



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB

FACULDADE DE DIREITO – FD

FELLIPE MATHEUS DA CUNHA GONÇALVES

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADAPTAÇÃO DA NORMA À REALIDADE OU
ATIVISMO JUDICIAL?**

Brasília – DF

2018



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB

FACULDADE DE DIREITO – FD

FELLIPE MATHEUS DA CUNHA GONÇALVES

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADAPTAÇÃO DA NORMA À REALIDADE OU
ATIVISMO JUDICIAL?**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão.

Brasília – DF

2018

FELLIPE MATHEUS DA CUNHA GONÇALVES

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADAPTAÇÃO DA NORMA À REALIDADE OU
ATIVISMO JUDICIAL?**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão – Orientador
FD/UnB

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes – Examinador
FD/UnB

Prof. Dr. João Costa Neto – Examinador
FD/UnB

Brasília, ____ de _____ de 2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 - RECONSTRUINDO O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	9
1.1 – Considerações preliminares	9
1.2 – A mutação constitucional na Escola Alemã de Direito Público	9
1.3 – A mutação constitucional na Constituição enquanto regulação jurídica do processo de integração do Estado: Smend e Dau-Lin	11
1.4 – A mutação constitucional na Constituição política total: Hermann Heller	14
1.5 – A mutação constitucional e seus limites	16
1.5.1 – A força normativa da constituição	18
1.5.2 – Os Tribunais Constitucionais como os principais destinatários dos limites à mutação constitucional e a peculiar conjuntura brasileira	20
1.5.3 – Os critérios definidores de uma mutação constitucional legítima	23
2 - NOTAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA	28
2.1 – Conceito	28
2.2 – Crítica	33
3 - A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	36
3.1 – Breves esclarecimentos metodológicos	36
3.2 – (Des)necessidade de autorização prévia da Câmara Legislativa para processar e julgar Governador (ADI 4.362/DF)	37
3.3 – Licença à adotante vs. Licença à gestante (RE 778.889/PE)	46
3.4 – Execução provisória da pena (HC 126.292/SP)	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo avaliar a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que se refere à teoria da mutação constitucional. Busca-se saber se a Corte utiliza a teoria de forma adequada e legítima ou se se trata apenas de uma forma de dar aparência de juridicidade a decisões de caráter político, que representam posturas de ativismo judicial. Para isso, intentou-se definir um conceito de mutação constitucional adequado ao postulado da separação funcional do Poder e ao princípio democrático, o que significa a necessidade de se estabelecer limites claros e precisos ao fenômeno. Ademais, procurou-se assentar o que se entende por ativismo judicial. A partir dessas premissas, analisou-se três votos em que a teoria da mutação constitucional foi invocada como fundamento das decisões, a fim de se definir se houve a efetiva ocorrência do fenômeno ou se houve mera instrumentalização da teoria para justificar decisões ativistas.

Palavras-chave: mutação constitucional; Konrad Hesse; força normativa da Constituição; Supremo Tribunal Federal; ativismo judicial.

ABSTRACT

The present study aims to evaluate the recent case law of the Federal Supreme Court regarding the theory of constitutional mutation. It seeks to know if the Court uses the theory properly and legitimately or if it is only a way of giving the appearance of juridicity to political decisions, which represents attitude of judicial activism. In order to do so, it was tried to define a concept of constitutional mutation appropriate to the postulate of the functional separation of Power and to the democratic principle, which means the need to establish clear and precise limits to the phenomenon. In addition, tried to establish what is meant by judicial activism. From these premises, three votes were analyzed in which the theory of constitutional mutation was invoked as the basis of the decisions, in order to determine if the phenomenon occurred or if there was a mere instrumentalization of the theory to justify activist decisions.

Keywords: constitutional mutation; Konrad Hesse; normative force of the Constitution; Federal Supreme Court; judicial activism.

INTRODUÇÃO

“Há uma tradição filosófica, à qual me filio, de que o mundo se encontra em mudança permanente, em eterno fluxo. [...] A ideia básica nessa concepção filosófica é a de que a história é um processo lento, mas constante, de aperfeiçoamento moral e espiritual da humanidade.” Com essas palavras, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, principia voto em que, aplicando a teoria da mutação constitucional, reconhece a invalidade de dispositivos de lei federal que estabeleciam prazos diferenciados de licença-gestante e licença-adotante.

A tradição filosófica a que se refere o Ministro diz respeito ao denominado mobilismo, cuja origem remonta a Heráclito de Éfeso, pensador pré-socrático que enxergava a natureza da realidade no movimento mesmo, no fluxo constante de todas coisas¹. Essa tradição encontra significativa expressão em Friedrich Hegel, quem vê na ação a própria essência do Espírito, cujas transformações que se desenvolvem no seu processo de formação constituem não uma simples transição rejuvenescedora, mas sim um aperfeiçoamento de si mesmo².

De acordo com essas correntes de pensamento, a sociedade é concebida como realidade dinâmica e cambiante, de modo que cada específico momento histórico produz em si uma marca que a torna singular no curso da história; substancialmente distinta de sua forma passada e substancialmente distinta do que será sua forma futura.

As ordens constitucionais contemporâneas certamente apreendem esse ideal filosófico e essa maneira de vislumbrar a realidade social. Nenhuma Constituição pode pretender-se imutável e eterna. Quase todas – senão todas – as Constituições atuais preveem algum tipo de mecanismo de reforma, por meio do qual se permite a incorporação das modificações fáticas à normatividade constitucional. Ocorre, contudo, que a abertura dada pelo próprio sistema é demasiadamente estreita, e não comporta, em sua totalidade, o frenesi das transformações sociais. É aí que surge o processo informal de mudança da Constituição, conhecido como mutação constitucional.

Esse fenômeno, que se manifesta como um verdadeiro poder constituinte difuso, caracteriza-se por ser uma modificação de sentido e significado da norma constitucional, sem que haja, entretanto, qualquer mudança formal operada no texto da norma. Essa modificação atende à necessidade de moldar a norma constitucional a novas realidades sociais.

¹ MARCONDES, 2007, p. 35.

² HEGEL, 2001, p. 124.

A teoria da mutação constitucional se tornou lugar comum na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, cada vez mais, tem se valido dessa teoria como fundamento de suas decisões. Diante desse quadro de uso abusivo do instituto, urge a necessidade de se perquirir acerca do próprio significado desse fenômeno, bem como acerca de seus limites. Essa necessidade é imperiosa, na medida em que a utilização dessa teoria, sem a observância de critérios adequados, conduz a um enfraquecimento do poder normativo da Constituição, que se vê incapacitada de fazer frente à força dos fatos. Não se pode perder de vista, que, via de regra, são os fatos que devem adequar-se às normas e não as normas aos fatos.

Não bastasse isso, permitir que um órgão do Poder Judiciário reconheça alterações de sentido, significado ou alcance da norma constitucional, sem que, para tanto, seja necessária a ação dos mecanismos formais de reforma, tem implicação direta no próprio postulado da separação funcional do Poder. Isso na medida em que o Supremo Tribunal Federal estaria exercendo parcela do poder constituinte derivado, que, em última instância, poderia significar uma verdadeira usurpação de competência do Congresso Nacional e, por conseguinte, uma violação ao princípio democrático.

A pesquisa aqui levada a cabo está estruturada basicamente em três capítulos: (i) reconstruindo o conceito de mutação constitucional; (ii) notas sobre o ativismo judicial: uma análise crítica; e, por fim, (iii) a mutação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O primeiro capítulo destina-se à busca de um conceito de mutação constitucional que se coadune com os princípios democrático e da separação de poderes, o que importa na necessária definição de limites claros e precisos ao fenômeno. O segundo capítulo destina-se a apresentar as características que definem uma postura judicial ativista, bem como apresentar algumas críticas que se considera pertinentes. Por derradeiro, o terceiro capítulo destina-se à análise de algumas decisões da Suprema Corte, onde procura-se aferir se essas decisões se adéquam às premissas teóricas assentadas no primeiro capítulo, ou se a utilização do instituto é simples instrumento retórico a fim de justificar posturas decisionistas, tal como concebidas no segundo capítulo.

1 RECONSTRUINDO O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 Considerações preliminares

O fenômeno da mutação constitucional é entendido, em sua noção mais elementar – e com a qual se pode ficar como conceito inicial e preliminar –, como uma alteração de sentido, significado ou alcance da norma constitucional, sem que haja, no entanto, uma alteração formal em seu texto. Desse modo, a mutação constitucional emerge como um processo informal de mudança da Constituição que resulta das forças sociais transformadoras, correspondendo, assim, a uma adaptação da norma à realidade fática.

Portanto, ao se colocar como processo de modificação da Constituição que não observa os parâmetros de reforma estabelecidos na própria Lei Fundamental, a ideia de mutação constitucional, como vetor resultante das forças sociais, remete inexoravelmente à problemática que cinge à relação entre “ser” e “dever ser”. Isso porquanto a questão que se impõe é a tensão dialética entre a força normativa dos fatos e a força normativa da Constituição.

Por essa razão, admitir a teoria da mutação constitucional pressupõe, antes de tudo, a superação de um dos pressupostos metodológicos básicos do positivismo jurídico, qual seja, a estrita separação entre direito e realidade³. É evidente que a teoria pura do direito, ao colocar o plano normativo como objeto exclusivo de suas investigações científicas, mostra-se insuficiente à compreensão dos influxos que a realidade social exerce sobre o direito e, por consequência, insuficiente à compreensão da mutação constitucional enquanto fenômeno jurídico que exsurge da própria realidade fática.

Daí Sánchez Urrutia reconhecer a existência de um certo paradoxo no fato de os primeiros pensadores a estudarem o fenômeno da mutação constitucional serem precisamente dois dos grandes expoentes da Escola Alemã de Direito Público – Laband e Jellinek –, tradição científica inaugurada por Gerber e Gierke, e cujo ponto de partida metodológico é justamente a separação entre direito e política⁴.

1.2 A mutação constitucional na Escola Alemã de Direito Público

Observando essa relação entre direito e política, Paul Laband pôde constatar a ocorrência de modificações significativas na Constituição Alemã de 1871 sem que se

³ HESSE, 1992, p. 90.

⁴ URRUTIA, 2000, p. 107-108.

observasse, contudo, a ação dos mecanismos formais de reforma constitucional⁵; “se trataria, pois, de uma contradição entre situação constitucional e lei constitucional”⁶. Percebeu o jurista alemão que, mesmo que ausente qualquer alteração textual, as Constituições podem adquirir novos sentidos e significados para se adaptarem à realidade social. “Utilizou, então, a terminologia *verfassungswandlugen*, que significa mutação constitucional, porque queria aduzir às mudanças informais, que transcorriam à margem da técnica da reforma, a qual já era conhecida pela expressão *verfassungsanderung*”⁷.

Posteriormente, demonstrando certo ceticismo quanto ao poder das normas, Georg Jellinek assevera que as leis não representam mais que um “dever ser”, cuja transformação em “ser” nunca se concretiza plenamente. Segundo o autor, a vida real sempre produz fatos que não correspondem à imagem racional descrita pelo legislador⁸. Assim, as forças políticas operariam de acordo com suas próprias leis e atuariam independentemente de qualquer forma jurídica prévia⁹.

Destarte, apesar de chamar atenção para a necessidade de distinguir entre realidade e norma, buscando manter fidelidade à tradição científica a que pertence, Jellinek admite expressamente a possibilidade de o fato vir a se tornar direito; é o que denominou *fait accompli* (o fato consumado), entendido como “um fenômeno histórico com força constituinte”, em face do qual toda e qualquer oposição representa, em princípio, um esforço inútil¹⁰.

Partindo de tais premissas, Jellinek também enfrentou a questão da mutação constitucional, buscando categorizar as formas pelas quais as Constituições poderiam sofrer alterações de sentido e significado mesmo que seu texto não tenha sido alterado pelos mecanismos formais de reforma constitucional¹¹. O juspublicista coloca no elemento volitivo a marca fundamental de distinção entre reforma e mutação constitucional. Para ele, enquanto a reforma da Constituição seria a alteração do texto constitucional por ações voluntárias e intencionais, a mutação seria a alteração da Constituição, sem modificação formal em seu texto, resultante de fatos inconscientes e não intencionais¹².

⁵ URRUTIA, 2000, p. 108.

⁶ HESSE, 1992, p. 85.

⁷ BULOS, 1996, p. 29.

⁸ JELLINEK, 1991, p. 6.

⁹ JELLINEK, 1991, p. 84.

¹⁰ JELLINEK, 1991, p. 29.

¹¹ Em seu estudo, Jellinek (1991, p. 1 - 91) identifica basicamente cinco vias distintas por meio das quais se opera uma mutação constitucional: (i) pela prática parlamentar, administrativa e jurisdicional; (ii) pela necessidade política; (iii) pela prática convencional; (iv) pelo desuso de competências estatais; e, por fim, (v) pelas lacunas da constituição e sua integração.

¹² “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su

Em que pesem suas contribuições à compreensão do fenômeno da mutação constitucional, é forçoso reconhecer a procedência de certas críticas à Escola Alemã de Direito Público. Laband e Jellinek, segundo Sánchez Urrutia, não conseguiram delimitar claramente os conceitos de mutação e reforma constitucional; restringiram-se a demonstrar a existência de um descompasso entre a realidade fática e o estabelecido na letra da Constituição¹³. Konrad Hesse, por seu turno, aduz que os mencionados juristas não ofereceram um esclarecimento jurídico acerca da mutação constitucional, tampouco estabeleceram limites a esse fenômeno. Precisamente, porque, na concepção de Laband e Jellinek, não há limites à mutação constitucional; esse fenômeno seria o resultado de forças sociais irresistíveis, de modo que qualquer tentativa de submetê-las ao direito se revelaria, em última medida, um esforço vão¹⁴.

1.3 A mutação constitucional na Constituição enquanto regulação jurídica do processo de integração do Estado: Smend e Dau-Lin

Rudolf Smend também procura compreender a natureza da constituição e sua relação com a realidade fática. Sua compreensão perpassa, necessariamente, pela negação tanto da teoria jurídica quanto da teoria sociológica da Constituição. Ambas as abordagens teóricas pecam ao delimitar seu objeto de estudo. Enquanto a teoria sociológica reduz a Constituição às forças reais de poder¹⁵, a teoria jurídica reduz a Constituição – no sentido material – à norma positiva, através da qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais¹⁶. Em síntese, enquanto uma teoria limita-se à dimensão do “ser”, a outra limita-se à dimensão do “dever ser”.

Contudo, para Smend, toda realidade espiritual contém, de um lado, um elemento orgânico e vital, um estado psicológico concreto; e, do outro, uma estrutura inteligível e ideal, um princípio de formalização imanente e atemporal. Por isso, conclui o autor que qualquer ciência do espírito que atenda unicamente ao elemento organicista e vitalista ou, pelo contrário, que se ocupe exclusivamente do conteúdo atemporal e ideal, não logrará a compreensão da verdadeira natureza de seu objeto. Portanto, a teoria constitucional proposta

texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación” (JELLINEK, 1991, p. 7).

¹³ URRUTIA, 2000, p. 113.

¹⁴ HESSE, 1992, p. 88.

¹⁵ LASSALLE, 2007, p. 17.

¹⁶ KELSEN, 2000, p. 247.

por Smend impõe a consideração do objeto em toda a sua ambivalência, ou seja, como estrutura orgânica e ideal, desde uma perspectiva de pensamento que abarque ambas as dimensões¹⁷.

Nessa esteira, para Rudolf Smend, a Constituição deve ser compreendida como a “regulação jurídica do Estado, ou melhor, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado, é dizer, do seu processo de integração”¹⁸.

A vida do Estado, por certo, não se limita àqueles aspectos expressamente contemplados no texto constitucional, razão pela qual a vigência efetiva de uma Constituição depende de sua capacidade de integrar progressivamente as múltiplas variáveis políticas e sociais, inerentes à dinâmica estatal. Esse dinamismo da vida política, de acordo com Smend, não pode ser apreendido e normatizado plenamente por alguns dispositivos constitucionais, o que conduz inevitavelmente ao reconhecimento de que a função integradora da Constituição se realiza, em grande medida, fora dos canais constitucionais. Inclusive, ressalta o autor que, nesses casos, sua função integradora se realiza “de um modo mais pleno, além de ser mais fiel ao genuíno sentido da Constituição do que através de uma regulação exaustiva e apegada ao texto constitucional”. Assim, considerando que a natureza da Constituição tende a abarcar a totalidade do Estado e do processo integrador, Smend defende a necessidade de uma interpretação constitucional extensiva e flexível¹⁹.

Contudo, o primeiro estudo de fato sistemático sobre a questão da mutação constitucional coube a Hsu Dau-Lin, jurista chinês e discípulo de Smend²⁰. Segundo Dau-Lin, a mutação constitucional encontra seu fundamento na necessidade política e na vitalidade de um Estado que permanece em constante evolução. Com isso, para Dau-Lin, a Constituição não poderia conservar-se inerte frente a uma sociedade dinâmica, sendo o seu processo informal de mudança um imperativo resultante do caráter elástico que possui a Constituição para adaptar-se à realidade²¹. Vê-se que o discípulo incorporou, em grande medida, as concepções do mestre. Assim como Smend, Dau-Lin não compreende a mutação constitucional como simples resultado da força dos fatos, mas, ao contrário, como elemento integrante de uma noção dinâmica da Constituição²².

Apoiado na teoria constitucional smendiana, Hsu Dau-Lin coloca o sentido da Constituição na compreensão do Estado enquanto totalidade vital, significa dizer, a

¹⁷ SMEND, 1985, p. 131.

¹⁸ “La Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración” (SMEND, 1985, p. 132).

¹⁹ SMEND, 1985, p. 133.

²⁰ URRUTIA, 2000, p. 125.

²¹ Apud BLANCO DE MORAIS, 2013, p. 62.

²² Apud URRUTIA, 2000, p. 132.

Constituição, compreendida como regulação dessa totalidade vital, é dotada de unidade de sentido, e a realização desse sentido implica, por vezes, desvio ao teor literal de determinados preceitos constitucionais isoladamente considerados. Portanto, a mutação constitucional, para Hsu Dau-Lin, não é uma quebra da Constituição, mas, ao revés, é direito; e é direito mesmo que não se coadune com a literalidade da norma e mesmo que não possa ser explicada pelas categorias e construções jurídicas formais, porquanto, em última instância, estar-se a efetivar o verdadeiro sentido da Constituição. Em suma, seu fundamento jurídico se encontra na singularidade valorativa do direito constitucional, na necessidade política e nas exigências e manifestações de vitalidade do Estado²³.

Verifica-se que, à distinção do tratamento dispensado pela Escola Alemã de Direito Público, a teoria de Smend e Dau-Lin oferece uma abordagem que apresenta um viés jurídico em relação à mutação constitucional. De acordo com essa teoria, as mudanças informais não são vistas como uma simples consequência da imposição dos fatos, que atuam de forma exógena, mas, ao contrário, a realidade fática é incorporada à Constituição segundo as necessidades políticas e a realização de seu sentido global. Portanto, a norma constitucional “não cede ante a pura facticidade, mas sim ante esse sentido de alcance superior”²⁴.

De acordo com Konrad Hesse, a teoria constitucional proposta por Smend, endossada e potencializada por Dau-Lin, a despeito de suscitar a questão dos limites à mutação constitucional, não oferece um resultado tangível, de modo que, em última análise, não é possível encontrar limites a esse fenômeno no sistema constitucional²⁵.

Não há como desconsiderar que a função que a Constituição assume, de racionalizar, estabilizar e limitar o poder político, também se manifesta como uma necessidade vital do Estado, e que, por isso, a sua realização também faz parte desse aludido sentido global da Constituição. O texto constitucional, não obstante a necessidade de maior ou menor interpretação, contém elementos firmes, em relação aos quais não cabe discussão, independentemente dos interesses contrapostos. Imperioso reconhecer, assim, que toda discussão envolvendo o “politicamente necessário” ou o “sentido da Constituição” não logrará uma compreensão unívoca. Portanto, renunciar a força normativa da Constituição em favor da concretização de sua suposta unidade de sentido significaria, em última análise, trocar uma

²³ Apud URRUTIA, 2000, p. 132.

²⁴ En virtud de su vinculación a dicha totalidad de la Constitución, el contenido de las distintas normas constitucionales puede cambiar, incluso cuando el contenido modificado es incompatible con el texto de la norma. El contenido que hasta ahora había tenido no cede ante la pura facticidad sino ante ese ‘sentido’ de rango superior (HESSE, 1992, p. 94).

²⁵ HESSE, 1992, p. 94.

necessidade vital indiscutível do Estado constitucional por outra normalmente discutível²⁶. Não se olvide ainda que, em uma sociedade plural, a Constituição escrita exerce o papel fundamental de proteção aos grupos sociais não hegemônicos. Assinala Konrad Hesse que entre esse papel e “o caráter vinculante do texto existe um nexo indissolúvel que fica destruído quando se reduz a Constituição à função de instrumento de dominação”²⁷.

1.4 A mutação constitucional na Constituição política total: Hermann Heller

Para Hesse, o primeiro teórico a tratar a questão dos limites à mutação constitucional, ainda que de forma genérica e pouco precisa, foi Hermann Heller²⁸. Com esteio na teoria constitucional proposta por Lassalle, Heller concebe a Constituição enquanto relações reais de poder, as quais estão em constante movimento e se modificam a cada instante. Esse caráter dinâmico das relações de poder, no entanto, não dá lugar a um caos, e sim o oposto, engendra, “como organização e constituição, a unidade e ordenação do Estado”. Dessa maneira, para Heller, a Constituição não é outra coisa senão a organização do Estado, entendida como “ação concreta de dar forma à cooperação dos indivíduos e grupos que participam no todo, mediante a supra, sub e coordenação dos mesmos”²⁹.

Segundo Heller, a ciência do direito e do Estado não deve esquecer que seu objeto se apresenta sob duplo aspecto, o aspecto dinâmico e o aspecto estático³⁰. Por essa razão, o autor constrói sua teoria constitucional com base na ideia de Constituição política total, que se compõe por três elementos ou conteúdos parciais: a Constituição não normada, a Constituição normada juridicamente e a Constituição normada extrajudicialmente³¹. Essa teoria constitucional, à semelhança da teoria smendiana, parte da noção de Constituição enquanto unidade e totalidade, que abarca ambas as dimensões, a do “ser” e a do “dever ser” ou, na terminologia de Heller, a da normalidade e a da normatividade.

²⁶ “Declarar vinculante la praxis política y, con ello, de hecho, la concepción de los que disponen de fuerza para imponerse renunciando al sometimiento al texto de la Constitución, no significa sino sacrificar una necesidad vital indiscutible del Estado constitucional, la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que assume la Constitución em benefício de outra necesidad vital normalmente discutible” (HESSE, 1992, P. 95).

²⁷ La tarea de la constitución escrita en una Comunidad plural consiste no sólo en ser un orden para el ejercicio del poder por aquellos que lo detentan sino en ser un orden en oposición a los grupos dominantes. Entre el cumplimiento de esta tarea y el carácter vinculante del texto existe um nexo indisoluble que queda destruido cuando se reduce la Constitución a la función de instrumento de dominación” (HESSE, p. 96).

²⁸ HESSE, 1992, p. 96.

²⁹ HELLER, 1999, p. 295.

³⁰ “Assim não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição. Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que dão forma as normas” (HELLER, p. 296).

³¹ HELLER, p. 296.

A normalidade equivale àquelas regras puramente empíricas da conduta humana, ou seja, regras de conduta extraídas da observação, que, graças à regularidade de sua ocorrência, proporcionam certa estabilidade e previsibilidade do comportamento humano, tornando minimamente possível a convivência social. A normalidade constitui a infraestrutura não normada da Constituição do Estado, que é apenas um conteúdo parcial da Constituição total, que deve ser complementado e reforçado pela normatividade. A normatividade, por sua vez, corresponde à norma valorativa de juízo ou, em outras palavras, a normatividade diz com a obrigatoriedade de agir conforme determinados critérios positivos de valor³².

Entre normalidade e normatividade – ou entre Constituição não normada e Constituição normada – existe uma relação de mútuo complemento. Daí as críticas de Heller às concepções unilateralistas que não veem no direito “mais que um uso de caráter factício”³³. Segundo o autor, “ao lado da força normativa do normal fático tem também uma grande importância a força normalizadora do normativo”³⁴.

De acordo com Heller, a normalidade é a infraestrutura sobre a qual se ergue a normatividade e, por isso, a normatividade é essencialmente influída pela normalidade. Todavia, a partir do momento em que a normalidade se transforma em normatividade³⁵, a normatividade ganha autonomia frente à realidade fática, autonomia que se revela fundamental ao desempenho de suas funções diretora e preceptiva³⁶.

Portanto, vê-se que na teoria constitucional proposta por Hermann Heller a normalidade social não pode ignorar a normatividade, uma vez que com esta estabelece uma relação de coordenação. Dessa forma, sem negar o caráter determinante da Constituição não normada (“ser”), o autor realça a autonomia da Constituição normada (“dever ser”) e, assim, põe em evidência a sua capacidade normativa – ou, em outras palavras, a sua capacidade de figurar como efetivo limite aos fatores sociais e políticos.

Agora a questão que se impõe é determinar o modo pelo qual se dá essa relação de complemento, ou seja, determinar a maneira pela qual a normalidade se incorpora à normatividade e a normatividade exerce controle sobre a normalidade.

³² HELLER, 1968, p 298.

³³ Essas críticas dirigem-se precipuamente a Georg Jellinek.

³⁴ HELLER, 1968, p 298.

³⁵ Quando Hermann Heller faz referência à transformação da normalidade em normatividade, quer transmitir a noção de que uma conduta que era puramente normal se tornou normatizada. Ou seja, a conduta cuja regularidade de ocorrência era extraída unicamente da observação empírica se tornou exigível em razão do surgimento de determinados critérios positivos de valor.

³⁶ HELLER, 1968, p. 298.

Em primeiro lugar, aduz o autor que só se valora positivamente e, portanto, se converte em normatividade, aquela normalidade que se apresente como uma regra empírica da existência real, uma condição ora de existência da humanidade em geral, ora de um grupo humano determinado³⁷. E aqui sobreleva em importância a Constituição normada extrajudicialmente, que representa o conjunto de princípios éticos de direito que vige em determinada sociedade. Para Heller, a validade de tais princípios tem, por um lado, natureza geral e apriorística; e, por outro, estão vinculados a fatores de ordem histórico-cultural³⁸.

Os princípios jurídicos se caracterizam por não possuírem conteúdo determinado e, assim, não dispõem de concreção suficiente à aplicação imediata. Portanto, ao juiz é dada a tarefa de complementar esses princípios com a normalidade social³⁹. É graças a essa ausência de conteúdo determinado que se torna possível a incorporação e absorção das transformações sociais pela normatividade estatal e, com isso, a Constituição pode aspirar a validade permanente, não obstante a dinâmica das relações sociais. É que, como assinala Heller, os princípios jurídicos constituem a expressão da estrutura social e, via de regra, os preceitos positivos⁴⁰ do direito constitucional só adquirem sentido prático quando relacionados com esses princípios. É por essa razão que os preceitos positivos podem sofrer alterações de sentido e significado, ainda que permaneça intocado o texto que os materializam⁴¹.

1.5 A mutação constitucional e seus limites

Para Konrad Hesse, nenhuma dessas teorias tradicionais conseguiu estabelecer limites tangíveis e precisos ao fenômeno da mutação constitucional. A dificuldade em definir as fronteiras dentro das quais os processos informais de mudança da Constituição operariam de maneira legítima se deve, em grande medida, ao fato de que o problema nuclear de toda sociologia do Direito e do Estado – a relação entre realidade e norma – ainda não se

³⁷ HELLER, 1968, p. 298.

³⁸ HELLER, 1968, p. 303.

³⁹ HELLER, 1968, p. 303.

⁴⁰ Depreende-se que os preceitos positivos, na linguagem de Heller, correspondem ao que hoje se denominam regras.

⁴¹ “Que a permanência da norma possa ser harmonizada com a mudança ininterrupta da realidade social, deve-se, em grande parte, a que a normalidade social que se expressa nos princípios jurídicos vai-se transformando na corrente imperceptível da vida diária. Mediante a evolução gradual dos princípios jurídicos pode acontecer que, não obstante permanecer imutável o texto do preceito jurídico, o seu sentido experimente uma completa revolução, embora fique salvaguardada a continuidade do Direito perante os membros da comunidade jurídica. Tal mudança de significação do preceito jurídico realiza-se graças aos preceitos jurídicos mutáveis, que vêm a ser a porta por onde a realidade social penetra todos os dias na normatividade estatal” (HELLER, 1968, p. 304-305).

acha satisfatoriamente resolvido. E admitir uma teoria que não fornece limites bem definidos à mutação constitucional equivale a esvaziar de sentido a função normativa da Constituição⁴².

As teorias de Laband e Jellinek simplesmente subjugam o elemento normativo às forças reais de poder, numa espécie de determinismo unilateral da Constituição real. Essa ideia não pode significar senão a própria negação da Constituição jurídica e da sua capacidade de conformação da realidade social. Admitir-se uma teoria nesses moldes representaria o esvaziamento do valor do Direito Constitucional enquanto ciência normativa, tornando impossível distingui-lo de outras ciências, tais quais a Sociologia e a Ciência Política, que se caracterizam justamente por serem ciências da realidade⁴³.

Pode-se dizer, lado outro, que as teorias de Smend e Dau-Lin suscitam a questão dos limites à mutação constitucional, todavia não conseguem oferecer uma explicação factível que represente, a sério, restrições às forças político-sociais, de forma que, em última análise, tais limites permanecem num plano de extrema abstração, sendo insuscetíveis de apreensão. Para os mencionados pensadores, a realidade fática incorporar-se-ia à Constituição política segundo seu sentido global e conforme às necessidades vitais do Estado. Ocorre, contudo, que, em sociedades modernas altamente complexas e segmentadas, dificilmente se alcançará consenso sobre o que seriam essas aludidas necessidades vitais do Estado ou esse hipotético sentido global da Constituição.

Hermann Heller, por seu turno, trata explicitamente dos lindes impostos pela Constituição à realidade. Para o autor, entre normatividade e normalidade existe uma relação de mútuo complemento, ou melhor, uma relação de coordenação em que há condicionamentos recíprocos. Isso implica dizer que, a despeito da pretensão de eficácia da Constituição jurídica estar condicionada à sua capacidade de expressar as relações de poder existentes em dada realidade social, isso não significa que a normatividade cede ante a pura facticidade. A conversão da mera normalidade em normatividade depende, antes de tudo, de que se cuide de uma normalidade cuja concretização se afigura simultaneamente fundamental à existência da humanidade em geral e do grupo social em específico. É o conteúdo normado extrajudicialmente da Constituição – os princípios éticos de direito – que torna possível sua subsistência diante da dinâmica social. Isso porque, além de terem caráter altamente mutável e

⁴² HESSE, 1992, p. 98.

⁴³ “Se as normas nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes” (HESSE, 1991, p. 11).

permanecerem em constante evolução⁴⁴, os princípios jurídicos constituem a expressão da estrutura social e, por óbvio, as modificações operadas no bojo da estrutura se fazem sentir em todo o sistema constitucional. Desse modo, as regras constitucionais, quando cotejadas com o novo significado dos princípios, podem adquirir novo sentido. É assim que a Constituição seria capaz de apreender a frenesi das transformações sociais e ainda conservar seu caráter relativamente estático.

Conforme se percebe, Heller, de fato, não resolveu de forma satisfatória a questão da ausência de limites à teoria da mutação constitucional, apenas deslocou a problemática para o campo dos princípios. Como é cediço, os princípios jurídicos possuem baixa densidade normativa, e cujo conteúdo semanticamente indeterminado dá ao intérprete ampla margem de discricionariedade quando do ato decisório. Assim, permitir ao exegeta declarar que uma regra constitucional manifesta um significado diverso daquele que seu texto efetivamente expressa, com base em uma pretensa modificação no conteúdo dos princípios, representa um risco à realização do sentido normativo da Constituição.

Diante dessa conjuntura teórica, em que não se concebeu balizas precisas quanto à mutação constitucional, ao construir a ideia de força normativa da Constituição, Konrad Hesse vê-se impelido a colocar no centro de suas investigações a questão referente aos limites dentro dos quais os processos informais de mudança da Constituição se manifestariam de forma legítima, porquanto se trata, à evidência, de fenômeno apto a vulnerar o sentido normativo da Constituição.

1.5.1 A força normativa da Constituição

De acordo com Hesse, não há como negar o elemento fático. Toda Constituição que aspira a realizar sua pretensão de eficácia deve considerar o substrato espiritual e as concepções axiológicas do povo, bem como deve sopesar os fatores de ordem política, econômica e social. Portanto, nenhuma Constituição construída segundo um plano exclusivamente racional e teórico será capaz de se impor de modo operativo. Todavia, a Constituição jurídica é dotada de sentido próprio, e sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo, cuja realização corresponde à efetividade de sua força normativa. Assim,

⁴⁴ O autor exemplifica com o princípio da igualdade perante a lei, o qual, em certo momento histórico, representava apenas igualdade política, passou a representar também igualdade social (HELLER, p. 304).

a força normativa da Constituição consiste na sua capacidade de disciplinar e dar forma à realidade fática, impondo-se como efetiva barreira às forças sócio-políticas⁴⁵.

A força normativa da Constituição está condicionada ao atendimento de alguns pressupostos, que são classificados por Hesse segundo (i) o conteúdo da Constituição e segundo (ii) a prática constitucional.

São três os pressupostos de índole substancial. O primeiro diz respeito à capacidade da Constituição de considerar os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, bem como de incorporar o estado espiritual de seu tempo. O segundo relaciona-se à capacidade da Constituição de se adaptar a eventual mudança dessas condicionantes, o que importa na necessidade de se reduzir o corpo constitucional à estrutura imprescindível, ou seja, a Constituição deve ser o mais sintética possível, limitando-se a estabelecer os princípios fundamentais. Por fim, o terceiro e último pressuposto material diz com a necessidade de a Constituição consubstanciar uma estrutura bilateral, contemplando, em certa medida, princípios contrários. Esse último pressuposto é exemplificado por Hesse nos seguintes termos: “direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentrar poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo”⁴⁶.

Também são identificados três pressupostos de índole prática. O primeiro deles refere-se à estabilidade, entendida como a necessidade de não submeter a Constituição a constantes revisões, pois sucessivas reformas constitucionais exprimem a noção de que o aspecto fático se sobrepõe ao aspecto normativo. O segundo concerne à exigência de uma interpretação adequada, que consiga realizar, de forma ótima, o sentido da proposição normativa dentro das condições dominantes⁴⁷. Por derradeiro, o pressuposto relativo ao que Hesse denominou “vontade de Constituição”⁴⁸, que seria, para o autor, a maior garantia de sua força normativa.

Segundo Hesse, quanto mais intensa for a “vontade de Constituição”, tanto mais efetiva essa Constituição será. A ideia de “vontade de Constituição” remete à noção de

⁴⁵ “Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (sein) e dever ser (sollen)”. (HESSE, 1991, p. 24)

⁴⁶ HESSE, 1991, p. 20-21.

⁴⁷ HESSE, 1991, p. 22.

⁴⁸ “Portanto, a força a normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).” (HESSE, 1991, p. 24)

vontade humana, de consciência geral a respeito da inviolabilidade da Carta Fundamental. Diz, assim, com o quão dispostos estão os atores sociais e, primordialmente, os principais responsáveis pela vida constitucional, a renunciar interesses momentâneos, em favor da realização e fortalecimento do postulado normativo da Constituição⁴⁹.

1.5.2 Os Tribunais Constitucionais como os principais destinatários dos limites à mutação constitucional e a peculiar conjuntura brasileira

Na atual conjuntura histórica, a ideia de superioridade e inviolabilidade da Carta Magna ganha sua máxima expressão na instituição das Cortes Constitucionais, que agregam uma série de atribuições, dentre as quais a precípua: a guarda da Constituição em última instância. É fácil compreender o papel de destaque e proeminência que, ao longo dos últimos anos, angariaram os Tribunais Constitucionais, sobretudo quando se tem presente o fortalecimento na consciência geral a respeito do sentido normativo da Constituição, e primordialmente quando se tem em mente que a Carta Maior consubstancia aspectos fundamentais da vida do Estado, e que serão essas Cortes quem proferirá a última palavra em relação a conflitos envolvendo esses aspectos.

Portanto, as Cortes Constitucionais assumem uma função proeminente, e são, sem dúvida, um dos principais responsáveis pela vida constitucional. No Brasil não é diferente. O Supremo Tribunal Federal, apesar de não ser uma autêntica Corte Constitucional, pois agrega funções outras, tem se alçado à posição de destaque no cenário jurídico-político, ocupando diariamente as manchetes de jornais. De fato, não há como negar a ampliação vertiginosa dos poderes da Corte Suprema no sistema político brasileiro. Esse fenômeno de hipertrofia da autoridade do Supremo foi por Oscar Vilhena denominado “Supremocracia”⁵⁰.

A construção institucional da Supremocracia perpassa, segundo o autor, pela “ambição constitucional”, entendida como a pretensão do constituinte originário a legislar sobre tudo, trazendo ao bojo da Constituição normas que versam sobre política, economia, moral etc.⁵¹ ⁵² A concepção de uma Constituição extremamente analítica é corolário da desconfiança patente da Assembleia Constituinte em relação ao legislador ordinário⁵³.

⁴⁹ HESSE, 1991, passim.

⁵⁰ VIEIRA, 2008, p. 444-445.

⁵¹ VIEIRA, 2008, p. 446.

⁵² Em sentido análogo, cf. Luís Roberto Barroso (2012, p. 24).

⁵³ VIEIRA, 2008, p. 446.

Desse modo, a consequência é demasiadamente óbvia: “se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno”. Portanto, complementa Vilhena, “qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo”⁵⁴.

Ademais, uma segunda razão, que contribui com a expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal, identificada por Vilhena Vieira, diz respeito ao que chamou de “competências superlativas”⁵⁵. Aqui, mais uma vez, apresenta-se o temor do Constituinte em ver sua obra dilapidada pelo corpo político, o que justifica a instituição de mecanismos tendentes à máxima proteção da Carta Magna.

Neste sentido, ao STF são atribuídas competências funcionais diversas, com intuito de munir essa Corte do instrumentário necessário à concretização de sua “função precípua” de “guardar a Constituição”. Assim, funções como a de tribunal constitucional, de foro especializado e de tribunal de última instância – funções que, a partir de uma análise comparada, são distribuídas entre diferentes instituições –, na peculiar arquitetura constitucional brasileira, são reunidas em um único órgão⁵⁶.

Esse cenário delineado por Vilhena Vieira afigura-se relevante na medida em que põe em evidência uma problemática peculiar ao sistema político-constitucional brasileiro. Faz-se referência, por um lado, à ambição da Carta da República, quer dizer, ao seu caráter extremamente analítico; e, por outro, ao protagonismo da Suprema Corte na vida constitucional. Isso revela que a Lei Fundamental de 1988 carece de um dos pressupostos materiais essenciais à realização de sua função normativa: o sintetismo indispensável à capacidade de adaptação à realidade fática. A carência de um pressuposto substancial reclama, inexoravelmente, um reforço dos pressupostos de índole prática, sobretudo daqueles concernentes à “vontade de Constituição” e à interpretação adequada, que devem estar presentes, com especial intensidade, na consciência de quem exerce o papel de destaque na vida constitucional, isto é, de quem tem o poder de decidir, por último, os conflitos constitucionais.

Isso porquanto, devido à amplitude e extensão de sua jurisdição, a Corte Suprema, inescapavelmente, será instada a se manifestar sobre eventuais controvérsias às quais subjaz hipotética mutação constitucional. De fato, o STF figurará como última instância de sanção ou verificação das interpretações constitucionais determinantes das mutações. Seja qual for a origem das mudanças informais da Constituição, elas serão, quase que inevitavelmente,

⁵⁴ VIEIRA, 2008, p. 447.

⁵⁵ VIEIRA, 2008, p. 447.

⁵⁶ VIEIRA, 2008, p. 448 et seq.

submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal⁵⁷, isso quando tais mudanças não forem corolário do seu próprio “protagonismo criador”⁵⁸. Daí a relevância de a Corte Suprema guardar o compromisso com uma interpretação constitucional adequada, que seja capaz de realizar o sentido da norma, mas dentro das condições e possibilidades hermenêuticas, e que não subverta, portanto, o texto normativo com fundamento em duvidosas “mutações constitucionais”. Em suma, é imprescindível que esta Corte, na condição de um dos protagonistas na vida constitucional, compartilhe aquele sentimento que Hesse denominou “vontade de Constituição”, sob pena de tornar desprovida de sentido a força normativa da Carta Maior.

Fazer uma espécie de apelo ao subjetivismo do intérprete último não significa reconhecer a inexistência de limites à mutação constitucional, tal como o faz Lamêgo Bulos. De acordo com o autor, as mudanças difusas da Constituição surgem espontaneamente, de modo sub-reptício e sem previsões de quando irão ocorrer, o que o leva a concluir que a mutação constitucional não encontra limites em seu exercício. Nessa esteira, Bulos assevera que uma eventual limitação só poderia advir da própria consciência do intérprete “de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior”⁵⁹. Todavia, esse apelo à consciência do exegeta é apenas o resultado da dificuldade natural de se estabelecer controle em relação às decisões daquele que possui a última palavra em matéria constitucional, ou seja, é uma questão de *quis custodiet ipsos custodes?*⁶⁰ O que não significa, é evidente, que não existam limites à mutação constitucional; pelo contrário, tanto existem, que se faz um apelo

⁵⁷ Tratando do papel dos Tribunais Constitucionais frente às mutações, Goran Rollnert Liern (2014, p. 140) assevera: “no parece necesario extenderse en la naturaleza de los Tribunales Constitucionales como instancia última de sanción o verificación de las interpretaciones constitucionales determinantes de las mutaciones, dada la eficacia vinculante de su interpretación [Hesse], su poder decisor sobre el Derecho Constitucional [Stern] y la ‘interpretación auténtica’ contenida en sus decisiones [Böckenförde]. Este rol queda además reforzado por la amplitud y extensión, directa o indirecta, de su jurisdicción a la que pocas controversias escapan, incluido el Derecho Constitucional consuetudinario respecto del que señala Stern que requiere su confirmación por el Tribunal Constitucional. Como ha señalado Calzada Conde, ‘salvo en aquellos supuestos en que por falta de legitimación no llegue al Tribunal Constitucional un caso [...], una ley o un uso o una práctica pueden ser el origen de una mutación pero quien decidirá si ésta se ha realizado o no será el Tribunal, aunque no lo haga directamente’”.

⁵⁸ Na medida em que, no tempo presente, a gênese das mutações passa pelo crivo dos tribunais constitucionais ou pelo seu próprio protagonismo criador, os limites em causa terão esses tribunais como seus destinatários primários (BLANCO DE MORAIS, 2013, p. 82).

⁵⁹ BULOS, 1996, p. 43.

⁶⁰ Nesse sentido, pondera Blanco de Moraes: “a partir do momento em que o custódio jurisdicional, fundado no prestígio social que deriva do seu estatuto de imparcialidade e conhecimento técnico, se autoinveste numa posição discreta e informal de legislador constituinte ou de poder de reforma constitucional de ocasião, produzindo no plano material verdadeiras emendas constitucionais para as quais não existe heterocontrole, emerge um problema de difícil resolução a nível dos poderes do Estado e a nível da própria Ciência Jurídica”. E mais a frente o autor ainda assinala: “como as Constituições não anteviram meios de custodiar o custódio, as mutações ‘impuras’ envolvem um problema crítico de alta política constitucional para o qual existem escassos remédios, todos eles implicando dilemas complexos na interdependência de poderes e um elevado grau de tensão política e institucional” (2013, p. 86-87).

ao intérprete máximo para que os observe, os respeite, em homenagem às funções da Carta da República de racionalização, estabilização e limitação do poder político.

1.5.3 Critérios definidores de uma mutação constitucional legítima

Para Konrad Hesse, compreender a mutação constitucional, bem como definir seus limites, pressupõe, antes de tudo, o abandono da ideia da simples contraposição entre “ser” e “dever ser”, como se se tratassem de realidades autônomas que de algum modo – dialética ou correlativamente – se relacionariam. Segundo o autor, a realidade fática não se contrapõe à norma, mas, ao revés, é parte estruturante da mesma. Dessa forma, a mutação constitucional não se apresenta como um fenômeno resultante de fatores exógenos, mas sim como uma modificação operada no interior da própria norma.

La mutación constitucional y sus límites sólo se alcanza a entender con claridad cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio “en el interior” de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución, y cuya “mutación” en normatividad estatal tampoco se puede explicar satisfactoriamente cuando se parte de una relación de coordinación correlativa entre normalidad y normatividad⁶¹.

Nesse viés, Hesse toma como ponto de partida a teoria constitucional proposta por Smend e Dau-Lin. Em que pese tal teoria não oferecer uma explicação suficiente acerca do modo como a realidade social incorporar-se-ia à Constituição, Hesse entende ser possível complementá-la com base nos trabalhos de Friedrich Muller sobre a estrutura das normas constitucionais, de modo a torná-la mais concreta e compreensível.

O Direito Constitucional só adquire algum valor para a comunidade se for capaz de consubstanciar uma ordem real que possa ser realizada. Essa realização, contudo, se torna impossível se se parte do isolamento entre realidade e norma. Por essa razão, Muller concebe a realidade fática enquanto elemento estruturante e constitutivo da norma constitucional. Assim, de acordo com a teoria de Muller, a norma seria composta tanto pela realidade quanto pelo mandamento materializado no texto, ou seja, a norma se estruturaria a partir de dois elementos, o âmbito normativo e o programa normativo, em que este representa o mandamento e aquele a realidade sobre a qual esse mandamento incide.

Desde el punto de vista de esta realización del Derecho constitucional, como ha señalado F. Muller, la norma no puede ser aislada de la realidad; por el contrario, la realidad en sus respectivas circunstancias (el ámbito normativo), afectadas por el mandato de la norma (el programa normativo), es parte integrante y constitutiva de la norma misma. La norma aparece, de este modo, como modelo de ordenación acuñado

⁶¹ HESSE, 1992, p. 99.

por su objeto; es proyecto vinculante de un orden parcial de la comunidad jurídica, la cual modela la norma y en la que lo regulador y lo regulado van necesariamente unidos complementándose indeclinablemente el uno al otro y fundamentándose mutuamente en la praxis de la realización del Derecho. A partir de esto el Derecho constitucional abarca también, de forma en cada caso diferente, el trozo de la realidad social presupuesto, recepcionado o producido por sus distintas normas⁶².

É evidente que, se os dados da realidade são parte estruturante da norma constitucional, as alterações desses dados consequentemente provocarão uma modificação no conteúdo da própria norma. Entretanto, por óbvio, não é toda e qualquer circunstância fática que, uma vez alterada, dará ensejo a uma modificação no interior da norma constitucional. Apenas o câmbio daqueles fatos especificamente circunscritos pelo programa normativo poderá dar azo a uma mudança informal da Constituição. Em outras palavras, é o programa normativo – que se encontra essencialmente consubstanciado no texto da norma – que define se aqueles fatos modificados pertencem ou não ao âmbito normativo, de modo que apenas as modificações operadas nesse específico âmbito serão capazes de provocar uma mutação constitucional.

Pero si la norma abarca los datos de la realidad afectados por el “programa normativo” como parte material integrante de la misma, el “ámbito normativo”, las modificaciones de este último deben llevar a una modificación de contenido de la norma. No todo hecho nuevo perteneciente al sector de la realidad regulado por la norma, el “ámbito objetivo”, es capaz de provocar tal modificación. La instancia que decide si el hecho modificado pertenece al ámbito normativo es el programa normativo que se contiene sustancialmente en el texto de la norma constitucional [...]. Sólo en tanto este hecho nuevo o modificado resulte perteneciente al ámbito normativo puede aceptarse también un cambio de la norma⁶³.

Percebe-se, portanto, que as modificações da realidade social relevantes para o conteúdo da norma são apenas, e unicamente, aquelas modificações operadas no âmbito normativo. Além disso, o que define o âmbito normativo é o programa normativo, e o programa normativo, por sua vez, está substancialmente definido pelo texto da norma. Essa construção teórica leva Konrad Hesse a concluir que a norma constitucional só pode ser informalmente alterada dentro dos marcos delimitados pelo texto normativo.

Si las modificaciones de la realidad social sólo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma en cuanto forman parte de ámbito normativo, si el programa normativo resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto⁶⁴.

Delimitar esses marcos é uma questão de interpretação, de modo que ao intérprete é facultada a utilização de todos os instrumentos tradicionais desenvolvidos pela

⁶² HESSE, 1992, p. 100.

⁶³ HESSE, 1992, p. 100-101.

⁶⁴ HESSE, 1992, p. 101.

hermenêutica constitucional. Assim, onde uma mutação constitucional extrapola as possibilidades de compreensão lógica do texto normativo ou contraria expressamente o mandamento materializado nesse texto, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, por consequência, as possibilidades de uma mutação constitucional legítima⁶⁵.

O Direito Constitucional é ciência, e só pode ser caracterizado enquanto tal uma vez que possui um método próprio de recorte dogmático. Sabe-se que atualmente ganhou bastante expressão as correntes de cunho neoconstitucionalista, as quais têm reclamado o reconhecimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional⁶⁶. Mas, a bem da verdade, nem tais correntes – que, de certa forma, retiram a ênfase da norma constitucional e a coloca sobre a atuação criativa do intérprete – podem negar o fato de que é a norma o dogma de toda ciência normativa. Portanto, sejam os tradicionais, sejam os novos métodos de interpretação, todos estão estritamente vinculados ao texto que veicula a norma constitucional, sobretudo naqueles Estados que adotam o sentido formal de Constituição. Sustenta-se, em síntese, que o método de uma ciência jurídica jamais ostentará validade científica se puder conduzir a interpretações que não guardem conexão lógica com o enunciado normativo ou que o contrariem expressamente⁶⁷.

Sem dúvida, a grande virtude da teoria proposta por Konrad Hesse se encontra no fato de reduzir drasticamente a margem de discricionariedade do intérprete na invocação de uma pretensa mutação constitucional. Vê-se que sua teoria, seja qual for a origem da mutação, é nitidamente dirigida ao intérprete constitucional, a quem caberá o reconhecimento da mudança informal, bem como a aferição de sua validade e legitimidade. Percebe-se que essa teoria só se torna possível com o surgimento da jurisdição constitucional e a instituição de um órgão central de controle ao qual se atribui o papel de guardião da Lei Fundamental. À época de Laband e Jellinek, não havia controle de constitucionalidade, o que explica o fato de que tais autores não fizeram mais que desvelar a incompatibilidade entre o fático e o normativo, para, ao fim, propor a teoria do *fait accompli*, reconhecendo a total impotência da Constituição de fazer frente ao poder político e à força dos fatos⁶⁸.

⁶⁵ HESSE, 1992, p. 101-102.

⁶⁶ BARROSO, 2007, p. 212.

⁶⁷ Em sentido semelhante, Blanco de Moraes, citando Gomes Canotilho: “como tem recordado Gomes Canotilho em conferências recentes e para decepção de alguns dos seus admiradores, a Constituição é lei, é direito; a produção, aplicação e interpretação do direito são inseparáveis de uma Ciência jurídica; e a ciência reclama um método de recorte dogmática, pois não há ciência sem método. Ora, numa Constituição em sentido formal, o texto constitucional é necessariamente o ponto de partida de uma operação interpretativa válida, pelo que, tanto a simples interpretação constitucional, como uma mutação ‘pura’ que seja revelada interpretativamente por via jurisprudencial carecem de validade a partir do momento em que se revelem ilógicas em face do disposto no texto constitucional ou em que a norma jurisprudencial contrarie objetivamente o enunciado normativo” (2013, p. 83).

⁶⁸ URRUTIA, 2000, p. 113.

Portanto, ao se falar em eventual mudança difusa da Constituição, exige-se muito mais do intérprete do que a simples invocação genérica da “força normativa dos fatos”, conforme assinala Konrad Hesse:

Esta concepción de la mutación constitucional permite y exige fundamentaciones más detenidas y diferenciadas, acompañadas de criterios comprobables. Verdad es que, en algunos aspectos, necesita todavía ser desarrollada en busca de parámetros concretos, comprobables y manejables en la práctica. Tampoco cabe excluir la posibilidad de diferencias de apreciación, en especial en el hecho de que al menos de este modo la discrecionalidad en la invocación de la presencia de una mutación constitucional se reduce esencialmente: Probar en cada caso la modificación de ‘ámbito normativo’ de una norma constitucional requiere algo más que la invocación genérica a la ‘fuerza normativa de lo fáctico’ o a las ‘necesidades vitales del Estado’⁶⁹.

Esse ponto é bem sintetizado por Merlin Clève e Lorenzetto:

A decisão sobre a abertura do novo campo semântico é formulada na esfera jurídica e não significa uma submissão da normatividade à realidade. A decisão a respeito da importância das mudanças ocorridas no mundo da vida e seu eventual reflexo no âmbito jurídico é formulada pelo ‘programa normativo’ contido no texto da norma constitucional (Hesse, 1992, p. 100). Deve existir, por isso, o acoplamento entre o discurso fático e o discurso normativo, para que ocorra a aceitação da configuração de uma mutação constitucional⁷⁰.

Dessa forma, observa-se que o intérprete, ao invocar uma mutação constitucional como fundamento de uma decisão judicial, está obrigado a muito mais do que simplesmente fazer alusões genéricas à possibilidade de alteração semântica da norma constitucional a partir de mudanças ocorridas na realidade fática. Não basta definir abstratamente o conceito de mutação constitucional, e conjurar a força dos fatos, e acreditar que cumpriu o dever constitucional de apresentar devida fundamentação ao ato decisório.

Justificar a ocorrência de uma mudança informal da Constituição requer a observância de critérios minimamente objetivos e comprováveis. Esses critérios envolvem, antes de tudo, a clara demonstração da modificação operada no domínio dos fatos. Além disso, fundamental também se afigura demonstrar que os fatos modificados fazem parte do âmbito normativo, isto é, fazem parte da estrutura da norma constitucional mesma. A validade e a legitimidade dessa mudança ainda estão condicionadas ao respeito ao programa normativo; em hipótese alguma, pode-se admitir uma mutação constitucional que contrarie expressamente o mandamento normativo, ou que não possa ser extraída de um processo hermenêutico adequado. Nesse aspecto, o texto constitucional se mostra crucial na determinação das possibilidades

⁶⁹ HESSE, 1992, p. 101.

⁷⁰ CLÈVE E LORENZETTO, 2015, p. 140.

interpretativas; onde uma mutação constitucional resulte destoante do texto normativo ou com este não guarde conexão lógica, encerram-se suas possibilidades de ocorrência.

Essa é uma solução que prestigia a evolução histórica, ao mesmo tempo em que preserva as funções básicas da Constituição. Isso porque, se, por um lado, essa teoria não adstringe o intérprete à literalidade do dispositivo normativo, por outro, ela não lhe dá carta branca para “reconhecer” “mutações constitucionais” que se não comportem dentro dos limites e possibilidades interpretativas do texto constitucional.

Destarte, caso uma hipotética mudança informal da Constituição desborde dos limites prefixados no texto constitucional, não se estará diante de uma legítima mutação constitucional, mas sim diante de uma quebra da Constituição. Nesse contexto, a modificação semântica da norma só poderá advir acompanhada de uma modificação textual, operada pelos meios formais de reforma. Desse modo, fortalece-se o princípio democrático, que é fonte de legitimidade do poder constituinte derivado, bem como respeita-se, sem inviabilizar a evolução histórico-social, o fim compromissório da rigidez constitucional e as funções constitucionais de estabilizar, racionalizar e limitar o poder político.

Não é demais ressaltar que nenhuma teoria dos limites à mutação constitucional – seja a de Heller⁷¹, seja a de Hesse⁷² – pretende se aplicar a situações de irrupção social ou de instabilidade institucional. Nenhuma Constituição é capaz de se antepor eficazmente a revoluções ou usurpações, que se caracterizam como acontecimentos históricos de cunho metajurídico. Assim, a teoria dos limites às modificações difusas da Constituição pressupõe uma situação de normalidade e relativa estabilidade político-institucional.

⁷¹ “Com bastante frequência, o uso social, a realidade social não normada ou normada extrajuridicamente, revela-se mais forte que a normação estatal. [...] Não há nenhuma forma de inviolabilidade das normas constitucionais que possa deter revoluções e restaurações; nenhuma divisão de poderes de Direito Constitucional pode impedir que em um conflito insolúvel, por exemplo entre o Governo e o Parlamento, resolva, na falta de uma unidade superior de ação, o poder praticamente mais forte, realizando assim a necessária unidade do poder do Estado” (HELLER, 1968, p. 306).

⁷² “Todo lo que se situé más allá de estas posibilidades no será ya mutación de la Constitución. Puede que de hecho se impongan los acontecimientos históricos que trastornan los fundamentos del Estado fuera del Derecho, las usurpaciones y las revoluciones. Esto ninguna teoría de los límites de la reforma constitucional o de la mutación constitucional podrá impedirlo. Pero dentro del estricto ámbito aquí marcado se asegura mejor la defensa de la Constitución frente a los peligros de “mutaciones constitucionales” ilimitadas que mediante la renuncia previa, explícita o implícita, a la elaboración de unos límites que puedan ser respetados en la práctica. De ello, y no de una – quizá no intencionada – legitimación de los ‘hecho consumados’ se trata” (HESSE, 1992, p. 104).

2 NOTAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

2.1 Conceito

Como visto, o caráter extremamente analítico da Constituição da República e o amplo espectro de competências atribuído à Suprema Corte favoreceram a institucionalização da *supremocracia*, termo utilizado por Vilhena Vieira para designar o fenômeno de ampliação da autoridade do Supremo Tribunal Federal na contramão do desprestígio dos demais Poderes⁷³. Se esses fatores favoreceram a expansão da jurisdição constitucional, exercida especialmente pelo STF, fato também é que não podem ser considerados determinantes da nova postura que a Corte vem assumindo, no sentido de afirmar uma maior autonomia em face do texto constitucional, com vistas a realizar “demandas sociais”, normalmente com interferência na esfera de competência dos outros Poderes. Essa postura, que se convencionou chamar de ativismo judicial, associa-se muito mais àquilo que Hesse denominou “vontade de Constituição” (no caso, a ausência dela), do que qualquer outra coisa, ou seja, essa postura diz respeito muito mais a uma opção da Corte do que propriamente uma necessária determinação constitucional. A esse respeito, preceitua Luís Roberto Barroso:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva⁷⁴.

Ainda segundo o autor, o ativismo judicial está relacionado à participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, o que envolve uma maior interferência no âmbito de competência dos outros Poderes. Roberto Barroso elenca três características que identificam uma postura judicial ativista, são elas: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁷⁵.

A ideia de ativismo judicial surge nos Estados Unidos no período que ficou conhecido como a Era *Lochner* (1905-1937). Curioso notar que esse primeiro momento de

⁷³ VIEIRA, 2008, p. 444-445.

⁷⁴ BARROSO, 2012, p. 25.

⁷⁵ BARROSO, 2012, p. 26.

ativismo judicial foi marcado por decisões extremamente conservadoras, em que a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade de diversas leis que reconheciam direitos sociais a trabalhadores, sob o fundamento de violação à liberdade de contratar⁷⁶. Posteriormente, tem-se o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, um dos casos mais representativos de um novo estágio, agora de ativismo judicial progressista. Nesse julgado, a Corte norte-americana, presidida por Earl Warren, declarou inconstitucionais as políticas de segregação racial nas escolas públicas; tratava-se da superação do precedente *Plessy v. Ferguson*, em que ficou assentada a doutrina do *separate, but equal*⁷⁷.

Para Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial no Brasil está ligado à crise de representatividade havida entre a sociedade e o Poder Legislativo. Assim, é diante da inefetividade desse Poder que a jurisdição constitucional se apresenta como uma atividade voltada para satisfazer as demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo Parlamento. Nessa medida, o ativismo judicial se manifestaria como um fenômeno positivo⁷⁸. Não obstante, o autor reconhece a existência de três objeções quanto à legitimidade dessa postura judicial. Todavia, no seu entender, essas objeções não são capazes de infirmar a importância desse tipo atuação jurisdicional⁷⁹.

Uma das principais críticas que pesa sobre a ideia de ativismo judicial é, sem dúvida, aquela referente à falta de legitimidade democrática com a qual atuam os órgãos do Poder Judiciário, como STF, por exemplo. Então a questão que se coloca diz com a possibilidade de um órgão, cujos membros não foram eleitos em pleito democrático, vir a declarar a invalidade de atos praticados pelos representantes do povo no exercício de suas funções de representação da vontade popular. Barroso aduz que essa possibilidade encontra respaldo em duas justificativas, uma de natureza normativa e uma de natureza filosófica.

A justificativa de natureza normativa concerne ao simplório fato de a Constituição atribuir tais competências ao Poder Judiciário, em especial ao STF. Sustenta que, nos Estados democráticos, existem agentes públicos não eleitos, e que exercem parcela do poder político, mas guiados pelos ditames da técnica e imparcialidade. Assim, “os magistrados não têm vontade política própria”, pois, prossegue o referido jurista, “ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo”. Chama a atenção para o fato de que essa atividade, no

⁷⁶ GALVÃO, 2012, p. 40.

⁷⁷ GALVÃO, 2012, p. 41.

⁷⁸ BARROSO, 2012, p. 27.

⁷⁹ BARROSO, 2012, p. 27.

entanto, não é puramente mecânica, na medida em que cabe ao juiz atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, razão que o torna coparticipante do processo de criação do direito⁸⁰.

Já aquela outra, a de natureza filosófica, toca o fato de que o Estado democrático de direito não se resume ao princípio majoritário. Ou seja, a Constituição, ao mesmo passo em que cuida das regras democráticas, do governo da maioria, cuida igualmente das garantias e dos direitos fundamentais. Dessa forma, sendo o Supremo Tribunal Federal o intérprete último da Constituição, cabe a ele velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos e garantias fundamentais, funcionando como um fórum de princípios⁸¹.

Além disso, ainda há as críticas que apontam para o risco de politização da justiça. Assevera Barroso que a Constituição promove a interface entre Direito e política, e a linha que separa ambos nem sempre é nítida e certamente não é fixa. Assim, sustenta que o Direito só é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade popular que se manifesta na legislação; (ii) sua aplicação não se desvincula dos efeitos que produz na realidade social; e (iii) a subjetividade dos juízes influenciam suas decisões. Dessa forma, o Direito não seria política enquanto escolha arbitrária, nem mesmo naqueles casos em que parece haver mais de uma decisão correta, devendo o juiz, nessas hipóteses, escolher a decisão mais justa, mediante uma argumentação coerente e racional. Então, a interpretação do Direito comporta uma dimensão política, mas sempre balizada pela ordem jurídica⁸².

Finalmente, a terceira crítica analisada por Luís Roberto Barroso diz respeito à (in)capacidade institucional do Poder Judiciário. Em certas matérias que envolvam questões técnicas e científicas, não há como esperar que os juízes tenham o conhecimento suficiente e necessário para resolvê-las. Desse modo, aduz o autor que, embora o judiciário tenha competência formal para julgar casos desse jaez, normalmente é melhor que se prestigie as decisões do Legislativo e do Executivo que se mostrem razoáveis. Ademais, os magistrados, via de regra, não tem, por vocação e treinamento, a capacidade de prever os “efeitos sistêmicos” de sua decisão. Barroso exemplifica com as decisões emocionais relativas a medicamentos e terapias, que, por vezes, compromete a própria realização das políticas públicas de saúde⁸³.

Em síntese, para Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial “expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição,

⁸⁰ BARROSO, 2012, p. 28.

⁸¹ BARROSO, 2012, p. 28.

⁸² BARROSO, 2012, p. 29.

⁸³ BARROSO, 2012, p. 30.

potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”. Em sua concepção, o ativismo judicial entra em cena quando os demais Poderes não conseguem atender às demandas da sociedade. Contudo, essa atuação mais incisiva na esfera de competência que, em princípio, não lhe é própria, deve sempre ser exercida dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, assevera o autor. Ainda ressalta que práticas ativistas têm que ser vistas com comedimentos, devem ser eventuais e em momentos históricos determinados, pois democracia sólida se faz com participação política intensa e com um Congresso Nacional investido de credibilidade e atuante⁸⁴.

Ocorre, contudo, que o que se verifica, em verdade, é a existência de uma dissonância desmedida entre o nível desse discurso teórico e a efetiva práxis constitucional. Essa noção de ativismo judicial proposta por Luís Roberto Barroso não reflete a atuação do Supremo Tribunal Federal. Ora, uma interpretação tendente a potencializar o sentido e o alcance das normas constitucionais, mas dentro das fronteiras fixadas pela ordem jurídica, pode ser encarada, no máximo, como uma espécie de ativismo moderado. Que estirpe de juiz ativista que se preocupa com os efeitos sistêmicos de sua decisão, que tem plena consciência das limitações de sua capacidade institucional ou que cuida para não extrapolar as possibilidades interpretativas de uma norma? A resposta é simples: não existe essa estirpe. Um magistrado que adota essa postura simplesmente não é ativista. Assim, imperioso reconhecer que as justificativas apresentadas por Barroso não servem, pois buscam abonar um tipo de ativismo judicial utópico e ideal.

A ideia de ativismo judicial que aqui se adota aproxima-se do modelo proposto por Pogrebinski. A autora sustenta que um juiz ativista se caracteriza por (i) usar o seu poder para rever e contestar as decisões dos demais Poderes do Estado; (ii) promover políticas públicas por meio de suas decisões; e (iii) desconsiderar os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade⁸⁵.

Essa ideia, embora seja um bom ponto de partida, merece alguns reparos. Isso porque a autora considera que esses critérios são disjuntivos⁸⁶. Assim, bastaria que o Poder Judiciário contestasse uma decisão do Legislativo para que esse ato seja considerado ativista. No entanto, rever ou contestar uma decisão dos demais Poderes, por si só, não significa muito. Imagine-se, por exemplo, a edição de medida provisória versando sobre direito penal. Trata-se

⁸⁴ BARROSO, 2012, p. 31.

⁸⁵ POGREBINSCHI, 2000, p. 122.

⁸⁶ “não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz ativista pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de cada uma das atitudes acima descritas” (POGREBINSCHI, 2000, p. 122).

de ato emanado do Poder Executivo eivado de inconstitucionalidade, por violar um limite material a essa espécie normativa. Eventual declaração de inconstitucionalidade, seja pela via difusa ou concentrada, não poderá, é evidente, ser taxada de ativista. Entende-se, então, que o item (iii) sempre deverá estar conjugado com os outros dois, porquanto consubstancia um *modus*, ou seja, o ativismo judicial não é simplesmente contestar uma decisão de outro Poder, mas a maneira como essa decisão é contestada é que pode refletir uma postura ativista.

Pogrebinschi ainda fornece algumas pistas que contribuem para a definição do ativismo judicial. Aduz a autora que essa postura “implica em tomada de posição política; o juiz ativista define-se como agente político”⁸⁷. Ademais, sustenta que o ativismo está associado à corrente não-interpretativista da Constituição, perspectiva teórica que defende a possibilidade de o juiz assumir uma atitude de autonomia em face do preceito normativo, com vistas a concretizar valores e princípios constitucionais. Assim, segundo a autora, “um juiz não-interpretativista, ou ativista, não se considera limitado pelos textos legais”⁸⁸. Além disso, ele

se identifica por adentrar o processo político-democrático fazendo às vezes de legislador para então participar das decisões do domínio público. Daí o ativismo judicial manifestando-se mundo afora através da elaboração de políticas públicas. Um juiz ativista vale-se de razões públicas para se orientar em suas decisões. O seu ativismo, inclusive, é movido por estas razões. É o caso quando o juiz é provocado pela sociedade civil a manifestar-se na revisão constitucional. Ou ainda, quando um juiz de inspiração dworkiniana por exemplo, faz de sua atividade profissional uma militância em prol da manutenção da história constitucional de seu país. Um juiz ativista não se identifica pelo uso discricionário de seu poder judicial, mas sim pelo uso público que faz deste poder⁸⁹.

Diante disso, pode-se dizer que o ativismo judicial é uma forma de exercício da atividade jurisdicional que extrapola os limites impostos pelo ordenamento jurídico e usurpa competências reservadas aos demais Poderes estatais. O desprezo manifesto ou velado pelo texto normativo também é característica essencial do ativismo judicial. Diz-se “velado” na medida em que a prática constitucional tem demonstrado que os juízes, no afã de “resolver” problemas eminentemente políticos, buscam dar ares de juridicidade às suas fundamentações, normalmente invocando argumentos de ordem pseudo-interpretativista, com a nítida finalidade de mascarar decisões puramente políticas que são tomadas com base em suas próprias convicções filosófico-ideológicas.

⁸⁷ POGREBINSCHI, 2000, p. 122.

⁸⁸ POGREBINSCHI, 2000, p. 123.

⁸⁹ POGREBINSCHI, 2000, p. 139.

2.2 Crítica

A constituição é concebida por Hans Kelsen segundo uma perspectiva puramente formal. De acordo com o mestre da Escola de Viena, a Constituição é dotada de supremacia e se coloca no ápice da ordem jurídica, sendo responsável por delimitar a moldura normativa dentro da qual se ergue a legislação infraconstitucional. Por consequência, a ideia de jurisdição constitucional, tal como concebida pelo autor, era demasiadamente simples; referia-se apenas “aos aspectos formais dos estatutos jurídicos e à manutenção do estado federativo”⁹⁰.

Assim, o controle de constitucionalidade, a ser exercido por um órgão central e autônomo, envolveria apenas um aspecto negativo, consistente na invalidação de leis que extrapolassem as possibilidades ofertadas pelo texto constitucional. Portanto, para Kelsen, a interpretação e aplicação das normas constitucionais encerrariam uma atividade dotada de um elevado grau de determinação, objetividade e certeza⁹¹. A jurisdição constitucional, em suma, não era operacionalizada ao fim de proteger direitos fundamentais. Aliás, a textura aberta que caracteriza os direitos fundamentais daria uma ampla margem de atuação para o magistrado, o que representaria um risco à democracia caso fossem adotados como parâmetros de controle de constitucionalidade das leis⁹². Não é outro o alerta de Kelsen:

Mas, precisamente no domínio da jurisdição constitucional, elas podem desempenhar um papel extremamente perigoso. As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à moralidade poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição indicasse um critério objetivo qualquer... É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equivocada quanto a de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional. Para evitar tal deslocamento de poder – que ela com certeza não deseja e que é totalmente contraindicado do ponto de vista político – a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo leis, formulá-los da forma mais precisa possível⁹³.

Após a Segunda Grande Guerra, diante das práticas perpetradas pelos regimes de exceção,urgia a necessidade de uma ampla valorização dos Direitos Humanos, o que envolveria a criação de alguma forma capaz de resguardá-los das contingências políticas. Acreditou-se ter encontrado, no método kelseniano – pretensamente objetivo e neutro –, a resposta a essa problemática, na medida em que a pureza normativa cuidaria de isolar os direitos

⁹⁰ GALVÃO, 2010, p. 141.

⁹¹ GALVÃO, 2010, p. 140.

⁹² GALVÃO, 2010, p. 141.

⁹³ Apud GALVÃO 2010, p. 141-142.

fundamentais da política. É assim, então, que inicia o fenômeno de constitucionalização dos Direitos Humanos e dos objetivos sócio-políticos⁹⁴.

Ocorre, contudo, que, devido à sua baixa densidade semântica, os direitos fundamentais nem sempre fornecem critérios objetivos que permitem à Corte Constitucional um juízo peremptório sobre eventuais e supostas violações a esses direitos. A título ilustrativo, cita-se a questão referente à eutanásia. A proibição ou permissão dessa prática envolve aspectos complexos, relacionados ao direito à vida, à liberdade, à autonomia e à dignidade humana. Não há dúvida que uma controvérsia desse jaez não pode ser resolvida com base em parâmetros puramente jurídicos, precisamente porque o sistema não fornece os elementos necessários a essa solução. Ao decidir uma questão dessa complexidade, o Tribunal Constitucional não fará outra coisa senão impor suas preferências ideológicas. Não é difícil perceber, portanto, que essa postura suscita diversos problemas.

Essas questões envolvem os chamados desacordos morais razoáveis, os quais se definem, segundo Samantha Besson, por não comportarem uma resolução racional⁹⁵. Assim, nos dilemas que cingem esses desacordos, uma tomada de posição num ou noutro sentido não implica uma maior ou menor adesão aos direitos fundamentais. Deslocar esses debates para a esfera jurídica significa apenas tolher a liberdade e autonomia do povo, em favor das preferências axiológicas de alguns juízes. Em síntese, quando se transfere ao Judiciário o poder de decidir sobre os desacordos morais razoáveis, o único efeito real, conforme assinala Galvão, é que se estará “denegando aos cidadãos o direito de participar em termos isonômicos das decisões políticas fundamentais da sociedade”⁹⁶.

Além disso, a vagueza e a abertura das normas constitucionais que consubstanciam os direitos fundamentais acabam por aniquilar a certeza e a objetividade no exercício da jurisdição constitucional, em manifesta contrariedade com aquilo que havia sido idealizado por Kelsen. Assim, essa problemática afeta a própria noção de Estado de Direito, entendido como a “intermediação das relações entre os sujeitos e o poder público por meio de normas jurídicas, elaboradas por um processo político-democrático, cujo conteúdo seja acessível pelos destinatários e que sirvam elas de guias de conduta para os cidadãos e de parâmetros decisórios para os magistrados”⁹⁷. Com isso, vê-se que a postura ativista de uma

⁹⁴ GALVÃO, 2010, p. 143.

⁹⁵ Apud GALVÃO, 2010, p. 147.

⁹⁶ GALVÃO, 2010, p. 149.

⁹⁷ GALVÃO, 2012, p. 190-191.

Corte Constitucional desconsidera a existência dos desacordos morais razoáveis, prejudica a segurança jurídica e, ao fim, não garante uma potencialização dos direitos fundamentais.

Não bastasse, ainda há de se observar a inadequação da via judicial para a resolução dos desacordos morais razoáveis. Isso porque, de acordo com Lon Fuller, o método jurídico trabalha com a ideia de código binário⁹⁸. Os direitos fundamentais, ao revés, são multifacetados, cujos conflitos são insuscetíveis de resolução por esse método. Daí o recurso à técnica da ponderação, que significa, em última medida, uma análise de custo-benefício, função que, à evidência, compete ao Poder Legislativo⁹⁹.

Portanto, percebe-se que o exercício da jurisdição constitucional requer limites, sob pena de se violar o princípio democrático, tolhendo a autonomia e a liberdade do povo de decidir sobre aspectos fundamentais da vida social. Debates envolvendo os chamados desacordos morais razoáveis devem ser travados no Parlamento, *locus* por excelência da deliberação pública, e não em Cortes Constitucionais, cujos membros não foram eleitos em pleito democrático e não exercem, portanto, qualquer tipo representação popular.

Em face dessas premissas teóricas, indaga-se: o Supremo Tribunal Federal tem justificado, de forma legítima e adequada, a ocorrência de mutação constitucional quando a invoca como fundamento de suas decisões, ou se trata, em verdade, de mero ativismo judicial?

⁹⁸ Apud GALVÃO, 2010, p. 151.

⁹⁹ GALVÃO, 2012, p. 151.

3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Já se disse que a teoria da mutação constitucional se tornou lugar comum na jurisprudência do STF. Cada vez mais frequente tem sido a utilização da teoria para fundamentar as decisões da Corte.

A partir de uma leitura superficial dessas decisões, a noção que se obtém é de que a Corte Suprema não tem identificado o fenômeno, nem aplicado, de forma adequada e legítima, a teoria da mutação constitucional.

Uma investigação perfunctória demonstra que o STF, de regra, ao reconhecer uma mutação constitucional, não se preocupa em comprovar a modificação do substrato fático e, muitas vezes, extrapola as possibilidades semânticas permitidas pelo texto normativo.

Tudo isso indica que o Pretório Excelso tem se valido da mutação constitucional como instrumento útil a justificar interpretações que extraem sentidos e significados que não cabem no texto da norma, a evidenciar que o instituto tem sido utilizado como forma de esconder o ativismo judicial e a postura decisionista da Corte.

3.1 Breve esclarecimento metodológico

Para responder à indagação acima colocada, analisar-se-á alguns julgados, nos quais a mutação constitucional surgiu expressamente como parte integrante da fundamentação das decisões proferidas pela Suprema Corte.

Nessa esteira, optou-se por tratar apenas dos casos em que o termo “mutação constitucional” constou expressamente do acórdão. Assim, por um lado, evita-se, na medida do possível, a influência dos aspectos subjetivos inerentes ao pesquisador; e, por outro, retrata-se, de modo fidedigno, a concepção dos ministros quanto ao instituto.

Por essa razão, não se buscou identificar e analisar os julgados em que possivelmente teria ocorrido uma mutação constitucional, mas sim os casos em que os próprios ministros expressamente afirmaram sua ocorrência.

Com esse escopo, acessou-se, no dia 12/04/2018, o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (portal.stf.jus.br), e inseriu-se, no campo destinado à pesquisa de jurisprudência, a expressão “mutação adj constitucional”. A pesquisa retornou 31 acórdãos em que houve menção expressa ao termo.

Diante da inviabilidade de se trabalhar com todos os julgados, urgiu a necessidade de delimitar uma amostra que fosse capaz de atender, simultaneamente, à

objetividade e à suficiência para se responder, com segurança, à situação-problema. Optou-se, então, por um recorte temporal. Dessa forma, restringiu-se a pesquisa às decisões proferidas entre 01/01/2016 e 12/04/2018, pois assim mantém-se a objetividade e retrata a jurisprudência mais atual da Corte quanto ao instituto. Essa nova busca retornou 11 acórdãos em que o termo “mutação constitucional” apareceu expressamente.

Após a análise desses julgados, constatou-se que apenas 5 acórdãos utilizavam a teoria da mutação constitucional, de fato, como fundamentos determinantes da decisão. Nos demais julgados, o termo surgiu como mero *obiter dictum*, sendo, assim, para os fins desse estudo, irrelevantes. Analisou-se somente 3 acórdãos, na medida em que os outros 2 acórdãos (ADC 4.764/AC e ADC 43 MC/DF) tratavam de matéria repetida, quer dizer, já tratada naqueles 3 acórdãos já analisados.

3.2 (Des)necessidade de autorização prévia da Câmara Legislativa para processar e julgar Governador (ADI 4.362/DF)¹⁰⁰

Em referida ação direta, proposta pelo então Procurador-Geral da República, discutia-se a constitucionalidade do art. 60, inciso XXIII, da Lei Orgânica do Distrito Federal¹⁰¹. Mencionado dispositivo contemplava a competência da Câmara Legislativa para autorizar a instauração de processo contra Governador, Vice-Governador e Secretários de Governo. Tratava-se de mera reprodução da regra prevista no art. 51, inciso I, da Constituição Federal¹⁰², que prevê a competência da Câmara dos Deputados para autorizar a instauração de processo contra Presidente da República, Vice-Presidente e Ministros de Estado.

O Relator, Ministro Dias Toffoli, aplicando a jurisprudência remansosa da Corte, votou pela constitucionalidade do dispositivo, dando-lhe interpretação conforme à constituição, para excluir do alcance da norma os processos por crime de responsabilidade. Isso porque, nos termos do Verbete n. 46 da Súmula Vinculante, estabelecer as normas de processamento e julgamento por crimes de responsabilidade é competência privativa da União. Alinhando-se, pois, à orientação até então dominante no Pretório, entendeu o Relator que a

¹⁰⁰ ADI 4362, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018.

¹⁰¹ Art. 60. Compete, privativamente, à Câmara Legislativa do Distrito Federal: (...) XXIII – autorizar, por dois terços dos seus membros, a instauração de processo contra o Governador, Vice-Governador e os Secretários de Governo.

¹⁰² Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado.

condição de procedibilidade reproduzida pela Lei Orgânica do Distrito Federal consubstanciava mero corolário do princípio federativo, bem como do princípio da simetria.

O Ministro Luís Roberto Barroso abriu a divergência, no que foi acompanhado pelos demais ministros. Assentando as premissas teóricas de seu voto, assinala que a autonomia dos Estados-membros se exerce dentro dos marcos definidos pela Constituição Federal. Essa vinculação à Carta da República, segundo o Ministro, impõe que os Estados da Federação observem as chamadas normas de reprodução obrigatória e não reproduzam as normas de reprodução proibida, podendo adotarem ou não as normas de reprodução facultativa.

No entender do Redator, o princípio republicano se desdobra em três vertentes, sendo uma delas a ideia de responsabilização dos agentes públicos. Nessa esteira de raciocínio, o Ministro defende que a regra inserta no art. 51, inciso I, da Constituição Federal, que condiciona a instauração de processo contra o Presidente da República à autorização da Câmara dos Deputados, trata de uma exceção ao princípio republicano, classificando-se, portanto, como norma de reprodução proibida.

Analizando a jurisprudência da Corte, o Ministro Barroso identificou seis fundamentos que determinaram o entendimento pela constitucionalidade das regras das Constituições estaduais que previam a competência das Assembleias Legislativas para autorizar o processamento de Governador. São eles: (i) a necessidade de respeito à autonomia federativa; (ii) o fato de que o recebimento da denúncia ou queixa-crime provoca automaticamente a suspensão funcional do Governador; (iii) a ideia de que a reprodução da regra prevista no art. 51, inciso I, da CF/88 seria imposta pelo princípio da simetria; (iv) a superveniência da Emenda Constitucional n. 35/2001, que suprimiu a necessidade de autorização legislativa para processamento de parlamentares federais, mas não incluiu os Governadores; (v) o fato de que a negativa de autorização da Assembleia não implicaria impunidade, haja vista a suspensão do prazo prescricional; e, por fim, (vi) a questão da governabilidade.

O Ministro, apesar de reconhecer a importância desses fundamentos, propôs uma revisita ao tema, porquanto, a seu modo de ver, “a revitalização do princípio republicano, o inconformismo social com a impunidade dos agentes públicos e as renovadas aspirações por moralidade na política provocaram uma mutação constitucional no tratamento da matéria”.

Consignou em seu voto-condutor que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado da norma, sem haver, no entanto, nenhuma modificação textual operada pelos meios formais de reforma da Constituição. Esse ponto é, de certo modo, incontroverso na doutrina referente ao instituto. As dificuldades surgem mesmo é quando se

perquire sobre as circunstâncias que podem provocar essa alteração de significado, bem como sobre seus limites. A esse respeito, o Ministro registra em seu voto que o

novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.

A primeira constatação que se pode extrair do excerto acima colacionado é que o Ministro Barroso trabalha com uma concepção extremamente alargada do seja uma mutação constitucional. Esse conceito desborda em demasia dos pressupostos teóricos que foram colocados no presente estudo. Vê-se que o Ministro chega a afirmar que pode haver uma mudança informal da Constituição com base numa “releitura do que ‘deve ser’ considerado ético ou justo”, e sua legitimidade estaria condicionada à correspondência com uma “demanda social efetiva da coletividade”.

Todavia, conforme já ressaltado, o Direito é ciência e, enquanto tal, se distingue fundamentalmente da Ética. Já se disse também que a norma positiva é o dogma de toda ciência jurídica. Se a norma posta é um dogma¹⁰³, uma verdade axiomática, sua legitimidade não está sujeita a qualquer tipo valoração parametrizada em critérios metapositivos¹⁰⁴. O que se admite é o exame de sua validade, que se afere em face de outros preceitos normativos e com esteio em critérios contidos na própria ordem jurídica. Em relação às normas constitucionais originárias, sequer cabe falar em juízo de validade, menos ainda em juízo de legitimidade. Nessa ordem de ideias, não está autorizado o julgador a negar vigência a norma constitucional sob a justificativa de que a norma não se coaduna com certos valores, que, saliente-se, são inespecíficos e de conteúdo insuscetível de apreensão objetiva.

É que a positivação do Direito possui um valor intrínseco, que independe da visão do juiz acerca do que seja ético ou justo. Esse valor se manifesta na sua capacidade de fornecer previsibilidade de comportamentos e de absorver as incertezas e inseguranças advindas da complexidade social. A partir do momento em que o juiz dá flexibilidade demasiada ao texto

¹⁰³ “Costuma-se classificar de dogmática a crença na verdade de uma proposição que não esteja aberta à corroboração intersubjetiva e ao debate crítico sobre se ocorrem ou não, em relação a ela, as exigências do conhecimento científico” (NINO, 2010, p. 379).

¹⁰⁴ “A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valoração, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito” (KELSEN, 2000, p. 77).

normativo, dele extraindo “possibilidades” semânticas com a finalidade de “adequar” a norma ao que seja considerado ético ou justo, essa específica função do Direito se perde em favor de uma busca estéril por um critério ontológico de justiça. Em síntese, não se pode perder de vista que o Direito positivo, conforme preconiza Luhmann, “vige não porque normas superiores permitem, mas porque sua seletividade preenche a função do estabelecimento de congruência”¹⁰⁵.

Além disso, não se pode coadunar com a ideia de que o exercício da jurisdição constitucional encontra sua legitimidade na soberania popular. Essa concepção parte do pressuposto de que não há correspondência entre os anseios populares e a ordem jurídica, cabendo aos juízes a tarefa de estabelecer o elo entre a “sociedade órfã”¹⁰⁶ e o Direito¹⁰⁷. Em passagem de sua tese de doutorado, o professor Jorge Galvão sintetiza bem a presunção dessa postura teórica. Veja-se:

De um lado, cidadãos alienados e impotentes; do outro, agentes públicos egoístas impondo suas preferências sobre a sociedade; e ao centro, juízes capazes de refletir com fidelidade a vontade do povo, filtrando o resultado do processo político. Eis a essência dessa forma de pensar a relação entre a Corte Constitucional e a sociedade¹⁰⁸.

De fato, esse pensamento encontra dificuldades insuperáveis.

Em primeiro lugar, em uma sociedade heterogênea, marcada pela pluralidade de valores, afigura-se uma verdadeira utopia a pretensão do magistrado em dar uma resposta jurisdicional em conformidade com “a” vontade do povo. Declarar a invalidade de um preceito legal com base em uma deformação da norma constitucional, e buscar respaldo na democracia para justificar esse ato decisório, revela-se, em verdade, um paradoxo. Isso porque é ao Poder Legislativo que cabe a representação popular, e a lei se manifesta como o veículo por excelência da vontade do povo. Ora, como se anula a vontade do povo com suporte na vontade do povo? É fácil responder a essa pergunta quando se percebe que o juiz, do alto de sua iluminação, assumiu a presunçosa função de corrigir as “falhas” de representatividade havidas entre a sociedade e os agentes políticos eleitos.

Em segundo lugar, é inimaginável conceber o Poder Judiciário como uma instância à qual se deva dirigir demandas revestidas de natureza outra que não a jurídica. O julgador não pode decidir com base em demandas sociais; pelo contrário, muitas vezes urge a necessidade de se adotar uma postura contramajoritária, quer dizer, contrária aos anseios e

¹⁰⁵ LUHMANN, 1983, p. 237.

¹⁰⁶ MAUS, 2000, p. 183.

¹⁰⁷ GALVÃO, 2012, p. 50.

¹⁰⁸ GALVÃO, 2012, p. 50.

sentimentos populares. Jorge Galvão rememora o célebre caso *Brown v. Board of Education* para demonstrar o caráter contramajoritário de que se reveste o exercício da jurisdição constitucional¹⁰⁹. Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que a segregação racial no âmbito das escolas públicas viola o direito à igualdade contido na 14.^a emenda da Constituição dos Estados Unidos. Essa decisão só se tornou possível porque a Corte adotou uma posição manifestamente contrária aos sentimentos de uma sociedade, à época, profundamente marcada pelo racismo.

Por essas razões, rejeita-se, desde logo, a ideia de que a mutação constitucional pode surgir a partir de uma “nova percepção do direito” ou de uma “releitura do que deve ser considerado ético ou justo”. Rejeita-se, outrossim, a ideia de que é a correspondência com os anseios populares que determina a legitimidade das mudanças difusas da Carta Fundamental. Não é possível determinar o que era ético ou justo, tampouco o que se tornou ético ou justo. É igualmente indeterminável essa espécie de vontade unívoca do povo; além do mais, essa suposta vontade singular pode apontar na direção contrária aos direitos e garantias individuais, hipótese na qual a Corte não só não terá respaldo na vontade do povo, como deverá decidir contra esta.

Extraír uma mutação constitucional do caso em análise encontra óbices irremovíveis. Constata-se, antes de tudo, que a definição do que seja normas de reprodução obrigatória, de reprodução proibida ou de reprodução facultativa é uma construção doutrinária e jurisprudencial, que não encontra suporte numa regra constitucional específica. Essa dificuldade se manifesta no voto-condutor. Não fica suficientemente claro qual dispositivo da Constituição Federal sofreu mutação. O art. 18, que trata da autonomia federativa? O art. 25, que dá aos Estados o poder de auto-organizarem mediante suas próprias constituições? O art. 1.º, que cuida do princípio republicano? Ou o próprio art. 51, inciso I, reproduzido pela Lei Orgânica do Distrito Federal? Vê-se, portanto, que faltou a indicação, de forma clara e objetiva, de qual dispositivo da Carta Maior sofrera uma mudança informal, do mesmo modo que faltou a definição precisa a respeito do novo alcance atribuído à norma Constitucional.

Outro problema que afeta o julgado *sub examine* diz respeito à ausência de identificação do substrato fático que teria sido supostamente alterado. O Ministro Redator do Acórdão restringe-se a fazer alusões genéricas e bastante superficiais acerca de uma conjectural “revitalização” do princípio republicano, de um inconformismo com a impunidade dos agentes públicos, bem como de uma “renovada” aspiração por moralidade na política. Essas

¹⁰⁹ GALVÃO, 2012, p. 51.

circunstâncias, tal como postas, não são aptas a justificar legitimamente uma modificação difusa da norma constitucional. Isso por duas razões: (i) não caracterizam, a rigor, um fenômeno insólito na história recente do País e (ii) não fazem parte do âmbito normativo de qualquer das possíveis normas que, no caso, se diz modificadas pela via informal.

O inconformismo do povo com a impunidade dos agentes públicos envolvidos em escândalos de corrupção e a consequente aspiração por moralidade na política são uma constante no sentimento popular. Não se trata, portanto, de um fato novo e excepcional que possa ser invocado como determinante de uma mutação constitucional. Isso fica evidente quando se tem em consideração que o Ministro Marco Aurélio já defende essa tese desde 2009, quando do julgamento do Agravo Regimental na Pet. nº 3.838. Na oportunidade, o Ministro consignou seu entendimento no sentido de que a necessidade de autorização prévia da Câmara dos Deputados para processamento do Presidente da República é norma que excepciona o princípio republicano, não podendo, assim, ser reproduzida pelas Constituições Estaduais. Em 2015, no julgamento da ADI 4.791/PR¹¹⁰, esse mesmo entendimento foi externado pelo Ministro, ocasião em que restou vencido isolado.

Esse caso merece especial atenção, uma vez que o Ministro Luís Roberto Barroso assinalou, expressamente, que essa condição de procedibilidade reproduzida pelas Constituições Estaduais tratava-se de mero inconveniente político, que não podia ser confundido com inconstitucionalidade. Na mesma ocasião, o Ministro afirmou, categoricamente, que a licença prévia da Assembleia Legislativa para processar e julgar Governador de Estado só podia ser extirpada da ordem jurídica mediante a observância do procedimento formal de alteração da Constituição.

Impende a transcrição, *ipsis litteris*, de trecho voto:

Eu acho que a submissão da instauração de ação penal contra o Governador do Estado, por crime a um juízo político da Assembleia Legislativa, é uma providência de péssimo alvitre. Não tenho nenhuma dúvida que considero inconveniente, porque é uma blindagem política do Governador em caso de cometimento de crime. Portanto, eu tenho um juízo político severo e negativo em relação a esta decisão e às Constituições Estaduais que preveem tal providência. A verdade, porém, é que o juízo de inconveniência política que eu possa ter - e até de inconveniência moral - não se confunde, como Vossa Excelência bem sabe, sendo professora do assunto, com um juízo de inconstitucionalidade. Portanto, eu acho que é uma norma ruim, politicamente criticável; acho que ela contraria os anseios da sociedade brasileira, mas não sou convencido de que ela seja incompatível com a Constituição; ou seja, que esta seja uma deliberação política interdita pela Constituição. [...] Portanto, Presidenta, naquela ocasião, diante da constatação da inconveniência política dessa exigência, fez-se uma emenda à Constituição motivada por mobilização da sociedade, em alguma medida, por mobilização popular. E acho que também aqui é assim que

¹¹⁰ ADI 4791, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 23-04-2015 PUBLIC 24-04-2015

deveria ser. Portanto, que não deveria o Supremo Tribunal Federal se arrogar no papel de sensor das decisões políticas tomadas pelo Poder Constituinte derivado estadual. De modo que, assentada a minha crítica política severa a essa previsão das Constituições Estaduais aqui referidas e de outras Constituições Estaduais, todavia, não entendo que o fato de considerar que é uma inconveniência política legitime que eu formule um juízo de inconstitucionalidade.

Essa manifestação prévia e bastante incisiva exigiria do Ministro um esforço redobrado na demonstração de qual alteração ocorrida no mundo dos fatos teria justificado uma mudança de entendimento em tão curto espaço de tempo¹¹¹. O Ministro, contudo, não logrou demonstrar tais alterações; ao revés, limitou-se a fazer alusões triviais ao inconformismo do povo com a impunidade dos agentes públicos e à aspiração por moralidade na política. Além disso, imperioso observar que o argumento central do Ministro – qual seja, o argumento no sentido de que a regra inserta no art. 51, inciso I, da Carta Maior consubstancia norma antirrepublicana, razão pela qual não poderia ser reproduzida pelas Constituições Estaduais – em nada inova em relação àquilo que o Ministro Marco Aurélio já havia assentado em 2009 e reiterado em 2015, o que evidencia a total ausência de conexão entre os “novíssimos” fatos invocados pelo Ministro Barroso e o novo entendimento encampado pela Suprema Corte.

De mais a mais, o conceito de mutação constitucional que aqui se adota é um conceito restritivo. E não poderia ser diferente. Admitir que o Supremo Tribunal Federal reconheça mutações constitucionais, sem que para isso sejam observados um método rigoroso e limites bem definidos, equivale a vulnerar o sentido normativo da Carta da República e, em última instância, usurpar competência que é inerente ao Congresso Nacional.

De acordo com a reconstrução conceitual desenvolvida no presente estudo, a mutação constitucional não resulta da atuação de forças externas à Constituição¹¹². Por isso, uma modificação semântica da norma constitucional não se dá em razão de toda e qualquer alteração operada no mundo do ser. Nesse viés, só haverá mutação legítima, caso os aludidos fatos modificados componham o âmbito normativo da norma constitucional. É que, como assinala Muller¹¹³, a norma constitucional estrutura-se a partir de dois elementos: o programa normativo e o âmbito normativo. Assim, como é lógico, uma modificação de qualquer desses elementos provocará uma modificação da norma como um todo. Com base nessa construção teórica, Konrad Hesse assevera que o câmbio fático só é determinante de uma mutação constitucional, na medida em que o fato cambiado esteja especificamente circunscrito e

¹¹¹ Uadi Lamêgo Bulos entende que o tempo é elementar à ocorrência de uma mutação constitucional. Segundo o autor: “as mudanças informais da Constituição se dão, normalmente, em períodos separados no tempo, sendo esta uma das marcas características do fenômeno” (BULOS, 1996, p. 30).

¹¹² HESSE, 1992, p. 99.

¹¹³ Apud HESSE, 1992, p. 100.

regulado pelo programa normativo¹¹⁴.

Nessa esteira, forçoso reconhecer que esse aludido sentimento de indignação popular com a criminalização da política não se relaciona em nada com a ideia de autonomia federativa, tampouco com o princípio da simetria. Esse fato dito modificado não pertence, portanto, ao âmbito normativo, significa dizer, não está regulado pelo programa normativo da norma constitucional. Dessa maneira, ao permitir que circunstâncias externas, isto é, que não pertencem à estrutura da norma, tenham provocado uma alteração informal da Carta Magna, o que a Suprema Corte acabou por fazer foi dar primazia a uma suposta força da realidade fática em detrimento da pretensão normativa da Constituição Federal.

Ao se invocar uma mutação constitucional como *ratio decidendi*, é fundamental que, no desenvolvimento argumentativo, haja, nos dizeres de Clève e Lorenzetto, o acoplamento entre o discurso fático e o discurso normativo¹¹⁵; só então poder-se-á dizer que o julgador cumpriu o seu mister constitucional de apresentar devida fundamentação ao decisório. No julgado em análise, conforme demonstrado, inexistiu esse acoplamento, quer pela ausência de identificação precisa do substrato fático alterado, quer pela ausência de apontamento exato de qual norma teria sofrido mutação.

O princípio republicano, conjugado com os princípios federativo e democrático, caracteriza o chamado núcleo essencial da Constituição¹¹⁶. Contemporaneamente, costuma-se conceituá-lo como “o regime político em que os exercentes das funções políticas (executiva e legislativa) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente”¹¹⁷. Vê-se, assim, que, de fato, a responsabilização dos dirigentes políticos é elementar a uma república. Dessa forma, a controvérsia vertente cingia-se, em síntese, a saber se as normas das Constituições Estaduais que condicionam a *persecutio criminis* contra Governador conduz ou não à impunidade e à irresponsabilidade, de modo a serem ou não antirrepublicanas.

A Suprema Corte sempre rebateu o argumento da impunidade com suporte na suspensão do prazo prescricional. Quer dizer, o curso da prescrição da pretensão punitiva fica suspenso durante o interstício compreendido entre a data do despacho da autoridade judicial competente, solicitando a licença da Casa Legislativa, e o término do mandato eletivo¹¹⁸.

¹¹⁴ HESSE, 1992, p. 100-101.

¹¹⁵ CLÈVE E LORENZETTO, 2015, p. 140.

¹¹⁶ LEWANDOWSKI, 2005, p. 189.

¹¹⁷ RUI BARBOSA, Apud LEWANDOWSKI, 2005, p. 193.

¹¹⁸ Inq 457, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/02/1993, DJ de 06/08/1993.

Portanto, não haveria impunidade ou irresponsabilidade, mas tão somente uma postergação da ação penal, justificada na necessidade de assegurar a Governabilidade.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao propor a revisão do entendimento jurisprudencial até então firme, buscou afastar esse fundamento, aduzindo, pura e simplesmente, que durante esse lapso pode haver perecimento de provas.

A propósito, cita-se excerto do voto-condutor:

O quinto argumento baseia-se na ideia de a instituição da autorização prévia da Assembleia Legislativa não trazer o risco de propiciar, quando negada, a impunidade dos Governadores, já que a denegação implica apenas a suspensão do prazo prescricional. Ocorre, todavia, que a denegação enseja também o impedimento da instrução processual, inviabilizando investigações criminais e favorecendo o perecimento de provas. Além disso, a instauração de processos criminais contra governadores sem a licença prévia não significa, obviamente, sua condenação. Esta é eventual. O que se garante é o não comprometimento da instrução criminal necessária para a responsabilização dos governantes.

Ora, ainda que esse argumento prevaleça – o que não é o caso –, foi necessário ter havido uma mutação constitucional, ou melhor, uma mudança substancial no mundo dos fatos para que a Excelsa Corte se desse conta de que o transcurso do tempo pode favorecer o perecimento de provas? Essa já não era, à época dos julgados precedentes, uma conjectura à disposição dos Ministros? Essa hipótese já havia, sim, sido levada em consideração pelo Sodalício, tanto que o Ministro Teori Zavascki, quando do julgamento da ADI 4.791/PR, fez questão de refutá-la¹¹⁹, em voto detido e bem fundamentado, o qual, não custa lembrar, foi acompanhado integralmente pelo Ministro Barroso.

Diante disso, verifica-se que, por todos os ângulos e dimensões que se possa observar, não é possível extrair uma mutação constitucional legítima desse caso. O que se nota é que a Corte sucumbiu diante de seu juízo de conveniência política, imiscuindo-se, indevidamente, no âmbito de competência que não lhe é próprio. Ao que tudo indica, a mutação constitucional, *in casu*, foi utilizada como mero instrumento retórico-argumentativo, a fim de justificar uma mudança de entendimento há muito consolidado na jurisprudência do Pretório Excelso, que inclusive havia sido reafirmado dois anos antes.

Ou seja, como justificar uma decisão de inconstitucionalidade acerca de um modelo de norma que foi categoricamente declarado, há pouco tempo atrás, perfeitamente válido perante a ordem jurídico-constitucional? É aqui que surge a noção de “constituição viva”,

¹¹⁹ Nesse julgado, o Ministro Teori Zavascki, apoiado na jurisprudência há muito consolidada, assinalou que essa condição de admissibilidade não obsta a instauração do inquérito policial, nem os atos constritivos que, porventura, sejam necessários a resguardar a efetividade do procedimento investigativo, inclusive as próprias prisões cautelares. Por isso, não prospera o argumento de que a colheita do material cognitivo fica comprometida.

de “forças sociais transformadoras”, de “autêntico poder constituinte difuso”, de “mutação constitucional” etc. Eis algumas categorias comumente utilizadas para fundamentar decisões que se descolam do texto normativo e da jurisprudência dominante, a exemplo do caso ora examinado.

3.3 Licença à adotante vs. licença à gestante (RE 778.889/PE)¹²⁰

A controvérsia posta nesse caso cingia-se, em síntese, a saber se a legislação infraconstitucional podia estabelecer prazo de licença-gestante superior ao prazo de licença-adotante. Também se colocava como ponto controverso a possibilidade de a lei fixar prazos diferenciados de licença-adotante em função da idade da criança adotada. A recorrente, servidora pública da justiça federal, questionava o teor do art. 210, parágrafo único, da Lei n. 8.112/1990¹²¹, bem como do Decreto n. 6.690/2008 e da Resolução n. 30/2008 do CJP, que, regulamentando a Lei n. 11.770/2008, estipulavam prazos de prorrogação da licença-gestante também superior ao da licença-adotante.

A recorrente havia impetrado mandado de segurança em primeiro grau de jurisdição, pleiteando o direito ao gozo de licença-adotante pelo prazo de 120 dias mais a prorrogação pelo prazo de 60 dias, totalizando o prazo de 180 dias de licença, tal como assegurado à gestante. A ordem, contudo, foi denegada, o que motivou a interposição de recurso de apelação, que também restou desprovido.

No recurso extraordinário, alegou que a decisão do Tribunal *a quo* teria violado o art. 7.º, inciso XVIII, c/c art. 39, § 3.º¹²², e ao art. 227, § 6.º¹²³, todos da Constituição Federal. A recorrente sustentava, em síntese, que o prazo da licença-maternidade e da sua

¹²⁰ RE 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016

¹²¹ Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

¹²² Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

¹²³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

prorrogação conferido às mães gestantes não poderia ser superior ao das mães adotantes, sob pena de afronta ao postulado da isonomia entre os filhos adotivos e os naturais.

Nesse caso, diferentemente do caso analisado anteriormente, houve indicação precisa de qual norma constitucional teria sofrido uma mutação; trata-se do art. 7.º, inciso XVIII, da Carta da República. Além disso, ficou suficientemente definido o novo significado que se deu ao preceito normativo.

Por oportuno, transcreve-se o teor da norma:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Nesse julgado, também houve uma maior preocupação por parte do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, em demonstrar as transformações ocorridas no mundo dos fatos. A questão que se coloca, agora, é saber se essas aludidas modificações fáticas são suscetíveis de provocar uma mudança informal da norma constitucional. É o que se passa a analisar.

A evolução, à qual se refere o Ministro, compreende a relação entre os direitos da criança, os direitos da mulher e o papel da adoção. Segundo ele, “ao longo do tempo houve significativa mudança na realidade e na compreensão dos valores envolvidos nessa complexa relação”, motivo pelo qual seria “boa hora” para o Tribunal “revisitar o assunto”.

Saliente-se, inicialmente, que a evolução ocorrida até a Constituição de 1988, abordada no voto-condutor, ainda que tenha alguma relevância do ponto de vista histórico-sociológico, não se mostra relevante para fins de mutação constitucional. Isso porque os valores e princípios considerados essenciais, à época da promulgação da Carta de 1988, foram devidamente constitucionalizados. Ademais, a norma que se impugnou pela via incidental foi estatuída já sob a égide da nova Constituição, presumindo-se, portanto, que as novas diretrizes da Carta Maior foram observadas e respeitadas pelo diploma normativo. Assim, o que, de fato, importa são as transformações ocorridas desde então. Quer dizer, o que se busca é definir quais fatos, que não estavam à disposição do Constituinte, foram capazes de provocar uma mutação constitucional e, por consequência, a inconstitucionalidade da regra guerreada.

A fim de demonstrar a ocorrência de um avanço quanto à proteção conferida à criança adotada, o Relator palmilha o caminho trilhado pela legislação concernente à licença-adotante no âmbito trabalhista. De início, chama atenção para o teor da Lei n. 10.421/2002, que, alterando a CLT, passou a assegurar à empregada o direito à licença-adotante, e em maior grau do aquele assegurado à servidora submetida ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais. Essa

Lei ainda contemplou o mesmo direito ao empregado-adotante, bem como previu a possibilidade de o cônjuge ou companheiro usufruir o prazo remanescente do benefício, na hipótese de falecimento da mãe adotiva.

Ainda ressalta a aprovação da Lei n. 11.770/2008, que criou o “Programa Empresa Cidadã”. Referido programa possibilita que as empresas a ele vinculadas prorroguem o prazo de licença-maternidade¹²⁴ de suas empregadas por 60 dias. Essa Lei também autoriza a administração pública a atribuir o mesmo beneplácito a suas servidoras.

Por fim, o Ministro trata da Lei Nacional de Adoção (Lei n. 12.010/2009), que equiparou, no âmbito celetista, o prazo de licença-adotante ao prazo de licença-gestante. Havendo que se mencionar, ainda, a Lei n. 12.863/2013, que, nos casos de morte da genitora, assegurou ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe¹²⁵.

Diante disso, sustenta o Ministro que houve significativa evolução no âmbito da legislação trabalhista, enquanto o Estatuto dos Servidores Federais (Lei n. 8.112/90) permaneceu indiferente às transformações sociais, tornando-se uma lei anacrônica e restritiva do direito à licença-adotante, se comparada à CLT.

Com isso, o Relator assinala que a “função essencial da licença-maternidade passava a ser a proteção do interesse do menor que, tanto no caso da filiação natural, quanto da adotiva, precisa adaptar-se à família e estabelecer laços de afeto que são fundamentais para o seu desenvolvimento saudável”. Prossegue o Ministro:

Justamente por isso, a referida lei previu que o direito ao período remanescente de licença, em caso de falecimento da mãe, passa ao pai. E, inexistente a mãe-adotiva, o pai-adotivo fruirá do direito à licença maternidade. Em nenhum dos casos, o pai terá passado por uma gestação ou por um parto. Não teve necessidade de se recuperar de qualquer evento físico. O que se busca, ao transferir o direito à fruição da licença ao pai nestes casos, é atender às necessidades emocionais da criança. Há, portanto, uma evolução da compreensão do instituto da licença com a Lei 10.421/2002, tanto no que respeita a seus fins, quanto no que respeita a seu prazo.

Além disso, baseado em alguns artigos científicos escritos no campo da psicologia, o Ministro ainda assinala, em síntese, que, não raro, as crianças adotadas possuem em seu histórico diversos problemas, como abuso psíquico, físico ou sexual, perdas e separações. Trata-se de situações adversas que tornariam mais difícil a integração da criança ao núcleo familiar, de modo que a superação dessa dificuldade exigiria “a presença, a

¹²⁴ O Ministro trata da licença-maternidade como gênero do qual são espécies a licença-adotante e a licença-gestante.

¹²⁵ Importante esclarecer que o Relator tratou desse benefício como se ele tivesse sido reconhecido pela Lei n. 10.421/2002, em nítido erro material. Então, não houve menção expressa a essa Lei.

disponibilidade e a afetividade dos pais adotivos, que precisam apresentar um intenso comprometimento com o menor (“agressive attachment behavior”) no início de seu convívio”.

O que o Ministro pretendeu, com todo esse esforço argumentativo, foi deslocar o eixo da controvérsia, tratando da licença-maternidade como um direito que não é assegurado à mãe, mas ao filho, seja ele adotivo ou biológico. Essa pretensão fica evidente quando se constata o modo como o Ministro passa a construir certos enunciados que integram seu voto, a título exemplificativo:

Assim, observado tal parâmetro, há um único entendimento compatível com a história que vem sendo escrita sobre os direitos da criança e do adolescente no Brasil: aquele que beneficia o menor, ao menos, com uma licença maternidade com prazo idêntico ao da licença a que faz jus o filho biológico.

Nessa esteira, todas essas transformações sociais suscitadas pelo Relator teriam provocado uma modificação teleológica do art. 7.º, inciso XVIII, da Constituição Federal. De acordo com esse entendimento, a licença-gestante agora não tem mais a finalidade de assegurar a ótima recuperação da mãe que acaba de passar por profundas alterações físicas e biológicas; mas sim promover a integração da criança ao núcleo familiar e estabelecer laços de afeto, o que seria fundamental ao seu pleno desenvolvimento. Em suma, o direito à licença-maternidade passa a ser um direito voltado à tutela do melhor interesse da criança.

Dessa forma, conclui o Ministro que o art. 7.º, inciso XVIII, da Carta da República, onde prevê a expressão licença-gestante, na verdade, quis dizer licença-maternidade, isto é, o gênero do qual licença-gestante e licença-adotante são espécies.

A propósito, cita-se excertos do voto:

Mesmo que o STF tenha se manifestado em sentido diverso, no passado, e mesmo que não tenha havido alteração do texto do art. 7º, XVIII, o significado que lhe é atribuído se alterou. Trata-se de caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito.

[...]

Assim, só se pode concluir que o texto do art. 7º, XVIII, da Constituição (c/c art. 227, §6º, CF), ao se valer da expressão “licença gestante”, produziu, inadvertidamente, um comando cujo teor literal foi subinclusivo. O exame dos demais dispositivos constitucionais já invocados confirma o entendimento – sistemático – de que o referido dispositivo, em verdade, assegurou a “licença maternidade” de 120 dias (tanto em caso de mãe gestante, quanto em caso de mãe adotante), sem diferenciar entre filhos biológicos e filhos adotivos, quaisquer que sejam as idades destes últimos. Por essa razão, são inválidas as normas infraconstitucionais que disponham em sentido contrário.

Destarte, conforme essa nova orientação, a legislação infraconstitucional que prevê prazo de licença-adotante inferior ao prazo de licença-gestante passa a ser

inconstitucional. Isso porque, no entender do Relator, a evolução na realidade social provocou uma mutação constitucional quanto à finalidade da norma, que agora visa tutelar apenas um direito da criança, e não a boa recuperação da gestante. Assim, sendo um direito do filho, não é legítimo, a teor do art. 227, § 6.º, da CF, haver qualquer tipo de discriminação entre os filhos biológicos e os filhos adotivos.

Não se pretende negar a insofismável evolução histórico-social no que tange à compreensão acerca da família, sobretudo na era pós-88. De fato, a família deixa de ser vista como um fim em si mesmo, e passa a ser vista como o *locus* de realização e desenvolvimento da pessoa humana¹²⁶. Doravante, a família deixa de ter valor para o direito enquanto instituição social, e passa a encontrar seu valor na medida em que se apresenta como “veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros”¹²⁷.

Isso, contudo, não autoriza o Supremo Tribunal Federal a negar outras dimensões funcionais que, porventura, a norma constitucional venha a ter. Em que pese esteja intimamente relacionado ao direito de família, o direito à licença-gestante tem natureza eminentemente previdenciária, tanto que se localiza topograficamente no capítulo II do Título II da Constituição Federal, ou seja, no local em que se destina a tratar dos direitos sociais. Com isso, não é legítimo ao STF afirmar que essa evolução histórica na compreensão acerca do novo papel desempenhado pela família na formação e desenvolvimento do indivíduo tenha suprimido uma das evidentes finalidades da norma, qual seja, tutelar a saúde da mãe que acaba de passar por profundas alterações físicas e biológicas decorrentes da gestação e do parto, havendo, ainda, a questão da amamentação da criança.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, há três critérios que permitem identificar eventuais violações ao princípio da isonomia, esses critérios dizem respeito: (i) ao elemento tomado como fator de desigualação; (ii) à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e, por fim, (iii) à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados¹²⁸.

No caso, o fator de discrimine é a saúde da mãe biológica. Como a mãe biológica passou por um processo debilitador, pelo qual não passou a mãe adotiva, justifica-se conferir àquela um prazo de licença-maternidade superior, na medida em que ela necessita de tempo para se recuperar. Há, portanto, perfeita correlação lógica entre o fator de *discrímen* e o

¹²⁶ LÔBO, 2002, p. 8

¹²⁷ CUNHA PEREIRA, 2004, p. 130.

¹²⁸ BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 12.

tratamento jurídico diferenciado. Finalmente, não há como dizer que essa distinção viola algum outro interesse ou princípio constitucional igualmente relevante. A esse respeito, cabe trazer à baila a percepção de Ari Sunfeld:

é perfeitamente ajustada ao princípio da igualdade a concessão de licença a servidores, quando do nascimento de seus filhos, com prazos distintos para homens (5 dias) e mulheres (120 dias); o benefício em favor da mulher se justifica por ser ela quem dá à luz e amamenta¹²⁹.

Essa colocação do eminente publicista traz à luz uma questão, no mínimo, complexa. Se a regra inserta no art. 7.º, XVIII, da Constituição Federal não mais tem a ver com a recuperação da mãe biológica, mas sim com o direito do menor a ser integrado ao núcleo familiar, não subsiste mais justificativa para que o prazo de licença-gestante seja distinto do prazo de licença-paternidade. Não seria, portanto, razoável excluir o pai desse processo de integração e de criação de laços de afetividade com a criança. Outrossim, por entender que a expressão “gestante” era subinclusiva, o Relator, sentindo-se no direito de trocar palavras da Constituição, substituiu o termo por “maternidade”. Ocorre que, à época do voto, já havia, há muito, a possibilidade legal de o homem ser adotante, ou seja, a expressão “maternidade” continuou sendo subinclusiva. Destarte, seria imperioso reconhecer a necessidade de retificar a retificação que o Ministro fez na Carta da República: onde a Constituição diz licença-gestante, leia-se: (não licença-maternidade) licença-parental.

Essas dificuldades decorrem das falsas premissas nas quais se assenta o voto-condutor. A primeira delas diz com ideia de que a integração da criança ao seio familiar seja incompatível com o exercício das atividades profissionais desempenhadas pela mãe. A segunda delas refere-se à suposição de que essa integração da criança e a construção de um elo de afetividade estejam resolvidas dentro do prazo de 180 dias. Estabelecer laços de afetividade com a criança, integrá-la ao seio familiar e promover seu desenvolvimento ético, cívico e moral, são tarefas que se concretizam mediante um processo longo, contínuo e ininterrupto, que, a toda evidência, não se conclui dentro de 180 dias.

Portanto, é notório que a licença-maternidade não pode ter tido toda essa pretensão. Arrisca-se a dizer, inclusive, que a pretensão dessa licença é muito mais singela do que supôs a Corte. Sabe-se que a chegada de uma criança provoca alterações significativas na vida e na rotina da mãe. Destarte, é razoável que seja conferido um tempo para que ela possa se organizar e se adaptar à nova rotina e aos novos desafios. Isso, contudo, sem negar a dimensão específica relacionada à saúde da mãe biológica, que justifica sua disposição de um

¹²⁹ SUNDFELD, 2013, p. 169.

tempo maior, pois necessita recuperar-se dos eventos gestação e parto, além da necessidade de amamentar o rebento.

Em síntese, em uma sociedade moderna, as atividades profissionais desempenhadas pela mãe não podem – ao menos não abstratamente – serem consideradas incompatíveis com a nova dimensão funcional da família. O labor não significa que a mãe esteja impedida de estabelecer uma relação sólida de afetividade com seu filho, nem de exercer seu papel fundamental no desenvolvimento intelectual e moral da criança. O simples fato de a mãe não poder se dedicar integralmente ao filho não impede a integração da criança ao seio familiar; também não impede que ela possa amar e se sentir amada.

O fato de o legislador trabalhista ter avançado a ponto de igualar o prazo da licença-adoptante ao prazo da licença-gestante trata-se de uma opção política legítima, do mesmo modo que o é a opção do legislador estatutário em manter os prazos diversos, uma vez que há fator discrimine; são situações fáticas distintas que justificam o tratamento jurídico diferenciado. Isso não autoriza o Supremo Tribunal Federal a “emendar” a Constituição da República para, em seguida, declarar a invalidade de norma que está na mais perfeita consonância com os ditames constitucionais.

Ante o exposto, impõe reconhecer que, não obstante a evolução real e sensível na compreensão acerca do novo significado da família, esses fatos não tiveram o condão de modificar o sentido da norma. A regra tem um alcance preciso, ou seja, gestante tem a ver com o fato jurídico gestação; além disso, não se pode dizer que o *telos* específico da norma – assegurar a boa recuperação da mãe que acaba de gerar e dar à luz – tenha se perdido com essas transformações sociais suscitadas pelo Ministro Relator. Em suma, esses fatos alterados não são aptos a dar causa a uma mutação constitucional.

Ademais, conforme dito, o texto da norma é o limite último de uma pretensa mutação constitucional. Ainda que tais alterações fáticas fossem potencialmente capazes de provocar uma mudança informal da norma, essa mutação, tal como proposta pelo Ministro Barroso, encontraria obstáculo intransponível no texto normativo. Isso porque, sendo a norma o dogma e o ponto de partida de todo método hermenêutico, não é dado ao intérprete e aplicador do direito simplesmente ignorar o texto e propor os termos que melhor se adéquam ao que se considera justo ou politicamente conveniente. A expressão “gestante” não se trata de um conceito jurídico indeterminado; pelo contrário, é um termo específico que possui alta densidade semântica. Todavia, por considerá-lo “subinclusivo”, o Ministro Relator entendeu por promover uma verdadeira emenda à Constituição, substituindo-o por “maternidade”. É evidente que uma interpretação desse jaez não pode ostentar legitimidade e validade científica.

Dessarte, a alegada mutação constitucional não se mostra legítima e a teoria foi utilizada de forma inadequada. A uma, porque os fatos modificados não tiveram o condão de promover a alteração do sentido, significado ou alcance da norma constitucional. A duas, porque os limites preestabelecidos no texto normativo não foram observados; significa dizer, a decisão afigura-se completamente desvinculada do enunciado normativo. Tudo isso indica que a teoria da mutação constitucional foi mais uma vez utilizada como instrumento retórico-argumentativo, a fim de justificar a postura decisionista da Corte, que, distorcendo o texto constitucional, fez-se a vez de legislador positivo, estendendo direito previsto na legislação trabalhista a servidor estatutário. “Supremo, de guarda da Constituição a dono da Constituição”. Foi com essas palavras que o Ministro Marco Aurélio, divergindo (com razão), encerrou sua manifestação nesse julgado.

3.4 Execução provisória da pena (HC 126.292/SP)¹³⁰

Nesse *habeas corpus*, a impetrante questionava decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, após desprover o recurso de apelação, determinou a imediata execução da pena imposta ao paciente, condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal (roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes).

A discussão posta no julgado em análise dizia respeito à possibilidade de se determinar o início da execução da pena privativa de liberdade, quando ainda pendente de julgamento recurso de natureza extraordinária – recurso especial ou recurso extraordinário *stricto sensu* –, notadamente em face do art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, que assegura ao acusado o direito de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Cumprе esclarecer que será analisado o voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, quem invocou, expressamente, a teoria da mutação constitucional como fundamento de sua decisão. É que a lavratura do acórdão ficou a cargo do Ministro Relator, Teori Zavascki, que não utilizou a teoria para fundamentar seu voto.

A compreensão que se firmou sob a égide da Carta de 1988 foi no sentido da compatibilidade da execução provisória da pena com o princípio da presunção de inocência.

¹³⁰ HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

Esse entendimento prevaleceu na jurisprudência da Corte Suprema até 2009, quando o Ministro Eros Grau, no julgamento do HC 84.078/MG, propôs a revisão da matéria, no que foi acompanhado pela maioria de seus pares. Desde então, as prisões admissíveis antes do trânsito em julgado são apenas as de natureza cautelar.

Sustenta o Ministro que, àquela época, teria ocorrido uma mutação constitucional, e agora, no início de 2016, teria ocorrida outra. A causa dessa nova mutação seria, segundo aduz, a própria decisão de 2009, que teria causado um impacto traumático na realidade¹³¹.

Nesse julgado, o Ministro Roberto Barroso define a mutação constitucional como um “mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto”. Assevera que a mutação tem a ver com a plasticidade das normas constitucionais. Essa transformação, de acordo com seu ponto de vista, decorre “de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo”¹³².

Convém ressaltar, contudo, que a mutação constitucional se consuma mediante um processo, muitas vezes lento e imperceptível, de transformação da realidade fática. Todavia, ainda que o processo de transformação seja, em si, invisível, a verdade é que quando se contrasta a nova realidade social com a realidade social pretérita, as modificações fáticas sobressaltam; tornam-se sensíveis e perceptíveis. Dessa forma, o reconhecimento e a sedimentação de uma mutação constitucional dependem, fundamentalmente, de um certo consenso na comunidade jurídica e da aceitação tácita das instituições políticas.

A esse respeito, interessante percepção de Blanco de Moraes:

Em segundo lugar, um fator decisivo para a consolidação das mutações consiste na sua aceitação tácita pelas instituições políticas e jurisdicionais, de cuja vontade ou atuação prática promanam e de cuja subsistência, as mesmas também dependem. Na medida em que contrariem normas constitucionais explícitas ou envolvam aditamentos inovadores criados fora do processo de emenda formal, muitas mutações nascem num *status* de virtual inconstitucionalidade. Contudo a sua afirmação como nova norma constitucional e a dissipação desse *status* anti-jurídico depende da imposição factual dos seus critérios de decisão junto das instituições, podendo considerar-se que a mutação obterá êxito quando as instituições políticas a interiorizam sem reagir, quando a comunidade jurídica e a opinião pública se lhe não opõe e quando a justiça constitucional não a censura. É, a força do político que faz vingar as mutações, frequentemente através da inércia institucional e comunitária¹³³.

¹³¹ Confira-se excerto do voto: “Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”.

¹³² “. Sobre essa última perspectiva, já se teceu algumas considerações às páginas 24-26, para as quais remete-se o leitor a fim de se evitar repetições despidiendas.

¹³³ BLANCO DE MORAIS, 2013, p. 64.

Por essas razões, a mutação constitucional não pode ser fruto da cabeça de um único intérprete. Ela é visível; é real; está no mundo. Não se propõe uma mutação constitucional¹³⁴; reconhece-se. Mutação constitucional é fenômeno e, enquanto tal, define-se seu núcleo conceitual como acontecimento, não como instrumento ou “mecanismo informal” que “permite” a alteração do sentido da norma constitucional como pretende fazer crer o Ministro Barroso. Portanto, em casos desse jaez, em que se instala profundo dissenso no âmbito jurídico, torna-se difícil sustentar a ocorrência de uma mutação constitucional. Esse dissenso se manifesta, inclusive, na própria Corte, cuja votação expressou um placar apertado de 7 votos a favor da execução provisória da pena e 4 votos contra. Aliás, cumpre registrar que o voto-condutor sequer menciona a teoria da mutação constitucional como fundamento do *decisum*.

Impende, agora, apresentar os fatos da realidade social que, segundo o Ministro, teriam sido a causa da aludida mutação constitucional. Conforme sustenta, esses fatos correspondem a três consequências negativas que decorreram da decisão assentada no HC 84.078/MG, ocasião em que a Corte, consoante já ressaltado, firmou entendimento no sentido da impossibilidade de execução da pena antes de ocorrida a preclusão maior.

A primeira dessas consequências refere-se ao que chamou de poderoso incentivo à infundável interposição de recursos meramente protelatórios. Assinala que essas impugnações movimentam a máquina judiciária, com dispêndio de tempo e recursos escassos, mas que não trazem um real proveito à efetivação da justiça, já que o número de recursos providos é irrisório. A segunda consequência diz respeito ao reforço de seletividade do sistema penal. Alude que quem se beneficia com essa ampla possibilidade de recorrer em liberdade são os acusados abastados, que podem pagar bons advogados para defendê-los em sucessivos recursos, razão pela qual seria “mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária”. Finalmente, a terceira consequência diz com o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. Alega que a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado tem conduzido massivamente à ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a data do delito e o efetivo cumprimento da pena.

Após apresentar essas três circunstâncias, o Ministro conclui:

A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa

¹³⁴ Propor uma mutação constitucional equivaleria a uma desvelada usurpação de competência do Congresso Nacional; seria uma espécie de subtração de parcela do poder constituinte derivado.

de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional. Trata-se, assim, de típico caso de **mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito (grifos originais).

Não é difícil notar que nenhum dos fatores invocados pelo Ministro constitui, a rigor, uma alteração na compreensão da realidade social. Esses fatores são, a bem da verdade, meros argumentos revestidos de caráter puramente pragmático e consequencialista. Inclusive uma das facetas do pragmatismo jurídico é justamente esta: a disposição a “corrigir afirmações e teorias em razão de experiências práticas”¹³⁵. É isso que o Ministro busca propondo a superação de um precedente que, no seu modo de ver, provocou efeitos traumáticos na realidade social.

Vê-se, ainda, que, ao trazer a lume essas “consequências negativas”, ele pretende mesmo é demonstrar que o que chama de “leitura conservadora e extremada” do princípio da presunção de inocência – firmada no HC 84.078/MG – conflita com outros valores constitucionais, como a efetividade da lei penal em prol do direito à vida, à dignidade humana, à integridade física e moral, à segurança e à propriedade que também devem ser salvaguardados, o que justificaria a necessidade de uma ponderação desses valores.

Portanto, ao propor uma nova leitura do inciso LVII do art. 5.º da Constituição Federal, o Ministro procede a uma ponderação dos valores que, no seu entender, mostram-se em estado de tensionamento. Ocorre, entretanto, que a técnica da ponderação e também os demais argumentos jurídicos por ele utilizados padecem com algumas inconsistências, que acabam por tornar difícil justificar a sua proposta de nova leitura do preceito normativo, significa dizer, os seus argumentos jurídicos, incluindo a ponderação, não são capazes de extrair da proposição normativa o novo sentido que ele busca dar à norma. Intentar desvelar essas inconsistências que permeiam o voto do Ministro Barroso é o que, doravante, passa-se a fazer.

Em primeiro lugar, não é porque, em doutrina e jurisprudência, convencionou-se chamar “princípio” da presunção de inocência que a norma estatuída no art. 5.º, inciso LVII, da Carta Fundamental efetivamente consubstancia essa categoria normativa. Essa norma assemelha-se muito mais a uma regra do que propriamente a um princípio¹³⁶. Segundo Ávila, os elementos caracterizadores das regras correspondem à sua natureza

¹³⁵ DIMOULIS, 2018, p. 93.

¹³⁶ Curioso notar que essa tese já foi adotada pelo Ministro Luiz Fux quando do julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4.578, em que se discutia a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa.

descritiva e à exigência de avaliação de correspondência entre a construção factual e a descrição normativa¹³⁷. Esses elementos se manifestam na norma em análise, que trata, especificamente, de uma regra comportamental de modal deôntico proibitivo, nitidamente dirigida ao poder público. A descrição normativa encerra uma determinação clara e objetiva no sentido de que, antes de passada em julgado a sentença penal condenatória, o poder público está expressamente proibido de praticar qualquer ato que possa implicar a atribuição de culpa ao acusado.

Poder-se-ia argumentar, com o Ministro Gilmar Mendes, que a Constituição passou ao largo de definir o que se considera “culpado”, o que revelaria a textura aberta dessa norma constitucional, havendo, aí, espaço para conformação legislativa. Contudo, ainda que haja esse espaço, o legislador não poderia, em hipótese alguma, prevê a possibilidade de execução provisória da pena. Isso porque, durante a *persecutio criminis*, não há ato processual mais atribuidor de culpa ao indivíduo do que a determinação do cumprimento da reprimenda. Ora, determinar o início da execução da pena significa, evidentemente, tratar o réu como culpado, já que o único fundamento desse ato é a própria culpa do indivíduo. Uma lei dessa magnitude comprometeria o núcleo essencial do direito fundamental à presunção de inocência. Não à toa, o Ministro César Peluso, autor intelectual da PEC n. 15 de 2011, que tramita no Senado Federal¹³⁸, propunha, não uma delimitação do sentido ou significado de “culpado” – talvez em razão da dificuldade de se trabalhar uma emenda a fim de restringir cláusula pétrea –, mas sim uma antecipação do trânsito em julgado. Buscava o Ministro retirar a natureza recursal dos extraordinários e dar-lhes natureza de ação rescisória, que, no âmbito processual-penal, seria uma espécie de revisão criminal.

Em suma, verifica-se que há perfeita correspondência entre a construção factual (o Tribunal de Justiça tratou o acusado como culpado, determinando-lhe o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado) e a descrição normativa (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória). Portanto, a aplicação dessa norma se dá à maneira do *all-or-nothing*¹³⁹, ou seja, trata-se de mera subsunção que não demanda esforços argumentativos estéreis e exuberantes. Assim, não há que se falar em aplicação mais ou menos intensa da norma, tampouco em ponderação de princípios.

Não bastasse isso, impende destacar que a tensão proposta pelo Ministro é

¹³⁷ ÁVILA, 2011, p. 81.

¹³⁸ Diz a ementa da Proposta: Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias.

¹³⁹ As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p 39).

extremamente artificial e não leva em consideração as peculiaridades do caso concreto. Percebe-se que, malgrado se trate de uma ação eminentemente concreta (*habeas corpus*), ele promove uma verdadeira espécie de ponderação em abstrato. Ocorre que “ponderação em abstrato” pode ser, no máximo, um eufemismo para revogação ou, ao menos, derrogação definitiva do direito fundamental preterido no “caso concreto”. Isso não se coaduna com a lei da colisão proposta por Alexy. Para o autor:

Se dois princípios colidem [...] um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência¹⁴⁰.

Extraí-se do voto que, nessa colidência abstrata e forjada, a efetividade do sistema penal em prol de direitos fundamentais como vida, integridade, dignidade humana, propriedade, etc., ganhou precedência absoluta em face do direito fundamental à presunção de inocência, ou seja, independentemente de quaisquer condições fáticas ou jurídicas. Isso não é ponderação, é revogação. Verdade seja dita, o que o Ministro Barroso propõe é a “derrogação de uma regra constitucional expressa por um molhe de princípios livremente interpretados”. Ele deu a “princípios jurídicos plásticos uma prevalência sobre uma regra constitucional inequivocamente portadora de um mandado de definição, solução que nem a Constituição, nem os critérios dogmáticos de relações entre normas autorizam”¹⁴¹.

A inefetividade do sistema penal é uma questão eminentemente política. Cabe ao Estado promover os meios necessários para que a jurisdição penal seja uma atividade mais célere, eficiente e operativa. Providências de cunho legislativo poderiam ser úteis. Uma reforma no sistema recursal, *exempli gratia*, emprestando uma nova configuração aos embargos de declaração, aos agravos nos extraordinários inadmitidos, talvez à própria noção de trânsito em julgado. Além disso, providências de ordem material também poderiam sê-lo. Por exemplo, a ampliação do Poder Judiciário, com a criação de novas varas e a contratação de mais magistrados, a racionalização nas atividades decisórias etc. Enfim, há uma miríade de possibilidades, mas que dependem de uma prestação legislativa e material do Estado. O que não se pode admitir é o tolhimento dos direitos e das garantias fundamentais como um meio de se corrigir as falhas e as ineficiências das políticas estatais.

¹⁴⁰ ALEXY, 2015, p. 93-94.

¹⁴¹ BLANCO DE MORAES, 2013, p. 84.

Isso evidencia, ainda trabalhando com Alexy, que a solução proposta pelo Ministro Barroso não supera a máxima da necessidade. Explica-se. Admita-se, por hipótese, que o caso concreto apresente, de fato, uma colidência entre o direito fundamental a não ser considerado culpado antes de transitada em julgado a sentença condenatória e a efetividade do sistema penal em prol da vida, da integridade, da propriedade etc. Pois bem. Como é cediço, para Alexy, os princípios são definidos como mandados de otimização, que se caracterizam por poderem ser satisfeitos em graus variados, a depender das possibilidades fático-jurídicas, sendo, ainda, as possibilidades jurídicas determinadas pelos princípios colidentes¹⁴².

É nessa esteira que a máxima da necessidade, baseada na ideia de eficiência de Pareto, determina que havendo dois meios capazes de satisfazer um princípio deve-se escolher aquele meio que menos intervenha na esfera do outro princípio¹⁴³. Diante disso, questiona-se: haveria necessidade de se tolher o direito fundamental à presunção de inocência para satisfazer a efetividade do sistema penal? Ou melhor, não haveria outros meios igualmente (quicá mais) adequados e menos incisivos a tornar efetivo o processo penal? Parece que há, conforme sugerido no parágrafo antecedente. Ocorre que esses meios dependem de prestações de ordem material e legislativa do Estado, que parece estar ignorando solenemente os problemas que afetam a persecução criminal como um todo.

De todo modo, como já assinalado, a inefetividade do sistema penal é um problema político, que cabe ao Estado (legislador e administrador) fornecer os meios necessários para resolvê-lo. Não é dado, portanto, ao Poder Judiciário, no exercício de suas funções jurisdicionais, simplesmente ignorar o texto constitucional e aniquilar direito fundamental com vistas a tornar “mais efetivo” o sistema penal. Uma postura dessa natureza talvez não encontre respaldo nem mesmo nas teorias de Richard Posner, sabidamente um dos mais ferrenhos defensores do pragmatismo jurídico. Isso porque o autor entende que o juiz (pragmatista) deve encarar o texto constitucional, a legislação e os precedentes “como marcos que ele deve ter o cuidado de não obliterar nem obscurecer gratuitamente, pois as pessoas os tomam como pontos de referência”¹⁴⁴. Não se pode perder de vista, ainda, que a abordagem pragmática também impõe a consideração das consequências que uma decisão desvinculada do

¹⁴² ALEXY, 2015, p. 90.

¹⁴³ “Algo semelhante é válido para a máxima da necessidade. Ela exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso. [...] Nesse sentido, também a máxima da necessidade é a expressão da ideia de eficiência de Pareto. Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição” (ALEXY, 2015, p. 590-591).

¹⁴⁴ POSNER, 2012, p. 382.

texto normativo causa, incluindo, aí, os impactos na relação institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo¹⁴⁵.

Por todo o exposto, fica evidente que a argumentação expendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso não é capaz de extrair a “nova” significação pretendida da norma constitucional. Significa dizer, o texto normativo não só não foi observado como limite último da pretensa mudança informal da Carta da República, como foi expressamente contrariado. Onde a Constituição diz “é proibido”, a Corte disse “é permitido”. Já se disse que uma mutação constitucional só se consuma, tornando-se legítima, portanto, na medida em que possa ser extraída de um método interpretativo coerente com os critérios dogmáticos aceitos.

Todavia, conforme visto, o que o ocorreu foi justamente o contrário. Afastou-se, por completo, dos critérios dogmáticos da interpretação. Isso porque a norma prevista no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal materializa uma regra, que encerra uma determinação específica e expressa no sentido de proibir o poder público de atribuir culpa ao acusado antes do trânsito em julgado da condenação. Desse modo, sendo uma regra, a norma deveria ter sido aplicada à maneira do tudo-ou-nada; no caso, tudo, porquanto havia, como dito, perfeita correspondência entre a construção factual e a descrição normativa. Os critérios dogmáticos de solução de antinomias normativas impõem que, diante de um conflito de normas de mesma hierarquia e cronologia, dê-se prevalência àquela mais específica¹⁴⁶. Depois de criar, artificialmente, uma “situação de conflito” entre normas da Constituição, como se houvesse relação direta e necessária (*in abstracto*) entre presunção de inocência e direito à vida, à integridade e à propriedade, o Ministro Barroso entendeu por dar “prevalência” a esses direitos, em manifesto ato derogatório de uma regra constitucional clara, precisa e específica.

Mais uma vez, então, tem-se uma mutação constitucional ilegítima. Por um lado, porque não se consegue visualizar com clareza a alteração das circunstâncias fáticas, limitando-se o Ministro a apresentar argumentos de ordem pragmática, que não podem ser confundidos com uma mudança na realidade social e nem na compreensão acerca da presunção de inocência. Isso fica patente quando se atém ao profundo dissenso na comunidade jurídica no

¹⁴⁵ “Essa abordagem, que é pragmática, não significa que se ignore o texto, e muito menos leva necessariamente a tal atitude. O texto não é apenas uma fonte de informações das interpretações alternativas; entre as consequências a ser consideradas há também o impacto que as aplicações legais imprevisíveis vão ter sobre a comunicação entre o poder legislativo o tribunal” (POSNER, 2007, p. 402).

¹⁴⁶ Em sentido análogo, BLANCO DE MORAIS (2013, p. 84), ao tratar da ADPF 132, relativa à união homoafetiva: “o fato é que, a sua revelação por via jurisprudencial envolveu a criação política de uma norma constitucional pelo juiz a partir de princípios, afastou uma regra constitucional consonante com o programa normativo da Constituição e afetou o princípio dogmático da especialidade que, entre normas de idêntica hierarquia, confere prevalência à norma especial ou menos extensa, sobre a norma mais extensa ou mais indeterminada”.

que se refere a essa controvérsia; não seria razoável, assim, aceitar que essa transformação social só pudesse ser apreendida por alguns seres iluminados. Por outro lado, o novo sentido que se deu à norma (possibilidade de execução provisória da pena) não foi extraído de um processo hermenêutico adequado, uma vez que não observados os critérios dogmáticos aceitáveis. Em síntese, a nova significação da norma extrapolou as possibilidades semânticas autorizadas pelo texto normativo.

Essas circunstâncias evidenciam que a teoria da mutação constitucional foi utilizada, novamente, como uma forma de flexibilizar o texto constitucional, a fim de se dar aparência de legitimidade técnico-jurídica a um julgamento que demonstra, de forma inequívoca, que a Corte decidiu com base em argumentos puramente políticos, ou seja, decidiu-se à maneira do que os ministros consideraram adequado e conveniente do ponto de vista político-criminal. E, nesse caso, merece registro que dessa imissão indevida em matéria de cunho político resultou a aniquilação de um direito fundamental da mais alta relevância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se demonstrar, ao longo do presente estudo, que o fenômeno da mutação constitucional, se mal interpretado, pode conduzir a um enfraquecimento do sentido normativo da Constituição, além de representar um risco à democracia e ao princípio da separação funcional do Poder, especialmente quando se constata que o Supremo Tribunal Federal passou a utilizar a teoria com bastante frequência, a fim de justificar e fundamentar decisões que se descolam do texto normativo e da jurisprudência consolidada.

Diante dos riscos que representa e diante do quadro de uso abusivo da teoria, intentou-se uma reconstrução conceitual cujo produto se adequasse não apenas à necessidade de moldar a norma à realidade social, mas também à necessidade de preservação dos postulados democrático e da separação de Poderes. Com base nessa premissa, buscou-se um conceito de mutação constitucional que considerasse a importância da fixação de limites claros e precisos ao fenômeno. Conforme visto, esse conceito foi encontrado na teoria constitucional proposta por Konrad Hesse.

Viu-se que o constitucionalista alemão, preocupado com a efetividade da força normativa da Constituição, concebeu a mutação constitucional como uma alteração operada no interior da norma mesma, e não como resultado da atuação de forças exógenas. Assim, para o autor, a mudança informal da Carta Maior só seria legítima na medida em que tratasse de uma alteração promovida naquela realidade social especificamente circunscrita e regulada pelo programa normativo, pois, de acordo com Friedrich Muller, essa realidade social seria parte integrante da estrutura normativa. Além disso, afigura-se imprescindível que a pretensa mutação constitucional esteja dentro das possibilidades semânticas fornecidas pelo preceito normativo, sendo que essa tarefa é eminentemente interpretativa, e deve, portanto, obedecer aos critérios propostos pela hermenêutica constitucional.

Arrimada nesses pressupostos teóricos, a investigação aqui empreendida objetivou responder se o Supremo Tribunal Federal, ao invocar a mutação constitucional como fundamento determinante de suas decisões jurisdicionais, o faz de forma legítima e adequada ou o faz apenas como forma de dar aparência de juridicidade a decisões políticas, com o simples propósito de mascarar o ativismo judicial e a postura decisionista da Corte.

Nos últimos dois anos, foram proferidos três votos – os que estavam publicados à época da pesquisa –, coincidentemente pelo mesmo Ministro, Luís Roberto Barroso, em que a mutação constitucional surgiu como fundamento teórico das decisões. Após a análise desses três julgados, verificou-se que, de fato, a Corte não consegue justificar de

maneira adequada a ocorrência de uma mutação constitucional. Isso porquanto viu-se que a fundamentação deve estruturar-se a partir do acoplamento entre o discurso fático e o discurso normativo, o que não ocorreu em nenhuma das hipóteses.

No primeiro caso analisado, demonstrou-se que a Corte não identificou qual norma teria sofrido mutação, nem quais transformações fáticas teriam ensejado o novo sentido, significado ou alcance da pretensa norma modificada. Quanto ao segundo voto examinado, notou-se que o Ministro Relator, em que pese a preocupação em demonstrar uma evolução na compreensão acerca da família, extrapolou os limites impostos pelo texto normativo, inclusive substituindo termos da Constituição, em manifesta usurpação do poder constituinte reformador. Por fim, no terceiro e último caso perscrutado, observou-se uma tentativa de utilização de argumentos revestidos de caráter pragmático e consequencialistas como se se tratassem de transformação da realidade fática. Essa transformação, todavia, não se realizou, o que se constata pelo amplo dissenso na comunidade jurídica a respeito da controvérsia. Além disso, o texto normativo também não foi observado como limite último da suscitada mutação.

De mais a mais, em todos os julgados analisados, houve nítida invasão da esfera de competência reservada aos demais Poderes do Estado. No primeiro caso, movida por um sentimento de conveniência política, a Corte Suprema tolheu a autonomia federativa dos Estados com base em princípio extremamente abstrato, o princípio republicano. No segundo julgado, por sua vez, também houve indevida imissão em matéria estranha às competências do Judiciário. Isso porque o STF equiparou juridicamente situações fáticas distintas, usurpando competência, a um só tempo, do Chefe do Executivo Federal – a quem compete a iniciativa de projeto de lei relacionado a servidores públicos da União – e do Congresso Nacional – a quem compete a deliberação e aprovação do projeto. Finalmente, no último caso analisado, a Suprema Corte aniquilou direito fundamental com base em argumentos de política, isto é, tolheu-se direito fundamental, a fim de “dar mais efetividade e credibilidade” ao sistema jurídico-penal.

Diante disso, a hipótese que se colocou como ponto de partida da pesquisa aqui realizada acabou por se confirmar. De fato, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal não tem identificado e reconhecido o fenômeno da mutação constitucional, mas sim criado “mutações constitucionais”. Pode-se dizer que a teoria da mutação constitucional está se transformando em instrumento de ativismo judicial. Tornou-se, efetivamente, um “mecanismo informal” – como sustenta o Ministro Barroso – de alteração da Constituição, a ser usado pelo Excelso Sodalício sempre que a decisão almejada não se comporte dentro limites preestabelecidos pelo texto normativo.

Certamente, o estudo aqui empreendido não teve a menor pretensão de esgotar a temática, mas apenas de lançar algumas luzes sobre o modo como a teoria da mutação constitucional tem sido utilizada pela Suprema Corte. De certo, que pesquisas futuras que objetivem a densificação dos limites aos fenômenos de alteração informal da Constituição teriam boa acolhida na comunidade jurídica. Ademais, como o Tribunal Supremo é o custódio último, inexistem meios formais de controle de suas decisões, e a ideia *self-restraint*, por si só, não tem sido suficiente para conter a Corte dentro dos estritos limites de suas atribuições funcionais. Daí a importância de se pensar em mecanismos não institucionalizados que sejam capazes de impor controle à atuação do Supremo Tribunal Federal, tudo com vistas a resguardar a autonomia dos demais Poderes e também o postulado democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, **Rio de Janeiro**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. **Revista Jurismat**, Portimão, n. 3, p. 55-90, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.362/DF**. Tribunal Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, Relator para Acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso, DJe de 05/02/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 778.889/PE**. Tribunal Pleno, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, DJe de 29/07/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292/SP**. Tribunal Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 16/05/2016.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Menses. Mutações constitucionais e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, n. 2, p. 136-146, mai./ago. 2015.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo:

Martins Fontes, 2002.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A razão na história**: uma introdução geral à filosofia da história. Tradução: Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2001.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Tradução: Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución**. Tradução: Christian Forster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005.

LIERN, Goran Rollnert. La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. **Revista española de derecho constitucional**, n. 101, p. 125-155, may./ago. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira do Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 12, p. 44, jan./mar. 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, novembro, p. 183-202, 2000.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 121-143, ago./dez., 2000.

POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Tradução: José M.^a Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1985.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. **Revista española de derecho constitucional**, v. 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr., 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV, São Paulo**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008.