

Fundamento político-estruturante do art. 60, § 4º CF/88: poderes constituídos em meio a crise hermenêutica.

Political-structuring foundation of art. 60, § 4º CF/88:
powers constituted in the midst of a hermeneutical crisis.

Rodrigo Arruda Vaz¹

RESUMO: Este artigo tem como objetivo uma síntese dos fundamentos históricos e doutrinários indispensáveis à compreensão das chamadas cláusulas pétreas. Caracteriza-se pela demonstração da evolução cronológica dos textos nas subcomissões e comissões da Assembleia Nacional Constituinte que, ao final do processo, resultou na atual redação do Artigo 60, § 4º, da Constituição Federal. Sem vaguear no campo por vezes impreciso da história, busca melhor conceituar os termos emenda e reforma adotados pelo Poder Constituinte Originário. Apresenta e define o conceito de fundamento político-estruturante do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Demonstra que a proibição de reforma vincula todos os Poderes Constituídos e, por fim, aponta como um dos fatores para a crise entre os poderes a falta de melhor entendimento a respeito da norma presente no art. 60 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Poder Constituinte; hermenêutica; cláusulas pétreas; emenda.

ABSTRACT: This article aims to provide a synthesis of the historical and doctrinal foundations essential to understanding the so-called "entrenched clauses" (*cláusulas pétreas*). It is characterized by a demonstration of the chronological evolution of the texts within the

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: adv.rodrigovaz@gmail.com

subcommittees and commissions of the National Constituent Assembly which, at the end of the process, resulted in the current wording of Article 60, § 4, of the Federal Constitution. Without wandering into the sometimes imprecise field of history, it seeks to better conceptualize the terms "amendment" and "reform" adopted by the Original Constituent Power. It presents and defines the concept of the "political-structural foundation" of the Brazilian Democratic State under the Rule of Law. It demonstrates that the prohibition of reform binds all Constituted Powers and, finally, points to the lack of a better understanding regarding the rule present in Article 60 of the Federal Constitution as one of the factors contributing to the crisis between the branches of government.

Keywords: Constituent Power; hermeneutics; entrenched clauses; amendment.

1. INTRODUÇÃO

A percepção de uma crise democrática ou de um conflito entre poderes – ativismo judicial, apatia legislativa e ainda o chamado efeito *backlash* – não é uma novidade na história recente do Brasil. A pergunta mais pertinente talvez seja: quando, nos últimos 37 anos desde a promulgação, não estivemos em crise motivada pela luta por direitos previstos na Constituição Federal?

Hodiernamente, presenciamos exemplos claros dessa tensão, como a equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo e o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar à semelhança da união estável. Tais decisões, emanadas do Supremo Tribunal Federal — guardião último da Constituição —, geram debates acalorados.

Esses temas são objetos de disputa a respeito de qual Poder dará a última palavra na promoção da efetividade do direito. Isso remete ao caso célebre sobre a possibilidade da execução da sentença penal condenatória após decisão em segunda instância. Neste último exemplo, representativo das oscilações de entendimento da Corte, o tema parece estabilizado desde 2019; contudo, a certeza de estabilidade definitiva deste e de outros casos complexos está muito além do horizonte visível.

A presente investigação parte de uma problemática central: em que medida a incompreensão histórica da distinção entre os conceitos de reforma e emenda — formulados na gênese da Constituição de 1988 como um fundamento político-estruturante — contribui para a atual crise hermenêutica entre os Poderes Constituídos? Essa questão torna-se premente especialmente quando se tenta aplicar a teoria da ponderação de Robert Alexy a núcleos que o

Poder Constituinte Originário pretendeu tornar intangíveis. A hipótese central é a da incompatibilidade do sopesamento com a estrutura do Estado: a crise entre os Poderes decorre da aplicação equivocada da Teoria dos Princípios sobre o Art. 60, §4º. Ao tratar as cláusulas pétreas (normas de estrutura) como princípios sopesáveis, e não como regras definitivas, a jurisprudência permite a relativização da estrutura estatal. Sustenta-se que os Poderes erram ao interpretar esses direitos sob a lógica da proporcionalidade, ignorando a natureza de regra de exclusão do fundamento político-estruturante.

É imperativo delimitar o escopo desta análise. Este trabalho *não* é um tratado sobre a teoria geral dos limites materiais de revisão, embora tangencia o tema. Também não propõe um juízo de valor sobre o ativismo judicial ou o atavismo legislativo, vendo-os antes como sintomas de um problema hermenêutico mais profundo. O foco não recai sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, nem sobre formas específicas de controle de constitucionalidade ou sobre o processo legislativo de emenda. Optou-se pela utilização do método hipotético-dedutivo, partindo da problematização das crises hermenêuticas entre os Poderes Constituídos para testar a hipótese de que tais conflitos derivam de um distanciamento da ontologia do poder de reforma delineado em 1988. A abordagem é qualitativa, com foco na análise histórico-documental dos registros da Assembleia Nacional Constituinte e na pesquisa bibliográfica crítica.

A primeira parte do trabalho realiza um estudo comparativo do texto constitucional vigente com os projetos que tramitaram na Assembleia Nacional Constituinte. Isso permitirá definir melhor os termos reforma e emenda como ferramentas de contenção do Estado, bem como a relação entre o fundamento político-estruturante e a vedação ao retrocesso.

A segunda parte analisa as premissas hermenêuticas utilizadas pelo Legislativo e pelo Judiciário para interpretar normas constitucionais, demonstrando a inadequação da sistemática atual e os efeitos causados por esta disfunção.

Por fim, sem embargo de melhor juízo, não se pretende dar por encerrada a discussão, mas analisar a vinculatividade e a extensão do preceito do Art. 60, §4º da Constituição Federal de 1988. Busca-se demonstrar que tal norma vincula não somente a atividade típica de emenda do Congresso Nacional, mas também a atuação dos demais Poderes constituídos: o Judiciário e o Executivo.

2. O FUNDAMENTO POLÍTICO-ESTRUTURANTE.

2.1 A GÊNESE DO FUNDAMENTO POLÍTICO-ESTRUTURANTE NA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

A Assembleia Nacional Constituinte foi oficialmente instalada no dia 1º de fevereiro de 1987. A tramitação obedeceu a um rigoroso fluxo ascendente de afunilamento, iniciando-se com a elaboração de anteprojetos em vinte e quatro Subcomissões vinculadas a oito Comissões Temáticas. Esses textos foram submetidos às Comissões Temáticas, que consolidaram as propostas antes de enviá-las à Comissão de Sistematização.

Foi nesta etapa que os fragmentos foram integrados em um único projeto de Constituição coerente. Na fase decisiva, o texto passou pelo crivo técnico da Comissão de Redação e foi submetido ao Plenário — que funcionava de maneira unicameral —, no qual cada dispositivo precisava ser aprovado em dois turnos de votação pela maioria absoluta até a promulgação final.

Pois bem, nesta esteira também se deu a elaboração do art. 60 da Constituição Federal de 1988, que representa um de tantos dispositivos que passaram por um processo de refinamento conceitual, atendendo à preocupação do constituinte em estabelecer o texto mais conciso possível sem perder a coerência jurídica.

O legislador constituinte preocupado também em não desperdiçar a janela democrática pela qual estava vivendo, momento histórico ímpar que pedia ponderação e agilidade para restabelecer a ordem democrática e a consequente estabilização política jurídica do país.

Inequívoco momento de tensão pela qual passavam os integrantes da Assembléia Nacional Constituinte, agindo em um momento histórico de redemocratização, buscou estabilizar o país e afastar o caminho maldito da tirania, como bradou Ulysses Guimarães ao promulgar a Constituição Cidadã:

Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade. [...] Quando promulgamos o Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia, bradamos: Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. [...] A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja nosso grito: Mudar para vencer! Muda Brasil! (GUIMARÃES, 1988).

A busca do constituinte por travas procedimentais ao poder de reforma circundou a pauta de delimitação material das matérias passíveis de reforma constitucional e o estabelecimento de um quórum mais rígido para a tramitação, diferenciando-a da matéria ordinária.

O temor do legislador originário, conforme a perspectiva de Ackerman (2009), residia no risco de um colapso institucional. O autor explica que Linz sustenta que a separação dos poderes foi uma das exportações mais perigosas da América, gerando governos que dividem o poder legiferante entre presidentes e congressos, somente para ver suas constituições explodidas por presidentes frustrados que se instalam como caudilhos.

O Constituinte estabeleceu a estrutura intangível da constituição sem a qual o estado tenderia a dissolver-se e, por conseguinte, a estrutura jurídica limitadora do poder. A respeito do termo estrutura, Linares Quintana (1953) ensina que a finalidade suprema da norma fundamental é a proteção e a garantia da liberdade e dignidade do homem, funcionando como instrumento de governo permanente cuja flexibilidade permite adaptar-se a todos os tempos.

Lembra no mesmo sentido Sarlet (2020) que num Estado democrático de Direito a soberania popular é soberania constitucional, devendo ser exercida nos termos da Constituição. Entende também que a adaptabilidade da Constituição pode ser assegurada por meio de uma adequada exegese do alcance das cláusulas pétreas.

No que tange a esta exegese, revela-se que quanto mais entendermos o que o Constituinte Originário entendia sobre estrutura e reforma, tanto mais assertiva será a interpretação para o art. 60, §4º, aperfeiçoando os parâmetros hermenêuticos.

Quanto à abrangência do rol dos limites materiais explícitos do referido art. 60, § 4º, Sarlet destaca que o enunciado deixa antever duas diretrizes: a) encontram-se vedadas não apenas as alterações que objetivam a supressão, mas também as que revelam uma tendência à supressão; b) os projetos sequer poderão ser apreciados, viabilizando o controle jurisdicional preventivo.

Eis que surge o debate sobre os termos reforma e emenda ainda na fase embrionária, onde sugestões foram trazidas, tais como: a) processo legislativo para emendas e leis; b) emendas condicionadas a referendo popular; c) propostas aceitas apenas se subscritas por um terço de cada Casa; d) emenda mediante proposta do Presidente ou maioria absoluta do Congresso.

Ainda demonstra-se da leitura do Quadro histórico do art. 60 que somente no Anteprojeto da Subcomissão de 1987 surgem os conceitos distintos: o § 1º definindo que a reforma visa alterar a estrutura do Estado e direitos; e o § 2º definindo que a emenda visa alterar normas não compreendidas no parágrafo anterior.

Este debate crucial para a definição da estrutura rígida indicou a clara diferenciação entre alterações mais profundas — reforma — e alterações menos profundas — emenda — conforme traçado pelo constituinte originário.

A respeito da democracia como liberdade positiva, Bobbio (1994) indica um conflito entre a exigência liberal de um Estado que governe o menos possível descrevendo a liberdade negativa e a democrática de um governo nas mãos dos cidadãos tratando-se de uma liberdade positiva, exigindo soluções de compromisso para evitar o autoritarismo.

Como bem acentuou o constituinte originário, a escolha do nome da subcomissão deixava clara a distinção. O nome composto por três termos — garantia, reforma e emenda — especificou a importância de cada um dos três institutos na Carta Magna.

Quanto a esta segmentação, José Afonso da Silva (2015) distingue o Poder Constituinte Originário do Derivado. Dentro do Derivado, separa o poder de reforma via emendas do Poder de Revisão conforme o art. 3º do ADCT, propondo segmentá-los em três: o primeiro de revisão total quinquenal, o segundo de reforma por emendas e por fim de atualização por emendas.

2.2 POSITIVAÇÃO DA INTANGIBILIDADE: O ART. 60, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Paralelamente às diversas propostas verificadas a respeito ao quórum, a essência do conceito de reforma que previa a possibilidade de alteração da estrutura do Estado foi deslocada para o Artigo 3º do ADCT sob a nomenclatura de revisão.

Destaca Paulo Gonet Branco (2017) que o constituinte originário admite que normas sejam modificadas, desde que não integrem o conjunto de princípios que conferem a identidade essencial do seu esforço. Normas que não compõem a estrutura básica tornam-se passíveis de mudança por meio de procedimento especial, permitindo que a Constituição seja adaptada sem que o poder constituinte originário emerja de sua latência.

Passando a ser topograficamente deslocada e com o nome de – revisão constitucional –, contemplou toda e qualquer espécie de alteração, tanto as mais periféricas quanto as mais críticas relacionadas à estrutura do Estado.

Desta forma, a revisão — contendo tanto as matérias de reforma quanto as de emenda — foi configurada como uma via extraordinária, a ser realizada uma única vez após cinco anos da promulgação sob um rito de maioria absoluta em sessão unicameral.

As alterações promovidas durante o processo revisor culminaram na promulgação de seis emendas constitucionais de revisão. Cronologicamente, a primeira grande mudança ocorreu com a ECR nº 1, de 1º de março de 1994, que instituiu o Fundo Social de Emergência.

Dando continuidade ao processo de ajuste institucional, em 7 de junho de 1994, a ECR nº 2 alterou o Artigo 50 da Constituição, estabelecendo o dever de Ministros de Estado prestarem informações pessoalmente ao Congresso Nacional. No mesmo sentido, a ECR nº 4 introduziu novos casos de inelegibilidade.

Também houve alterações relativas à estrutura dos Poderes e garantias individuais. A ECR nº 5 reduziu o mandato do Presidente da República de cinco para quatro anos, enquanto a ECR nº 3 reformulou as regras sobre a nacionalidade brasileira. Paralelamente, a ECR nº 6 tratou das regras de perda de mandato parlamentar, assegurando o princípio da ampla defesa.

A respeito da concepção contemporânea formal da democracia, Luc Heuschling (2002) faz a distinção entre um constitucionalismo de essência democrática e um constitucionalismo intrinsecamente liberal. Certos autores chegam a admitir a legitimidade democrática dos limites materiais ao poder de revisão constitucional, desde que estes visem os aspectos processuais da democracia.

Em suma, este momento histórico consolidou a transição definitiva entre as propostas iniciais da Constituinte e o modelo de estabilidade pretendido para a Carta de 1988.

Não houve o abandono do conceito de reforma. Preferiu o constituinte aguardar a estabilização democrática para que só então se voltasse a petrificar o texto. Uma vez verificado no quinquênio a sua eficácia, então que assim se preservaria.

Depois desta janela de alteração ampla e irrestrita, o texto se estabilizou. E se estabilizou também o art. 60 da Constituição Federal de 1988.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

A simples leitura faz observar que o termo reforma — estrutura do Estado — não está expresso literalmente no dispositivo, como também não está presente em nenhuma outra parte do texto constitucional. Percebe-se que o dispositivo encerra o termo emenda sem realizar conceituação ou explicações terminológicas.

A respeito da rigidez, explica George Marmelstein (2023) que ela funciona como instrumento de limitação do Poder Legislativo. Por essa razão, resolveu-se ir além da simples rigidez, instituindo a total impossibilidade de alterar determinados elementos através das chamadas cláusulas pétreas.

Diferente do rigor terminológico das fases preliminares, ao adotar o termo emenda para designar qualquer alteração, o constituinte eliminou a distinção entre ajustes pontuais e reformas estruturais. A respeito da intangibilidade de limitação do Poder, Ferreira Filho (2007) explica que a institucionalização jurídica submete o exercício da autoridade a regras constitucionais que limitam a força política.

Independente da falta de conceituação do que é reforma, o Constituinte, no parágrafo quarto do referido artigo, indica uma parte de matéria que não seria sequer passível de submissão a votação, vedando a possibilidade de deliberar a respeito.

O legislador inaugurou o fundamento político-estrutural do Estado. Indicar que uma matéria seria imprópria de deliberação pelo órgão máximo deliberativo — o Congresso Nacional — é o mesmo que indicar que o Estado só seria possível se não mais deliberasse sobre tais matérias no sentido de reduzi-las.

Caso se delibere a respeito, estaria se falando de outro Estado de Direito que não o delineado pelo Poder Constituinte Originário. Seria impossível deliberar sobre tais matérias, pois implicaria em deliberar sobre um Estado que foi deixado para trás no dia da promulgação.

A vedação de deliberação de norma tendente a abolir consolida a proposta de conceituação a qual denomino de fundamento político-estruturante. Toda matéria que o Constituinte originário entendeu como estrutura ele fixou, não delegando a hipótese aos poderes constituídos. O Poder Constituinte forjou o estado no formato mínimo caracterizador da sua identidade; caso as matérias do parágrafo quarto sejam alteradas, estaremos falando de outro Estado de Direito.

A gênese da estrutura do Estado está exposta na excepcionalidade da hipótese de emenda constitucional. A própria existência de uma Constituição serve, como explica Ferreira

Filho (2007), essencialmente para impor limites à autoridade e proteger a liberdade individual, gerando freios e contrapesos.

Como a vontade do constituinte foi proteger tais matérias inclusive do órgão deliberativo máximo, por dedução lógica, nem mesmo o representante máximo do Poder Judiciário ou do Poder Executivo poderiam inovar no ordenamento a contrassenso da previsão do poder constituinte.

O regramento normativo que vincula o maior também é dirigido ao menor. Se ao órgão máximo responsável por introduzir norma é vedado deliberar sobre norma tendente a abolir esta estrutura, tal regramento também é dirigido aos demais poderes, não podendo, por exemplo, o Judiciário ou o Executivo deliberar em sentido contrário, sob pena de frontal choque com o fundamento político-estruturante.

3. A TEORIA DICOTÔMICA DE ALEXY E A CRISE ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS

3.1 A INCOMPATIBILIDADE DO FUNDAMENTO POLÍTICO-ESTRUTURANTE COM A TEORIA NORMATIVA DE ROBERT ALEXY

Na parte anterior analisou-se a respeito da síntese conceitual do fundamento político-estruturante do Estado Social Democrático de Direito previsto pelo Constituinte originário. O que se deve observar com atenção é que o comando protetivo do fundamento político-estruturante não se confunde, por exemplo, com o fato das normas de direitos fundamentais art. 60, § 4º inciso IV da Constituição Federal estarem sob o escudo protetor quanto à eventual tentativa de abolição. Neste sentido não se pode esquecer que o art. 60, § 4º sendo o continente do referido inciso, guarda parâmetros hermenêuticos próprios que precisam ser levados em consideração e respeitados pelo intérprete da norma.

O primeiro aspecto que deve ser observado é que a não observância do sentido exato do fundamento político-estruturante implica a descaracterização do próprio Estado. Deve-se não somente levar em consideração as balizas hermenêuticas do direito fundamental, mas também é necessário traçar balizas hermenêuticas do fundamento político-estruturante muito particulares do art. 60, §4º da Constituição Federal de 1988.

O primeiro aspecto a ser observado é que a inobservância do sentido exato do fundamento político-estruturante implica a descaracterização do próprio Estado. Para exemplificar, pode-se utilizar a analogia do jogo de xadrez: tal jogo admite um número quase infinito de possibilidades de movimentos, no entanto, as suas regras são claras e definidas.

Desrespeitar uma dessas regras implicaria a descaracterização total do jogo. Da mesma forma, o comando do art. 60, § 4º, que determina a impossibilidade de deliberar sobre norma tendente a abolir, deve ser cumprido não somente pelo seu viés original, mas também teleológico, de tal forma que a estrutura intangível não seja abalada, sob pena de se tornar algo qualitativamente distinto. Desta forma, as regras do jogo não podem ser tocadas, quer por eventual viés valorativo, quer pela via principiológica, sob pena de o Estado deixar de ser o que foi projetado em 1988.

Outro aspecto central é a vinculatividade universal aos Poderes. O fundamento político-estruturante é dirigido ao titular do Poder: o povo. Se nem mesmo este pode — quer diretamente, quer por meio de seus representantes — propor norma tendente a abolir a estrutura fundante, por conseguinte, vinculados estão todos os poderes dali advindos. O conceito expande a vedação do art. 60, § 4º para além da função legislativa de emendar a Constituição; o fundamento político-estruturante vincula também as atividades típicas e atípicas do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

Esse desdobramento lógico decorre da premissa de que, se é vedado ao maior, é vedado também ao menor. Ora, se ao órgão máximo normativo (Congresso Nacional) é vedado sequer deliberar sobre normas tendentes a abolir a estrutura do Estado, por lógica sistêmica, nenhum ato administrativo que emane do Poder Executivo ou decisão judicial do Poder Judiciário pode caminhar nesse sentido. Qualquer ato de um poder constituído que atente contra esse fundamento configura extrapolação frente ao Poder Constituinte Originário.

A Genealogia da Distinção entre reforma e emenda nos anais da Constituinte revelam que havia uma intenção original clara de diferenciar reforma – alteração da estrutura do Estado, que deveria ser mais rígida ou proibida alteração isso implica que a intenção do legislador não era outra que não a de blindar a estrutura para a eterna preservação da sua lógica. Essa preservação protege o Estado de algum eventual intento autofágico institucional. O fundamento político-estruturante previsto pelo Constituinte serve como um mecanismo de defesa contra o suicídio democrático. Ele foi desenhado para impedir que forças trans ocasionais ou até mesmo poderes decorrentes constituídos, em momentos de estresse político, utilizem os próprios mecanismos legais para destruir a estrutura que lhes deu legitimidade. Evitando-se assim, que o poder constituído se torne um agente destruidor da própria Constituição.

Além desses parâmetros hermenêuticos revelados pelo estudo do fundamento político-estruturante do Constituinte incide também mais especificamente sobre o art. 60, § 4º inciso IV da Constituição Federal a hermenêutica já pacificada pela doutrina de Robert Alexy. Inicialmente, a compreensão da dogmática dos direitos fundamentais exige a distinção precisa entre texto e norma.

Seguindo as balizas de Robert Alexy, o conceito de norma é primário em relação ao direito subjetivo, de modo que a norma não se confunde com o enunciado normativo. A norma é o sentido de dever-ser construído a partir do enunciado. Assim, uma mesma norma pode ser expressa por diferentes enunciados, sendo a distinção entre enunciados deônticos fundamental para essa identificação (ALEXY, 2011, p. 50-55). Ademais, Alexy considera que a validade da norma não depende de sua eficácia sociológica imediata, mas de critérios jurídicos e éticos de correção, operando em uma dimensão distinta da realidade fática (ALEXY, 2011, p. 58-61).

O aspecto mais relevante diz respeito às considerações sobre normas como regras e normas como princípios. Enquanto as regras contêm determinações definitivas, operando na lógica do tudo ou nada – ou são cumpridas ou não são –, os princípios são caracterizados como mandamentos de otimização (ALEXY, 2011, p. 86-91). Isso implica que os princípios não ordenam uma conduta exata, mas exigem que algo seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Essa natureza normativa distinta é o que permite a flexibilidade necessária para a adjudicação constitucional sem sacrificar a força normativa do texto, transformando a aplicação do direito em um processo de otimização racional (ALEXY, 2011, p. 90-91).

A estrutura dos princípios como mandamentos de otimização implica, logicamente, na incidência da máxima da proporcionalidade com suas três sub-regras: adequação e necessidade (otimização fática) e proporcionalidade em sentido estrito (otimização jurídica) (ALEXY, 2011, p. 116-120). Nesse ponto, Alexy ressalta que a dogmática jurídica deve primar pelo caráter deontológico – dever-ser – dos princípios, evitando as ambiguidades axiológicas dos valores (ALEXY, 2011, p. 144-147). Isso, segundo o autor, assegura que a discussão permaneça no campo do direito e da obrigatoriedade, e não apenas no campo das preferências morais ou antropológicas (ALEXY, 2011, p. 153).

A teoria de Alexy é clara ao privilegiar o modelo de princípios devido ao seu caráter deontológico (dever-ser), em contraposição ao caráter axiológico (o bom) dos valores.

Rejeita-se, assim, qualquer tentativa de estabelecer uma ordem rígida ou hierarquia abstrata de valores, o que levaria a uma tirania dos valores. A racionalidade do sistema é garantida pela Lei do Sopesamento, segundo a qual quanto maior for o grau de não-satisfação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do princípio colidente, assegurando que a fundamentação jurídica prevaleça sobre o decisionismo.

3.2 A CRISE RESULTANTE DA UTILIZAÇÃO DA TEORIA DICOTÔMICA DE ROBERT ALEXY COMO PARÂMETRO HERMENÊUTICO PARA NORMAS POLÍTICO-ESTRUTURANTES

O fundamento político-estruturante elaborado pelo Poder Constituinte, chamado pela doutrina de cláusula pétrea – Forma Federativa de Estado, Voto Direto, Secreto, Universal e Periódico, Separação dos Poderes e os Direitos e Garantias Individuais – não são meras limitações; elas são as premissas fundantes do Estado Democrático de Direito brasileiro. A intenção do poder constituinte originário foi blindar o projeto de nação. Os aspectos de ponderação proposta por Alexy quando diante de uma interpretação de norma de direito fundamental estão dissonantes se observado o sentido teleológico da referida norma.

A solução encontrada no Art. 60, § 4º é uma norma de valor político para outras normas contempladas pelos seus incisos. Ela não é uma mera norma de conduta para os poderes constituídos, mas a premissa do próprio Estado de Direito, assim como a dignidade da pessoa humana é o pressuposto de existência dos direitos fundamentais.

Só poderia haver um ambiente para o pleno exercício dos direitos fundamentais se quatro pilares sejam garantidos: a premissa Federativa: A vastidão territorial do Brasil impõe a descentralização do poder, garantindo, contudo, a indissolubilidade da união. A Premissa Republicana: Optou-se pelo modelo republicano e presidencialista, assegurando a participação popular direta como instrumentalidade do poder, em oposição aos resquícios ditatoriais recentes à época.

Ainda a Premissa da Separação dos Poderes: A experiência com regimes autoritários tornou inegociável a divisão funcional dos poderes, com meios de controle recíprocos e por último a Direitos Fundamentais – A garantia da Vida, Liberdade, Igualdade, Segurança e Propriedade núcleo do projeto de Estado.

Sobre alguns aspectos semânticos que arriscam estar na origem de confusões conceituais pois o Supremo Tribunal Federal em suas decisões em alguns momentos

claramente utiliza parâmetros hermenêuticos como norma regra e em outros utiliza norma princípio ambos restam conflitantes com o fundamento político-estruturante.

Não só o Supremo mas também a doutrina como a de Sarlet (2020, p. 120) também resta em um dilema dicotômico de matriz Alexyana referente a abrangência do rol dos limites materiais explícitos (art. 60, § 4º, da CF) e sua incidência

verifica-se, como já ressaltado, um avanço relativamente ao direito constitucional pátrio anterior, já que significativo o número de princípios e decisões fundamentais protegidos (princípio federativo, democrático, separação de poderes e direitos e garantias fundamentais). Note-se, neste contexto, a ausência de uma hierarquia predeterminada entre estes valores essenciais da nossa ordem constitucional, o que não afasta a possibilidade de concorrências e colisões, que, à luz do caso concreto, deverão ser solvidas mediante as regras aplicáveis nestas hipóteses, buscando-se sempre um equilíbrio entre os valores em pauta. (SARLET, 2020, p. 120)

Poderíamos pensar em valer de algum método de teste de conformidade como por exemplo uma matriz verificadora de correta interpretação ou incorreta interpretação proposta por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink. (1998, p. 78)

Teste de constitucionalidade de uma medida concreta do Poder Executivo ou do Poder Judiciário
 I — A conduta afetada pela medida enquadra-se no âmbito de proteção de algum direito fundamental?
 II — A medida configura uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental?
 III — A medida pode ser justificada com base na Constituição?
 1. Existe um fundamento legal compatível com a Constituição para a medida?
 2. A medida, ela própria, é constitucional?
 a) Ela aplica a lei em conformidade com a Constituição?
 b) Ela é proporcional?
 c) Ela se revela clara e determinada para o atingido?

No entanto, observa-se, por exemplo, que no item III. 2. a) questiona-se: Ela aplica a lei em conformidade com a Constituição?. A resposta para essa pergunta parte da escolha de parâmetros hermenêuticos satisfatórios para a problemática em tela. É neste exato ponto que o entendimento do fundamento político-estruturante, presente na norma do artigo 60, § 4º, nos ajuda.

A partir do entendimento ampliado e robusto deste dispositivo muito particular da legislação pátria podemos perceber que pouco se aproxima da teoria proposta por Alexy em sua dicotomia norma regra ou norma princípio. Para ilustrar essa discrepância, a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4277 e na ADPF 132, que reconheceu a união estável homoafetiva, revela uma aplicação paradigmática da distinção entre texto e norma. O dispositivo constitucional do art. 226, § 3º, em sua literalidade, dispõe sobre a união entre

homem e mulher. Para compreender a operação realizada pela Corte, é necessário recorrer primeiramente à dogmática padrão que fundamentou a decisão.

Além desses parâmetros hermenêuticos revelados pelo estudo do fundamento político-estruturante do Constituinte incide também mais especificamente sobre o art. 60, § 4º inciso IV da Constituição Federal a hermenêutica já pacificada pela doutrina de Robert Alexy. Inicialmente, a compreensão da dogmática dos direitos fundamentais exige a distinção precisa entre texto e norma. Seguindo as balizas de Robert Alexy, o conceito de norma é primário em relação ao direito subjetivo, de modo que a norma não se confunde com o enunciado normativo. Ele é o sentido de dever-ser construído a partir dele mesmo. Assim, uma mesma norma pode ser expressa por diferentes enunciados, e a distinção entre enunciados deônticos é fundamental para essa identificação (ALEXY, 2011. p. 50-55).

O aspecto mais relevante dessa teoria é a respeito das considerações sobre normas como regras e normas como princípios. Enquanto as regras contêm determinações definitivas, operando na lógica do tudo ou nada ou são cumpridas ou não são, os princípios são caracterizados como mandamentos de otimização (ALEXY, 2011. p. 91). . Isso implica que os princípios não ordenam uma conduta exata, mas exigem que algo seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Essa natureza normativa distinta é o que permite a flexibilidade necessária para a adjudicação constitucional sem sacrificar a força normativa do texto, transformando a aplicação do direito em um processo de otimização racional (ALEXY, 2011 p. 90).

Contudo, a aplicação dessa teoria ao caso concreto demonstra sua insuficiência para a preservação do fundamento político-estruturante. O STF, ao afastar a expressão homem e mulher - ADI 4277, tratou uma determinação que possuía estrutura de regra como se fosse um princípio passível de otimização. Utilizando a distinção alexyana entre enunciado e norma, a Corte construiu uma norma de inclusão baseada na dignidade e na igualdade, superando a barreira semântica do texto original. Embora Alexy ofereça o instrumental para descrever como o STF operou, sua teoria mostra-se inadequada para impor limites a essa mutação. Ao permitir que elementos estruturais do Estado sejam convertidos em mandamentos de otimização ponderáveis, a dogmática de princípios acaba por fragilizar a identidade ontológica da Constituição, permitindo que a regra do jogo seja alterada durante a partida sob o pretexto de maximização de direitos.

No julgamento da ADO 26 e do MI 4733, relativos à criminalização da homofobia e da transfobia, o STF operou de maneira inversa, mas igualmente reveladora das limitações da teoria dos princípios quando confrontada com o fundamento político-estruturante. Neste caso, diante da ausência de lei penal específica e da existência de mandados constitucionais de criminalização, a Corte precisou transitar da generalidade para a estrita tipicidade.

Entretanto, a inadequação da teoria de Alexy para conter o ativismo sobre a estrutura do Estado torna-se evidente aqui. O Direito Penal, por essência, exige regras definitivas para atender ao princípio da legalidade estrita. O STF, partindo de princípios, realizou um salto hermenêutico para criar uma regra de conduta e sanção. A teoria focada no sopesamento e na otimização não oferece ferramentas suficientes para impedir que um princípio seja utilizado para fabricar uma regra penal pelo Judiciário, usurpando a competência legislativa.

O que se observa é que a racionalidade do sopesamento foi utilizada não para resolver uma colisão, mas para preencher uma lacuna estrutural de competência. Assim, a dogmática alexyana, embora explique a prevalência deontológica do dever de proteção, falha em proteger o fundamento político-estruturante da separação de poderes, permitindo que o Tribunal atue como legislador positivo sob o manto da otimização de direitos fundamentais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A trajetória percorrida ao longo deste estudo, desde o resgate dos debates nas subcomissões da Assembleia Nacional Constituinte até a análise da crise hermenêutica contemporânea, permite consolidar o entendimento de que a estabilidade do Estado Social Democrático de Direito brasileiro depende do reconhecimento de sua identidade ontológica. A investigação confirmou que a distinção original entre reforma e emenda não foi um mero capricho semântico, mas a tentativa de estabelecer um núcleo intangível — aqui denominado fundamento político-estruturante — que opera não apenas como limite ao legislador, mas como trava sistêmica a qualquer dos Poderes Constituídos.

É imperioso constatar, contudo, que a atual instabilidade institucional e o acirramento das tensões entre os Poderes encontram sua raiz na inadequação dos parâmetros interpretativos vigentes. A análise dos casos paradigmáticos demonstra, com clareza, que o Supremo Tribunal Federal tem falhado na preservação da estrutura do Estado ao aplicar, de forma desmedida, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy sobre normas que possuem natureza estruturante. A dogmática da ponderação e dos mandamentos de

otimização, embora valiosa para a colisão de direitos subjetivos, revela-se insuficiente e perigosa quando aplicada ao Artigo 60, § 4º da Constituição.

Ao tratar o fundamento político-estruturante sob a lógica dos princípios — passíveis de sopesamento e graduação —, a Corte Constitucional fragiliza a força normativa das regras do jogo democrático. Observou-se que essa metodologia permite ao Tribunal, sob o pretexto de otimização, ora ignorar regras textuais restritivas, ora usurpar competências legislativas para criar tipos penais, convertendo a jurisdição constitucional em um poder constituinte permanente e instável. A insistência na aplicação da dicotomia regra/princípio de matriz alexyana para resolver questões de arquitetura estatal não apenas descaracteriza a vontade do legislador originário, mas alimenta o ciclo de ativismo e reação (backlash) que corrói a segurança jurídica.

Portanto, a superação desse cenário de crise exige uma virada hermenêutica. O estudo do fundamento político-estruturante oferece balizas mais robustas e adequadas à realidade brasileira, propondo que as cláusulas pétreas sejam compreendidas como regras de exclusão de deliberação, imunes à lógica da ponderação. Se a teoria de Alexy não oferece as ferramentas necessárias para impedir a autofagia institucional, é o resgate da intenção original de proteção estrutural que possibilitará a criação de novos parâmetros interpretativos.

Não se pretende, com estas linhas finais, esgotar a discussão sobre os limites da jurisdição constitucional ou apresentar uma fórmula acabada para todas as tensões democráticas. O desafio de delimitar com precisão todas as nuances do fundamento político-estruturante permanece aberto a futuras investigações. Entretanto, resta a certeza de que, sem o abandono do uso indiscriminado da ponderação sobre a estrutura do Estado e sem a adoção de uma hermenêutica que respeite a rigidez do núcleo essencial de 1988, os Poderes Constituídos continuarão a transitar perigosamente fora dos trilhos desenhados para a nossa democracia.

REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Law's Ideal Dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1994.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Cláusulas pétreas. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/21/edicao-1/clausulas-petreas>

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições. Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas. **Relatório e Anteprojeto**. Relator: Siqueira Campos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1987. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao-da-organizacao-eleitoral-partidaria-e/subcomissao4c/relatorio-e-anteprojeto-1/view. Acesso em: 1 dez. 2025.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. **Quadro histórico artigo 60 da Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/comesub.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil: quadro comparativo 1946, 1967, 1969 e 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: [s. n.], 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2025.

HEUSCHLING, Luc. **État de droit**. Paris: Dalloz, 2002.

LINARES QUINTANA, Segundo V. **La Constitución interpretada: texto completo y anotado de las sentencias fundamentales pronunciadas por la Corte Suprema desde su creación hasta la fecha**. Buenos Aires: Depalma, 1960.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte — Staatsrecht II**. 14. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.