdão.

Para o Tribunal, a máxima de decisão em apreço é uma decorrência do princípio da separação dos Poderes. Não obstante, enquanto este princípio está expressamente formulado no texto constitucional, aquela máxima traduz uma norma nunca antes pronunciada pelo constituinte federal.

3.3. Poderes de investigação das CPI's estaduais (ACO 730)

Em ação cível originária, a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro requereu ordem contra o Banco Central do Brasil em razão da negativa deste em atender pedido de quebra de sigilo bancário encaminhado por Comissão Parlamentar de Inquérito constituída no âmbito daquela Casa legislativa com o propósito de investigar denúncias envolvendo entidades ligadas à respectiva unidade da Federação.

A negativa do Banco Central baseava-se fundamentalmente na inexistência de previsão específica na lei complementar federal regulamentadora da matéria, cujos termos contemplam tão-somente a possibilidade de fornecimento de informações por parte das autoridades financeiras quando o pedido de quebra de sigilo advier de comissões parlamentares de inquérito instauradas no âmbito do Congresso Nacional, perante suas respectivas Casas.[524]

A *questão jurídica* objeto da ação consistia em saber se as comissões parlamentares de inquérito estaduais seriam dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, tal como estabelecido no artigo 58, § 3º, da Constituição Federal, para as comissões equivalentes formadas no âmbito das Casas do Congresso Nacional.[525]

---

[524] Eis os preceitos pertinentes da LC n. 105, de 2001 (Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências): "Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais. § 1º As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários. § 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito".

[525] "Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...] § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores".

Nas palavras do Ministro Relator, o que estava em jogo na ação era o problema da "garantia, aos estados-membros, de exercício, por um de seus poderes, de prerrogativas essenciais em nossa atual conformação das instituições públicas" (p. 30).

Desde logo, ficou configurada a *natureza constitucional* da controvérsia, visto que, segundo o Ministro Relator, não só o problema da quebra de sigilo bancário relaciona-se com o tema dos direitos e garantias fundamentais (p. 26-9), como a questão da criação de comissões parlamentares de inquérito dotadas de poderes de investigação por parte das Assembléias Legislativas estaduais reflete um problema federativo e de prerrogativa de Poder (p. 30).

Em face do silêncio da Constituição Federal de 1988 no tocante à possibilidade de criação (e, em consequência, no tocante aos poderes de investigação) de comissões parlamentares de inquérito no âmbito das Assembléias Legislativas estaduais, restava à Corte socorrer-se de eventual regra constitucional aplicável a uma hipótese fática semelhante à situação apreciada.

Quanto a isso, o Ministro Relator pronunciou-se da seguinte forma:

> "Entendo que a possibilidade de criação de comissões parlamentares de inquérito seja uma dessas normas de 'absorção compulsória' nos estados-membros, destinada a garantir o *potencial do poder legislativo em sua função de fiscal da administração*" (destacamos) (p. 32).

Em outras palavras, se a possibilidade de criação de comissões parlamentares de inquérito é ínsita à função fiscalizadora do Poder Legislativo, as Assembléias Legislativas dos Estados, tanto quanto o Congresso Nacional por suas Casas, estão autorizadas a instaurar o inquérito parlamentar por via de tais comissões.

É no denominador comum representado pela tarefa de "fiscalização da administração pelo Poder Legislativo" no quadro da separação de Poderes que a situação subjacente à questão debatida se iguala à hipótese fática constante do artigo 58, § 3º, da Constituição Federal (p. 32).

3.4. CPI estadual como direito de minoria (ADI 3619)

Ainda em razão do artigo 58, § 3º, da Constituição Federal, mas desta feita por conta da previsão nele contida de que as CPI's perante o Congresso Nacional "serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, *mediante requerimento de um terço de seus membros*" (destacamos), o Diretório Nacional

do Partido dos Trabalhadores ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra os artigos 34, § 1º, e 170, inciso I, ambos do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, os quais estabeleceram como pressuposto para a criação de CPI perante o parlamento estadual a prévia deliberação (discussão e votação) do respectivo Plenário.

A *questão jurídica* consistia em saber se a criação de CPI estadual poderia sujeitar-se à deliberação plenária da Assembléia Legislativa, e com isso afastar-se do modelo previsto na Constituição de 1988 para as CPI's federais, pelo qual o simples requerimento de um terço dos membros da(s) Casa(s) solicitante(s) constitui requisito subjetivo suficiente à sua instalação.

Não parecia haver dúvida entre os atores processuais acerca da *natureza constitucional* do problema. Para o autor da ação, a questão suscitada relacionava-se com o direito de investigação das minorias (no caso, constituída por um terço dos parlamentares da Assembléia Legislativa).[526] Entre os Ministros que tomaram parte no julgamento, houve quem mencionasse temas como o princípio democrático, a relação entre maioria e minoria parlamentar, a função fiscalizadora da minoria e sua representatividade democrática, o direito de oposição.

Embora houvesse consenso quanto ao *status* constitucional do problema, nenhum preceito da Constituição de 1988 que fosse expressamente aplicável aos Estados chegou a ser suscitado ou identificado. Não obstante, tanto o autor da ação direta como a própria Corte compartilhavam a convicção de que o problema poderia ser resolvido a partir das diretrizes constantes do já mencionado artigo 58, § 3º, daquela Carta. Nesse sentido, algumas passagens de votos então proferidos simbolizam bem essa convicção:

> - "[...] o que se contém [nos preceitos impugnados] é um agravo à norma do art. 58, § 3º, da Constituição da República no que concerne ao quorum exigível para o requerimento de formação de Comissão Parlamentar de Inquérito" (Min. Cármen Lúcia, p. 138);
>
> - "A leitura correta do § 3º do art. 58 da Constituição Federal, aplicável aos Estados por força do princípio da simetria..." (Min. Joaquim Barbosa);
>
> - "[...] as normas ora questionadas [ferem], de modo frontal, a norma de garantia instituída pelo § 3º do art. 58 da Constituição da República, que se estende a todas as esferas do Poder Legislativo: ao Congresso Nacional, às Assembléias Legislativas e às Câmaras Municipais" (Min. Celso de Mello, p. 185).

---

[526] Petição inicial, p. 7.

No caso em questão, os Ministros não dedicaram maior esforço argumentativo para demonstrar que o direito de minoria e o direito de oposição subjacentes à criação de CPI's estão para a atividade parlamentar exercida por Deputados Estaduais perante as Assembléias Legislativas tanto quanto o estão para a mesma atividade desempenhada pelos congressistas perante as Casas do Congresso Nacional.

A despeito disso, o reconhecimento da existência de uma *semelhança relevante* entre o caso apreciado e a hipótese de fato constante do artigo 58, § 3º, da Constituição, pode ser inferido na seguinte passagem de voto proferido quando do julgamento:

> - "Vê-se, do preceito constitucional em questão – *em tudo aplicável ao Poder Legislativo dos Estados-membros* –, que a instauração do inquérito parlamentar..." (Min. Celso de Melo) (p. 172).

Ademais, fez-se uso do recurso da generalização por tipos, muito bem representado na seguinte passagem do voto do Min. Celso de Melo:

> "[...] a prerrogativa institucional de investigar – deferida ao *Parlamento* (especialmente aos *grupos minoritários* que nele atuam) – não pode ser comprometida pelo *bloco majoritário* existente nas *Casas legislativas*, pois assiste, às *minorias* que integram a *instituição parlamentar*, o poder constitucional de fiscalizar e de investigar o comportamento dos órgãos, agentes e instituições do *Estado*, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do *Poder Executivo*" (destacamos) (p. 173).

A possível *ratio legis* subjacente ao artigo 58, § 3º, da Constituição da República, reside na necessidade de no regime democrático garantir-se a uma minoria parlamentar a possibilidade de promover a fiscalização e o controle das decisões tomadas pela maioria no âmbito de um mesmo parlamento.[527] As mesmas razões que levaram o constituinte federal a adotar o referido modelo levam também a esperar um mesmo tratamento para o caso objeto de apreciação.

Ao menos um princípio constitucional justificador da solução engendrada parece ter sido compartilhado pela maioria dos votos proferidos: o princípio democrático, e como consequência deste o direito de oposição e o direito de minoria.

A partir do momento em que a Corte identificou um direito autônomo de oposição (exercido, no caso das CPI's, pela minoria representada por um terço dos membros do respectivo parlamento), não lhe restava alternativa senão reconhecer: "A sujeição do

---

[527] A afirmação constante desse parágrafo sintetiza opinião expressada pela maioria dos Ministros. Manifestação mais contundente poder ser encontrada no voto do Min. Celso de Mello (p. 176 e 178).

requerimento de criação a essa deliberação [do Plenário] equivaleria a [sic] frustração da própria garantia" (Min. Eros Grau, p. 135-6).

A final, a *máxima de decisão* construída pela Corte mostrava-se apropriada para resolver o problema inicialmente apresentado: a instalação de CPI estadual independe de deliberação plenária da Assembléia Legislativa.

Tal norma, como se sabe, jamais foi escrita pelo constituinte de 1988.

3.5. Substituição do Governador em caso de impedimento (ADIMC 644)

O Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o Decreto normativo n. 134, de 1991, do Governador do Estado do Amapá, pelo qual se estabeleceu que o Vice-Governador daquele Estado só seria convocado para substituir o titular nos casos de "impedimento em face de moléstia, licença ou férias, *e de ausência do Estado do Amapá por prazo superior a 15 (quinze) dias*" (destacamos) (art. 1º).[528]

Conforme consta da fundamentação introdutória ao referido decreto governamental, pretendia-se com a medida "prevenir situações de dualidade ou exercício simultâneo do cargo de Governador", especialmente nos casos em que "as *ausências do Governador por tempo não superior a 15 (quinze) dias, fora do Estado mas dentro do território nacional*, em viagem por motivo de interesse da Administração Pública, implicam na sua obrigação constitucional de continuar gerindo os negócios públicos, até porque os avanços tecnológicos, principalmente dos meios de comunicação, permitem a continuidade dessa gestão" (destacamos).

Em paralelo a essa versão oficial, o escopo subjacente à decretação do ato, ao menos na opinião apresentada pelo Vice-Governador do Estado ao Procurador-Geral da República, consistia em "restringir [...] a prerrogativa inerente ao mandato eletivo de Vice-Governador de substituir o Governador em caso de impedimento [...], *particularmente o mais freqüente deles, que é a ausência do Estado por tempo inferior a 15 dias*" (destacamos) (p. 37).

A despeito de ter invocado a inconstitucionalidade formal do ato em questão, o Procurador-Geral da República também adotou como causa de pedir a alegação de inconstitucionalidade material constante dos fundamentos expostos na solicitação para a propositura da ação a ele dirigida pelo Vice-Governador do Estado do Amapá, com o seguinte teor:

---

528 ADIMC 644, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, STF, Tribunal Pleno, Ementário n. 1650-1, p. 31-48.

> "Ao tratar dos Estados federados, a Constituição Federal prevê, ao lado da eleição do Governador, a do Vice-Governador (art. 28), *atribuindo pelo menos implicitamente a esse Vice a mesma utilidade do Vice-Presidente da República, assim definida no art. 79*: 'Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente'.
>
> [...]
>
> É [...] indiscutível que a norma amapaense em questão [...] não se compatibiliza com a Constituição Federal, que exige tenham os Estados um Vice-Governador, que não há de ser um ente supérfluo na organização política estadual, *mas uma função semelhante ou análoga à do Vice-Presidente da República*, a quem o constituinte atribui o encargo de substituição do titular, no caso de impedimento, ou da sucessão dele, no de vaga" (destacamos).

Conforme se percebe, pretendia-se com a ação direta que a figura do Vice-Governador de Estado, afinal prevista no artigo 28 da Constituição da República, contasse com estatuto semelhante àquele conferido ao Vice-Presidente da República pelo artigo 79 da mesma Carta. E mais: esperava-se que a substituição do Governador pelo seu Vice ocorresse mesmo nos casos de ausência do titular por breves períodos.

A controvérsia sem dúvida ostentava *natureza constitucional*, e dividia-se em pelo menos três questões jurídicas centrais, a saber:

(a) uma questão de inconstitucionalidade formal por vício de competência: o Governador do Estado era detentor de competência normativa para regular a matéria?

(b) uma questão de inconstitucionalidade material: independentemente da competência para regular o assunto, havia um padrão normativo decorrente da Constituição Federal a ser respeitado no âmbito do Estado-membro no tocante às substituições do Governador pelo seu Vice?

(c) uma questão de indeterminação da linguagem: em caso positivo, quais as situações que efetivamente podem ser consideradas como de "impedimento" para efeito de proporcionar a substituição temporária do Governador pelo seu Vice?

No tocante à primeira questão, o Ministro Relator da ação direta invocou jurisprudência específica da Corte em que se afirmara a incompetência do Governador do Estado do Amapá para a edição de decretos com força de lei, mesmo que a Assembléia

Legislativa ainda se encontrasse – como era o caso – no curso dos trabalhos constituintes.[529]

Além do mais, nas palavras do Relator, "a matéria do ato normativo questionado – as hipóteses de transferência do exercício do governo ao Vice-Governador – é substancialmente constitucional e não, da esfera da legislação ordinária" (p. 45). Dessa forma, apenas à Assembléia Legislativa, e por meio de ato constitucional formal, caberia disciplinar o assunto.

Ante o reconhecimento da inconstitucionalidade formal do decreto normativo impugnado, e estando pendente de aprovação a Constituição do Estado-membro recém criado, estabelecia-se uma autêntica situação de *lacuna normativa* no tocante à controvérsia apresentada ao Tribunal, por não haver qualquer norma constitucional estadual – e mesmo federal, de caráter expresso – que regulasse a questão.

Diante desse quadro, o Ministro Relator, após reconhecer a inconstitucionalidade formal do ato impugnado, ofereceu ao caso uma solução que não apenas pressupunha, mas também que supria a lacuna normativa por ele identificada:

> "Se se trata de matéria constitucional, e ainda não se promulgou a Constituição do Estado, a fonte natural da sua regência provisória não é da lei ordinária local e, menos ainda, de um decreto executivo, que se arrogue o poder de fazer-lhe as vezes, *mas, sim, o padrão federal similar, o do Vice-Presidente*" (destacamos) (p. 45).

Com isso, a Corte respondia à segunda questão (b) acima suscitada. Restava ainda enfrentar a terceira (c).

Mesmo uma decisão que simplesmente adotasse o paradigma resultante do artigo 79 da Constituição Federal (repita-se: "Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente") não se mostrava, todavia, suficiente para afastar definitivamente a controvérsia. É que, ainda que se adotasse o mencionado preceito constitucional como paradigma, a verdadeira e decisiva dúvida permanecia sem resposta:

---

[529] O constituinte de 1988 estabelecera no artigo 14, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que, na transformação do Território Federal do Amapá em Estado, seriam aplicadas "as normas e critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia". Com base nisso, o então Governador do (já) Estado do Amapá, valendo-se de disposição constante da Lei Complementar federal n. 41, de 1981 ("Cria o Estado de Rondônia, e dá outras providências", "Artigo 5º [...] § 2º A partir da posse e até a promulgação da Constituição, o Governador poderá expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa estadual"), editou uma série de decretos com força de lei. Alguns desses decretos foram impugnados perante o Supremo Tribunal Federal, que os declarou inconstitucionais, entre outras razões, porque, (a) acaso existente essa competência, já teria ela se exaurido com a instalação do novo Estado e com o efetivo funcionamento da Assembléia Legislativa, bem como porque (b) a figura do decreto-lei não havia sido recepcionada pela Constituição de 1988 (cf. ADIMC 460, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, STF, Tribunal Pleno, Ementário n. 1619-1, p. 27-38).

quais as situações que efetivamente podem ser consideradas como impedimento para efeito de proporcionar a substituição temporária do Governador pelo seu Vice? Em outras palavras, a regra válida para o modelo federal também veiculava a mesma incerteza jurídica.

Embora anotando que as Constituições Federais brasileiras jamais tenham definido as hipóteses de impedimento do Presidente da República, o Ministro Relator reconheceu que, "[no] que diz [...] com o impedimento por ausência temporária do titular, ainda que por breves períodos, uma *prática constitucional* invariável que vem do Império [...] tem atravessado os sucessivos regimes da República, a impor a transferência do exercício do Governo ao Vice-Presidente" (destacamos) (p. 46).

Com essas palavras, o Ministro Relator oferecia à Corte não apenas o paradigma do artigo 79, da Constituição Federal, mas também um suposto costume constitucional como argumento saneador da própria imprecisão do termo "impedimento", que tanto atormentava a resolução do caso:

> "Não avanço, neste juízo de delibação, ao ponto de erigir esse verdadeiro costume federal à dignidade de princípio constitucional estabelecido, a impor-se à observância compulsória do constituinte estadual: o que parece razoável assentar, todavia, é que, à falta de Constituição Estadual, que disponha em contrário, *a fonte provisória de solução do problema há de ser o padrão federal, no qual a imprecisão do texto foi precisada pela prática constitucional invariavelmente observada*" (destacamos) (p. 46).

Em relação a isso, pode-se reconhecer que nesse aspecto da sua argumentação o Ministro Relator até conseguiu contornar a utilização da norma constitucional como paradigma, mas, para tanto, teve que apelar a um costume igualmente voltado ao ente federal. Além disso, não conseguiu evitar também um raciocínio por analogia, aliás, de todo cabível a partir da utilização de costumes constitucionais.

A propósito, como anotado por Betti, na aplicação do costume "trata-se simplesmente de encontrar o critério de avaliação implícito no comportamento usual e de assumi-lo conforme o juízo do qual se deduz a máxima de decisão para o caso semelhante ou para a matéria análoga às hipóteses a que o costume se refere".[530]

Como se não fosse suficiente a argumentação apresentada, o Ministro Relator ofereceu ainda um singelo e derradeiro argumento autônomo: "A subtração ao titular [no

---

[530] Betti, 2006, p. 297. Para esse mesmo autor, "[n]o momento em que certos conflitos de interesse, já submetidos à decisão ou ao regulamento convencional, apresentam-se em circunstâncias idênticas ou semelhantes, é natural que os critérios estabelecidos eventualmente para a sua composição tendam a se uniformizar e a assumir o caráter de 'precedentes'" (2006, p. 293).

caso, o Vice-Governador], ainda que parcial, do conteúdo do exercício de um mandato político é, por si mesma, um dano irreparável" (p. 46). Em outras palavras, impedir o Vice-Governador de substituir o titular em caso de impedimento deste significa "castrar-lhe uma das modalidades [no caso, a substituição] relevantes de exercício [do mandato]" (p. 47). Embora o Relator não o afirme expressamente, tal passagem oculta uma forma de argumentação a partir da "natureza das coisas": se o Vice-Governador não puder substituir ainda que por breve período o titular impedido, que significado teria em o artigo 28 da Constituição Federal o haver previsto entre as autoridades integrantes da organização constitucional do Estado-membro?

Em síntese, o afastamento do Governador do território estadual, ainda que por breve período, é causa de sua substituição temporária por parte do Vice-Governador. Eis outro caso de norma jamais antes inscrita em Constituições Federais brasileiras.

3.6. Vacância dos cargos de Governador e de Vice-Governador (ADIMC 999)

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o teor da Emenda Constitucional n. 10, de 1994, do Estado de Alagoas, que, ao modificar o artigo 104 da Constituição Estadual, estabeleceu nova sistemática para a escolha de sucessor do Vice-Governador em caso de vacância deste cargo.[531]

Conforme apontado na inicial da ação direta, a inovação introduzida pela referida emenda consistia na previsão de uma "eleição isolada, pela Assembléia Legislativa, do titular do cargo de Vice-Governador do Estado, na hipótese de vacância".[532] Para a entidade autora, essa alteração era incompatível com os artigos 28, 77, § 1º, e 81, §§ 1º e 2º, todos da Constituição Federal.[533]

---

[531] Em sua redação originária, o artigo 104 da Constituição Estadual praticamente condensava o teor dos artigos 79 a 81 da Constituição da República.

[532] Eis o dispositivo correspondente: "Art. 104. [...] § 2º Estando vago o cargo de Vice-Governador, far-se-á a eleição do seu sucessor, cabendo à Assembléia elegê-lo".

[533] Pelo artigo 28, "[a] eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subseqüente, *observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77*" (destacamos). Já o artigo 77, *caput*, § 1º, estabelecia que "[a] eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente" (*caput*), bem como que "[a] eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado" (§ 1º). Por fim, o artigo 81, §§ 1º e 2º: "Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga. § 1º - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei. § 2º - Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores".

A *questão jurídica* central consistia em saber se a Assembléia Legislativa, em caso de vacância unicamente do cargo de Vice-Governador do Estado, poderia, a qualquer tempo, realizar eleição indireta e isolada para a escolha do respectivo sucessor, tendo em vista especialmente que, no plano federal, a eleição apenas se dá nos casos de dupla vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, e necessariamente, portanto, após o surgimento da segunda vaga, com eleição indireta pelo Congresso Nacional somente na hipótese de a dupla vacância ocorrer nos últimos dois anos do período presidencial (art. 81, *caput*, § 1º, CF).

O fato de a Constituição Federal não estabelecer regras específicas para as hipóteses de substituição ou sucessão do Governador de Estado e do respectivo Vice não retira o *caráter constitucional* da controvérsia, até mesmo em razão da circunstância de estar em jogo no debate a titularidade de mandato político, por um lado, e a prerrogativa de escolha do ocupante do respectivo cargo, por outro.

Nesse contexto, a despeito da evidente *lacuna* no tocante à questão, uma resposta que decorresse diretamente (e que fosse construída a partir) da Constituição Federal se impunha.

Sem explicitar as razões pelas quais o artigo 81, *caput*, § 1º, da Constituição Federal, seria aplicável aos Estados-membros, a maioria dos Ministros inclinou-se pela necessária observância do modelo federal, o que fica evidente, por exemplo, na seguinte passagem:

> - "[É livre] de dúvidas que se procedeu a uma eleição para a vice-governança do Estado, quando, na verdade, nós não temos essa sistemática no âmbito federal [...]. [N]ão foi observada a simetria, considerado o disposto no artigo 81 da Constituição Federal, no que autoriza a eleição no caso de vacância de ambos os cargos" (p. 416).

Não houve qualquer explicitação por parte dos votos proferidos acerca da *semelhança relevante* entre as duas situações, a regulada e a não regulada, muito embora a similitude das hipóteses fosse tão evidente que dispensasse demonstração.

Quanto à *identidade de razões*, as pistas para a sua compreensão encontram-se mais perceptíveis, por contraditório que possa parecer, nas manifestações dissidentes proferidas na ocasião do julgamento.

Numa dessas divergências, ponderava-se:

> "[...] se a Assembléia Legislativa pode eleger o Governador e o Vice-Governador, desde que estejam ambos os cargos vagos, não compreendo por que não se enquadraria, no sistema da Constituição, a possibilidade de prover, nos dois últimos anos, o cargo de

> Vice-Governador, já que podia preencher também o de Governador, em ordem a que os órgãos mais altos do Executivo do Estado estejam devidamente providos, para as emergências que possam surgir na Administração Pública" (p. 421-2).

Ao mesmo tempo em que expressa a aparente inexistência de uma *ratio* para o modelo federal, oferece uma razão para a sistemática decorrente da fórmula criada pela emenda constitucional.

Uma segunda dissidência expõe aquela que talvez seja a melhor expressão da *ratio* do modelo estabelecido pelo artigo 81, *caput*, § 1º, da Constituição Federal:

> "Como se sabe, essa norma foi inspirada na experiência recente do País, que permitia fossem eleitos Presidente e Vice-Presidente por forças políticas antagônicas, numa mesma eleição, no mesmo dia. Para evitar uma série de inconvenientes que daí podiam decorrer, estabeleceu-se que Presidente e Vice-Presidente seriam eleitos conjuntamente [...]. O mesmo princípio se estendeu aos Estados" (p. 417).

O modelo teria, portanto, a virtude de evitar (ou pelo menos minimizar) eventuais divergências programáticas e de outra ordem entre o Governador e seu Vice, que, ainda candidatos, são livres no tocante à decisão para compor a mesma chapa.

Perceba-se que entre a *ratio* identificada no primeiro voto dissidente acima mencionado e aquela manifestada no segundo há espaço tanto para a discricionariedade como para a ponderação judicial.

QUESTÕES FINAIS

1. De volta ao ponto de partida

Conforme foi possível perceber ao longo de todo o trabalho, embora o "princípio da simetria" tenha sido o mote principal para a delimitação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que inspiraram o problema de pesquisa enfrentado, não se deu tanta e a devida importância que alguns poderiam achar merecida por esse postulado.

Nesse sentido, a expectativa cultivada pelo título principal da pesquisa – *"Princípio da simetria" e argumento analógico* – pode ter levado a uma certa frustração. Para se amenizar esse dissabor, é preciso que se dedique algum tempo à reflexão em torno estritamente desse postulado.

Isso será feito a título de questões finais, que, de certo modo, também constituem as conclusões críticas e algumas até propositivas decorrentes das reflexões promovidas no presente estudo.

De fato, soa estranho que a noção de "princípio da simetria" não tenha sido exaustivamente debatida e desvendada desde o início e ao longo de toda a exposição. No entanto, conforme se pretende fazer ver, esta é uma lacuna apenas aparente deste trabalho.

É que, qualquer que seja o significado escolhido entre os comumente atribuídos àquela expressão, ele jamais será válido, simplesmente em razão de partir de uma premissa que a essa altura já pode ser considerada insubsistente – a de que o "princípio da simetria" seria alguma coisa passível de uma única definição.

Na verdade, sustenta-se aqui que tal postulado é invocado tão somente como forma de caracterizar um procedimento argumentativo complexo e de todos geralmente conhecido – o raciocínio analógico –, o qual, conforme visto, envolve uma série de procedimentos interpretativos e integrativos não reduzíveis a nenhuma outra categoria que não a da própria analogia.

Por isso, optou-se por primeiro desfiar o novelo em que o tema da "simetria" de há muito se encontrava emaranhado para, só então, com as coisas mais ou menos esclarecidas, voltar-se o olhar àquela expressão.

2. Existe um "princípio da simetria"?

Independentemente da crença de alguns na existência de um "princípio da simetria" – seja de caráter normativo, seja de caráter hermenêutico –, o fato é que tal "princípio" não tem sua existência confirmada tão logo seja pronunciado em decisões judiciais sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos locais.

Viu-se que na verdade a expressão está associada a uma prática argumentativa que vai muito além de uma postura "monoprincipiológica". Por detrás da mundivisão da "simetria", há todo um universo jurídico permeado por constelações de argumentos, e no campo de atração destes, um conjunto de regras e princípios constitucionais invocados em auxílio da construção das máximas de decisão de que se vale o órgão julgador para resolver um caso lacunoso ou indeterminado.

Desse modo, "simetria" não é um "princípio" constitucional formal, nem mesmo de caráter implícito, e também não é um princípio hermenêutico, antes representando um lugar-comum arbitrário que substancialmente oculta um processo de construção muito mais sofisticado, embora aparentemente desconhecido seja pelos seus usuais aplicadores, seja por seus críticos habituais.

3. "Princípio da simetria" e pré-compreensão

Sabe-se que a indeterminação do Direito afeta o sistema jurídico enquanto tal e não somente as suas normas. Por outro lado, fossem apenas os "defeitos" objetivos os responsáveis pela equivocidade dos textos normativos e não seria tão complicado quanto normalmente é lidar com aquela indeterminação. Esta, porém, tem outras causas de agravamento, outras raízes que se estendem para o campo subjetivo da multiplicidade dos métodos interpretativos, dos juízos de valor dos intérpretes e de seus sentimentos de justiça.[534]

Os disseminadores do "modelo da simetria" e – às vezes mais que estes – os adeptos do próprio "modelo anti-simetrista" (os autonomistas) partem para a análise de muitos dos problemas enfrentados ao longo deste trabalho contagiados por suas pré-compreensões. Especialmente os últimos costumam supor – e às vezes até impor – como deveria ser o Estado federal brasileiro para se transformar numa "autêntica" federação, aos moldes de um qualquer indevassável sitema teórico, ideal ou alienígena, sem se dar conta, por outro lado, da necessidade de lançar um olhar para a história, para a textualidade e para

[534] Guastini, 2008, p. 30-3.

a realidade constitucionais brasileiras, com vistas à construção de uma forma federativa autêntica, genuína e tipicamente nacional.

Com base nisso, os próximos itens serão dedicados a analisar criticamente uma série de opiniões (pré-compreensões) que, à vista das considerações feitas nos capítulos precedentes, podem mostrar-se um pouco enganosas.

4. Modelo federal *versus* modelo do constituinte

Costuma-se afirmar que o "princípio da simetria" conduz a uma injustificada utilização da União como paradigma para os Estados-membros. Daí a razão de se reconhecer que a aplicação daquele postulado leva também a uma inapropriada aplicação do "modelo federal".

Na verdade, essa crítica contém uma espécie de metonímia, na qual se toma o *destinatário* de uma norma constitucional federal restritiva (no caso, a União) pelo próprio *autor* da norma (o poder constituinte) e mesmo pelo *encarregado final* da restrição (o Supremo Tribunal Federal).

Distribuindo as condutas aos seus verdadeiros responsáveis, pode-se dizer que, nas decisões baseadas no postulado da "simetria", (a) a União sequer toma parte na restrição propriamente dita da autonomia estadual, (b) a qual é de fato perpetrada pelo Supremo Tribunal Federal (que, como se sabe, faz as vezes de Tribunal da Federação, e não da União), que, por sua vez, (c) nada mais faz do que se valer de um *paradigma do constituinte* para viabilizar a criação de uma norma implícita com vistas à resolução de uma questão federativa sem solução constitucional evidente.

Desse modo, é sempre falso afirmar que o "princípio da simetria" – ou mesmo a prática a ele subjacente – representa uma centralização por parte do "modelo federal", sendo mais apropriado dizer que se trata de um caso de centralidade constitucional (da Constituição e do próprio constituinte).

5. "Simetria" como restrição da autonomia estadual

Conforme visto, os críticos do "princípio da simetria" costumam caracterizá-lo como uma forma de restrição da autonomia estadual perpetrada pelo "modelo federal". No entanto, muitas vezes o que se vê é uma *atribuição de maior autonomia* aos Estados-membros.

Foi o que a análise de precedentes realizada no capítulo anterior demonstrou no caso específico das comissões parlamentares de inquérito estaduais, às quais se atribuiu

poderes de investigação próprios de autoridade judicial, *inclusive em face de organismos da União*.

Na maioria das vezes, aliás, são os próprios Estado que pedem para "sofrer" o jugo da "simetria", fato que geralmente é desconsiderado pelos críticos desta. Estes, sob o véu da posição autonomista, não se dão conta de que nos casos envolvendo o "princípio da simetria" não está em jogo propriamente um conflito entre "simetria federal" e "autonomia estadual", mas entre Legislativo/Judiciário/Executivo locais, minoria/maioria parlamentares, Estado/sociedade local, Estado/poder econômico local, etc.

Fechar os olhos para essa realidade é ignorar os aspectos políticos subjacentes aos conflitos judiciais, e mais: supervalorizar uma visão idealizada e inconstitucional da autonomia como poder ilimitado e não como um conjunto de competências formais passíveis de restrições materiais.

O que no máximo se pode admitir é um conflito entre poder constituinte federal e poder constituinte estadual. Mas, neste caso, a vitória do primeiro sobre o segundo não é de se estranhar, visto que faz parte mesmo da "essência" de um Estado federal – ao menos do Estado federal brasileiro.

6. "Simetria" e reciprocidade analógica: a restrição dos poderes da União

Uma das críticas direcionadas ao "princípio da simetria" é motivada pelo caráter unilateral desse postulado. De fato, seja na prática jurisprudencial, seja na leitura empreendida por parte da doutrina, a autonomia estadual sempre sai perdendo quando o "argumento" da "simetria" entra em campo.

O mesmo não ocorre, porém, com o argumento por analogia. Neste, as normas relativas à União não constituem o único paradigma disponível. Na verdade, um modelo para a comparação analógica pode decorrer tanto da Constituição Federal, como de um precedente judicial relacionado a uma situação envolvendo qualquer dos entes locais, que, se estiverem na mesma situação que a União, podem servir de modelo para um caso lacunoso envolvendo esta.

Naquilo que União, Estados, Municípios e Distrito Federal têm em comum, e não havendo nada constitucionalmente que os diferencie para efeitos de inviabilizar uma determinada conclusão analógica, não faz sentido tratá-los diferentemente. Encontrando-se em razões iguais, aplicam-se-lhes as mesmas consequências.

7. Simetria e separação de poderes

A pesquisa realizada permite ainda desfazer outro equívoco relacionado ao campo temático de "aplicação" do "princípio da simetria". Para muitos autores, possivelmente influenciados pela "exuberância dos casos" encontrados na jurisprudência constitucional acerca do mesmo tema, aquele postulado teria aplicação em questões envolvendo a separação de Poderes.[535]

No entanto, o que se percebe é que a aplicação do suposto "princípio" por parte do Supremo Tribunal Federal não se restringe a essa temática, já que situações bastante díspares costumam ser resolvidas com base naquele postulado. Diante disso, é incorreto afirmar que o "princípio da simetria" constitua um "elemento da separação de poderes".

Se por trás da utilização do "princípio da simetria" existe na verdade um argumento por analogia, e não estando esta restrita a um tema único, não há razão para se dizer que a prática judicial aqui envolvida só possa dizer respeito a questões envolvendo aquele princípio constitucional fundamental.

8. Simetria e interpretação extensiva

A quase maioria dos precedentes que invocam o "princípio da simetria" afirma que uma determinada disposição voltada à União "estende-se" também aos Estados. A despeito da nomenclatura utilizada (é verdade, sem maior apego técnico), o fenômeno jurídico ocorrido naqueles precedentes está longe de ser uma interpretação extensiva.

Já se afirmou no presente trabalho que, se fosse esse o caso, ter-se-ia que supor que todos os preceitos constitucionais direcionados à União e já aplicados aos Estados pelo Supremo Tribunal Federal "por simetria" padecem de algum vício de redação. Como também já se disse que os juízes tendem a omitir ou disfarçar quando estão produzindo normas.

Nesse último aspecto, parece ser exatamente isso que acontece no caso. Em verdade, ao valer-se do "princípio da simetria", o Supremo Tribunal Federal consegue camuflar que de fato "cria" normas a partir de preceitos constitucionais preexistentes assimilados como paradigmas representativos da vontade constituinte (ou do modelo constitucional vigente, como se quiser).

---

[535] Essa tendência foi muito bem percebida por Branco: "A exuberância dos casos em que o princípio da separação de Poderes cerceia toda a criatividade do constituinte estadual, levou a que se falasse num *princípio da simetria*, para designar a obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhidas pelo constituinte federal" (2010: 946-7).

9. Princípios constitucionais e sua "adaptação" às condições regionais

Fala-se frequentemente na necessidade de os Estados "adaptarem" os princípios constitucionais limitadores da sua autonomia a determinadas condições locais. No entanto, tal adaptação só faz sentido se estiverem em questão algumas características normativas estruturais da organização do Estado-membro.

Nesse sentido, o processo legislativo federal, que respeita a uma estrutura bicameral, deve ser "adaptado" à estrutura unicameral da Assembléia Legislativa dos Estados. A organização do Tribunal de Contas da União, no que diz respeito ao número e à origem das indicações de seus integrantes, deve ser "adaptada" às peculiaridade constitucionais da estrutura do Tribunal de Contas Estadual.[536]

Diante disso, não se pode aceitar que, a pretexto de uma suposta necessidade de adaptação dos princípios constitucionais à "realidade local", o sentido de vigência de determinados valores expressos na Constituição do Estado Federal seja desvirtuado.

O argumento da "adaptação" presta-se em geral a ocultar alguma forma de desvirtuamento do texto constitucional. E, nesse sentido, deve ser especialmente repensado.

10. Questões federativas, argumentação e tópica

O "princípio da simetria", tal como muitas vezes invocado pelo Supremo Tribunal Federal e superficialmente reiterado pelos seus adeptos, não é muito diferente daqueles tópicos jurídicos utilizados em algumas tentativas mal sucedidas de fundamentação. Tópicos jurídicos, que é em verdade aquilo no que parece ter sido convertido aquele postulado jurisprudencial, constituem "argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos, e que podem contar neste domínio com a concordância geral, o 'consensus omnium'".[537]

Embora se tenha dedicado maior atenção ao modelo decisório baseado na analogia, nem todas as questões federativas sem solução constitucional evidente resolvem-se mediante este modelo básico.

As decisões analisadas – e muitas outras haveria para citar, com maior força até para comprovar o que se vai dizer – demonstram que a jurisprudência do Supremo

---

536 "No Tribunal de Contas Estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro a sua livre escolha" (Enunciado n. 653 da Súmula de Jurisprudência do STF).

537 Larenz, 1997, p. 202.

Tribunal Federal dedicada às questões da forma federativa de Estado foi construída por sobre um emaranhado de variados argumentos jurídicos, muito mais ricos que, por exemplo, o pseudo argumento da "simetria".

Com isso, o que se pretende defender é que, antes mesmo que se afaste um determinado paradigma encartado num precedente ou numa série de precedentes, preste-se atenção nos argumentos subjacentes ao caso e na ligação deste com a Constituição e com a realidade constitucional.

Por preconceito ou por excessivo apego à "inovação", pode-se estar desperdiçando práticas constitucionais consolidadas que, embora não muito bem explicadas, podem ter lá as suas virtudes.

Mesmo as decisões baseadas no "princípio da simetria" não trabalham exclusivamente com o argumento analógico – embora este seja o argumento por excelência daqueles julgados. Aqui também uma busca pelas formas de argumentar pode ser frutífera.

Como forma de incrementar a análise e a avaliação que se faz da jurisprudência constitucional brasileira, é importante que se tenha a adesão da doutrina constitucional brasileira a essa prodigiosa prática – argumentar, mas acima de tudo contra-argumentar, para o que não pode ficar de lado a sensata e atenciosa postura de analisar e levar em conta os argumentos alheios.

De todo modo, o importante é ter em mente o alerta de Larenz, para quem "a obrigação de fundamentação da sentença torna necessário um processo intelectual ordenado, em que cada argumento obtenha o seu lugar respectivo, processo que conduza a uma determinada inferência silogística". O modelo analógico aqui proposto não deixa de ser uma tentativa de alcançar esse resultado e ao mesmo tempo afastar um modelo decisório baseado meramente em tópicos superficiais de argumentação, como é o caso do modelo simetrista e mesmo da posição autonomista. No tocante a esta última, que tem sido ultimamente uma posição bastante festejada por aqueles que desejam uma alteração "radical e profunda" na jurisprudência constitucional sobre "simetria", é preciso que se reconheça, também com Larenz, que "[p]or meio de uma mera recolha de pontos de vista relevantes no plano jurídico, um catálogo de 'tópicos', não se alcança tal resultado [o de uma fundamentada inferência silogística]".[538]

---

[538] Larenz, 1997, p. 204.

11. Supremo Tribunal Federal *versus* Estados-membros

Mais recentemente, percebe-se uma tendência por parte de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal no sentido de "amenizar" a incidência do "princípio da simetria".

É preciso receber com desconfiança a bondade de tais posturas.

Em primeiro lugar, não se pode "modular" aquilo que não se conhece. Se a Corte pretende diminuir ou aumentar o âmbito de incidência do "princípio da simetria", é preciso que inicialmente comunique exatamente qual é esse âmbito, sob pena de a postura de "modulação" ser tão perniciosa quanto o próprio "princípio".

Em segundo lugar, há um efeito perverso por trás dessas manifestações. A consequência de um eventual abandono do "princípio da simetria" deveria ser um aumento da autonomia estadual na mesma proporção. Mas no lugar disso, o que essa tendência de alguns Ministros da Corte demonstra é que se pretende – sem o saber, claro – transferir a liberdade de escolha dos Estados-membros para o próprio Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, as tentativas de "modular" o "princípio da simetria" se mostram infinitamente mais nefastas que este, pois não trazem consigo qualquer forma de controle sobre o próprio Tribunal, que passaria, assim, a funcionar como uma espécie de poder constituinte de fato.

12. Palavras finais

Contar com a moldura dos princípos constitucionais segundo a concepção do constituinte significa para os Estados ter a garantia da existência de limites mínimos contra os quais, é certo, não podem avançar, mas fora dos quais, por outro lado, nada se lhes poderá exigir. Abrir mão dessa garantia, isto é, perder o norte dessa moldura, será o mesmo que sujeitar a autonomia estadual a malabarismos, não já por parte dos próprios poderes locais, mas sim, o que é mais nefasto para o Estado federal brasileiro, pelas mãos de quem, como seu garante máximo, deveria defendê-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2.ed. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei: a EC n. 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. *Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ATIENZA, Manuel. *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos. *Dicionário analógico da língua portuguesa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del derecho*. 4.ed. Barcelona: Ariel, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei complementar: teoria e comentários*. 2.ed. São Paulo: IBDC, 1999.

BOBBIO, Norberto. "Analogia". *Novissimo Digesto Italiano*. Volume I. 3.ed. Dirigido por Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Unione Tip. Editrice Torinese, 1957, p. 601-7.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: UnB, 1990.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

BULYGIN, Eduardo. "Los jueces ¿crean derecho?". *Isonomía* Nº 18 Abril 2003.

BULYGIN, Eduardo; MENDONCA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedia, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A constituição federal comentada*. Volume 1. 3.ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7.ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3.ed. Madrid: Civitas, 1994.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FALCÓN Y TELLA, María José. *El argumento analógico en nel derecho*. Madrid: Civitas, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2.ed. Tradução Luiz Flávio Gomes *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 4.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito* – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1993.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Volume 1. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte estadual*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho*. 6.ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*, Barcelona: Gedisa, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio: lezioni*. 2.ed. Torino: G. Giappichelli, 2006a.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993.

GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*. Torino: G. Giappichelli, 2006b.

GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Tradução de Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2008.

GUASTINI, Riccardo. "Théorie et ontologie du droit chez Dworkin". *Droit et société*, 2-1986, p. 17-28 (= http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds02/002-03.pdf).

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedidna, 2007.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KAUFMANN, Arthur. "A problemática da filosofia do direito ao longo da história". In: _____; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57-208.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2.ed. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*. Tradução de J. C. Gardella. Bogotá: Temis, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. "A autonomia do estado-membro e o papel do Supremo Tribunal Federal". *Sítio do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRG*. Porto Alegre: PPGD, [s.d.] (Disponível em: http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal3.htm).

LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da constituição do estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2.ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

LORENZETTI, Luis Ricardo. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOSANO, Mario G. *Sistema e struttura nel diritto*. Volume I. Milano: Giuffrè, 2002.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2006.

MARINS, Leonardo. "Limites ao princípio da simetria constitucional". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição federal de 1988*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 689-710.

MARQUES, J. Dias. *Introdução ao estudo do direito*. 2.ed. Lisboa: PF, 1994.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. "O federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003)". In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Delo Rey, 2005, p. 65-85.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do direito*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MARQUES, J. Dias. *Introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil, 1972.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6.ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3.ed. Coimbra: Centelha, 1978.

MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid:

NAWIASKY, Hans. *Teoria general del derecho*. 2.ed. Tradução de José Zafra Valverde. Madrid: Rialp, 1962.

NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Volume I. Coimbra: Coimbra, 2003.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REYES, Manuel Aragón. "L'interpretazione della costituzione e delle leggi da parte del 'tribunal constitucional' e la sua forza vincolante". Tradução de Gianluca Famiglietti. *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, 2007, p. 52-68.

ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Tradução de Sebastián Martin-Retortillo e Lorenzo Martin-Retortillo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

SÁCHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. Bogotá: Ed. Universidades Simon Bolívar, Medellin y Libre de Pereira, 1978.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la constitución*. 2.ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SALGADO, Joaquim Carlos. “Analogia”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 91, janeiro/junho de 2005, Belo Horizonte: UFMG, p. 45-76.

SALGUERO, Manuel. *Argumentación jurídica por analogía*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de teoría del derecho*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2007.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. 11.ed. México: Porrúa, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SORIANO, Leonor Moral. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. “Estudo introdutório: em torno do sentido do federalismo”. In: *Direito do Estado – Estudos sobre Federalismo*. Coord. Cezar Saldanha Souza Junior e Marta Marques Avila. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007, p. 9-38 (Coleção Direito do Estado – 1).

STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*. Tradução de Wenceslao Roces. Madrid: Reus, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho constitucional comparado*. Buenos Aires: Universidad, 2005.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale: Il sistema delle fonti del diritto*. Volume I. Torino: UTET, 1993.

ZITELMANN, Ernesto. “Las lagunas del derecho”. _____ *et al. La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 287-322.