



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
UNIRIO
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

RAFAEL DE CARVALHO SILVA BANDEIRA

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

E

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Rio de Janeiro, 2014

RAFAEL DE CARVALHO SILVA BANDEIRA

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL
E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal do Estado do Rio
de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza
de Oliveira

Rio de Janeiro, 2014

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como pretensão investigar a alegada ocorrência do fenômeno da mutação constitucional do art.52, X, da Constituição de 1988, no contexto da coexistência dos modelos concentrado e difuso no sistema de controle de constitucionalidade do direito brasileiro. Perquirir-se-á as origens e a evolução histórica do conceito de mutação constitucional, iniciando com a percepção inicial do fenômeno na Escola de Direito Público da Alemanha com autores filiados ao positivismo legalista alemão como Paul Laband e Georg Jellinek; passando posteriormente por Herman Heller e a superação dos limites metodológicos do positivismo alemão e ,finalmente, em Konrad Hesse, o estabelecimento do texto normativo como necessário limites à afirmação de ocorrência de mutação constitucional como medida assecuratória da força normativa da Constituição. A mutação constitucional enquanto produto da interpretação judicial demanda uma abordagem crítica acerca do comportamento interpretativo do Poder Judiciário, seu perfil ativista, suas decisões pautadas pelo paradigma da subjetividade, fruto da filosofia da consciência, que encampa decisões solipsistas, discricionarismo e decisionismo judiciais, mediante a manipulação/objetificação do Direito pela subjetividade de seu aplicador, a despeito dos limites semânticos impostos pelo texto normativo. Nesse sentido, ao analisarmos a Reclamação 4.335-5/AC verificaremos como que a atividade interpretativa pode por vezes subverter o texto normativo e verdadeiramente reescrever outro. Contudo, tal prática, além de desprestigiar o texto posto democraticamente, coloca o Supremo Tribunal, pensemos no caso de texto constitucional, na condição de poder constituinte permanente; algo intolerável no paradigma do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Mutação Constitucional; Decisão Judicial; Antidiscricionariiedade; Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

This monograph work intends to investigate the origins and concept of the constitutional change phenomenon, through the classic works of Paul Laband, Georg Jellinek, Herman Heller and Konrad Hesse in the context of Brazilian system of judicial review. We intend to demonstrate that the judicial behavior culminates in an activist judicial role, which overflows the limit of the Constitution text likewise the alleged occurrence of this phenomenon relative to art. 52, X, of 1988 Brazilian Constitution. Such article established the role of Federal Senate in the diffuse judicial review under Brazilian Supreme Court. As a result of judicial interpretation it is necessary to do a critical analyses about the interpretive behavior of the Judiciary. We will demonstrate that so many judiciary decisions are beyond the legal text and are determined by personal conceptions of the judges. However, this fact is against the democratic law because allow that the Supreme Court operates like a constituent power.

KEYWORDS

Constitutional mutation; Judicial Decision; Anti Discretion; Judicial Review.

*O Universo não é uma ideia minha.
A minha ideia do Universo é que é uma ideia minha.
A noite não anoitece pelos meus olhos.
A minha ideia da noite é que anoitece por meus olhos.
Fora de eu pensar e de haver quaisquer pensamentos,
A noite anoitece concretamente.
E o fulgor das estrelas existe como se tivesse peso.*

Fernado Pessoa

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Jeová Deus pela força que não me deixou faltar ao longo da árdua caminhada universitária.

Aos meus pais, Orlando Bandeira e Mariza Bandeira.

Aos meus irmãos Orlando Filho, Mayana Bandeira e Vitória Bandeira.

Aos meus amigos de universidade pela ajuda recíproca ao longo desta *highway*.

Ao Prof. Fábio de Oliveira, não apenas pela orientação da presente monografia, mas também por todo o conteúdo passado nas disciplinas de Direito Constitucional II, III e IV.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL....	11
1.1.MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM GEORG JELLINEK E PAUL LABAND....	11
1.2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM HERMAN HELLER.....	14
1.3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM KONRAD HESSE.....	17
2. O COMPORTAMENTO INTERPRETATIVO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL.....	21
2.1. COMO CHEGAMOS À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO.....	21
2.2. O PRINCÍPIOLOGISMO.....	30
2.3. A RAIZ COMUM – O PARADIGMA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA.....	35
3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	37
3.1. PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	37
3.2. O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO.....	41
3.3. MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL.....	46
4.CONCLUSÃO.....	51

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão do Curso de Direito tem como pretensão analisar o fenômeno da mutação constitucional, desde a gênese de sua concepção enquanto fenômeno empírico até sua compreensão moderna sob o prisma de uma óptica jurídica e sua estreita relação com temas como separação de poderes, teoria da fundamentação das decisões judiciais, interpretação/aplicação do Direito, jurisprudência corretiva, força normativa da Constituição, dinamismo do Direito, crise do Legislativo e ascensão do protagonismo judicial, neoconstitucionalismo e a expansão principiológica do direito, consubstanciada no (ab) uso dos princípios enquanto razão de decidir encartada nos pronunciamentos judiciais.

O que motivou a escolha do tema proposto foi deveras a alegação e defesa da ocorrência do fenômeno da mutação constitucional do art.52, X, da Constituição de 1988, no bojo da Rcl. 4335-5 AC/STF. Na espécie, discute-se (julgamento ainda não concluído) se a declaração incidental de inconstitucionalidade do §1º do art.2º da Lei 8.072/90, proferida nos autos do HC 82.959 (DJ 1.09.2006), tem o condão de produzir efeitos vinculante e *erga omnes* assemelhados ao controle concentrado, ou seja, alastrados para além das partes envolvidas no processo, independentemente da resolução do Senado Federal suspendendo a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, tal como determina o preceito constitucional pretensamente modificado pela nova dinâmica de relações institucionais entre os três Poderes da República.

No ponto, ao lado do estudo histórico e conceitual da mutação constitucional e das balizas para sua percepção jurídica, mormente seus limites, este estudo se afigura interessante porquanto a alegação e o possível reconhecimento da mutação constitucional do art.52, X, da Constituição de 1988, acarretará consequências de ordem pragmática e teórica do ponto de vista da Teoria da Constituição, Poder Constituinte, separação de poderes, direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e vinculação da Corte constitucional à Constituição. De fato, a própria sobrevivência do modelo difuso de controle constitucionalidade depende da decisão que o Supremo tomará sobre o caso.

Isso porque todo o sistema de controle de constitucionalidade disciplinado normativamente em nível constitucional e infraconstitucional seria subvertido através da objetivação judicial do controle de constitucionalidade concreto ao fundamento da ocorrência do fenômeno da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, segundo

a tese, restaria anacrônico, não enquadrado nas relações institucionais do presente. Na prática, pela alegação da mutação constitucional, suprime-se uma competência estabelecida constitucionalmente em favor do Senado Federal e amplia-se o poder do Supremo Tribunal Federal de agora decidir um caso subjetivo e alargar aquela norma de decisão tomada como preliminar de mérito em um caso concreto a todas as outras situações, vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Assim, no que toca aos efeitos, extingue-se o controle incidental no Supremo, visto que ao apreciar a constitucionalidade das leis, suas decisões seriam sempre dotadas de efeitos vinculantes e *erga omnes*, independentemente se o processo é de perfil objetivo ou subjetivo. Radical ruptura do sistema adotado, com profundas consequências de índole pragmática e teórica, calçada na tese da mutação constitucional, impulsiona-nos a um estudo mais detido sobre o fenômeno da mudança informal da Constituição e de seus limites.

Como veremos no estudo, a visão acerca da mutação constitucional esboçada pelos principais estudiosos que cuidaram do tema está atrelada à concepção que tinham acerca da natureza da Constituição. É a partir do que se compreende como Constituição, sua essência, função e força normativa, que se estabelece o tirocínio sobre o fenômeno da sua mudança informal. A mutação constitucional essencialmente abarca a interpretação/aplicação da Constituição, estabilidade e dinamismo, força normativa da Constituição, realidade e normatividade, Constituição formal e Constituição material. Enfim, em outras palavras, a mutação constitucional se apresenta como elemento da Teoria da Constituição.

No capítulo 1, serão apresentadas as principais correntes que cuidaram do tema, de ordem a demonstrar a evolução histórica e conceitual do fenômeno, iniciando com a Escola Alemã de Direito Público, na qual se destacam as teses de Paul Laband e Georg Jellinek, mais focadas numa visão empírica do fenômeno. Após, exporemos a tese de Herman Heller, baseada na sua concepção dinâmica de Constituição, a recíproca interdependência e complementaridade entre ser e dever ser, normalidade e normatividade. Ao final, exporemos a tese de Konrad Hesse e sua importante contribuição ao estabelecimento de parâmetros palpáveis que limitem a mutação constitucional, privilegiando a força normativa da Constituição.

No capítulo 2, faremos uma abordagem crítica sobre o problema da fundamentação das decisões judiciais, uma vez que ante o protagonismo judicial frente a questões de elevada repercussão sociopolítica, a afirmação da ocorrência de mutação constitucional vem encartada em pronunciamentos judiciais carentes de uma fundamentação sólida segundo juízos de legalidade. O ato isolado de interpretar e aplicar o direito, marcado pelo subjetivismo do

intérprete, com preponderância de valores pessoais e a imposição de sua ética pretextando corrigir as falhas e omissões legais, substituindo-se ao legislador, em franco ativismo judicial, que ao cabo acarreta o próprio falecimento da força normativa da Constituição, considerada a falta de limites da interpretação judicial e maximizada pela irregular recepção dogmática dos princípios jurídicos no cenário brasileiro, afigura-se como grave deficiência da prestação jurisdicional em detrimento da ordem, da previsibilidade e da segurança jurídica. Afinal de contas, os juízes e tribunais não só aplicam a lei, mas também estão sujeitos a ela; vinculados, ademais, à alteridade do texto normativo. A crítica é posta em razão da invocação dos princípios como medida de justiça ao caso concreto, ainda que contra a lei, veiculada em decisões judiciais nas quais o grau de discricionariedade é flagrante.

No capítulo 3, exporemos o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil expondo os atritos advindos da coexistência dos modelos difuso e concreto, bem como as peculiaridades de cada um. A partir do que fixado sobre o conceito e o limite da mutação constitucional, demonstraremos e defenderemos a não ocorrência do fenômeno em relação ao art.52, X, da Constituição de 1988, mantendo-se íntegra a previsão constitucional acerca da competência do Senado Federal para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM GEOR JELLINEK E PAUL LABAND

As primeiras investigações sobre o fenômeno da mutação constitucional foram realizadas ao tempo da Constituição do Império Alemão de 1871 por Paul Laband e Georg Jellinek, integrantes da Escola Alemã de Direito Público, sendo aquele o primeiro a utilizar a expressão mutação constitucional para designar o fenômeno que expressa a modificação da Constituição à margem dos mecanismos formais de reforma. Distintamente do conceito de reforma constitucional, consistente na alteração formal da Constituição, mediante a derrogação ou o acréscimo de novos preceitos constitucionais segundo as regras do processo legislativo, a mutação constitucional se qualifica como uma alteração do conteúdo, sentido e alcance, das normas constitucionais sem que o texto normativo seja modificado¹. Este fenômeno ocorreria na existência de um hiato entre ordem constitucional e realidade, quando esta já não mais cabe dentro da normatividade do direito positivo e este já não mais atende às perspectivas sociais, resultando divorciados, norma e fato.

O que ensejou a percepção e o estudo do fenômeno foi o contexto jurídico-político do *Reich* Alemão em fins do Sec. XIX². A formação do Império, sob o controle prussiano, apesar de adotar uma estrutura federal, contemplou a junção de Estados bastante distintos entre si. Com efeito, havia o absolutismo nos Grandes Ducados, a monarquia na Prússia e as cidades livres, como Bremen, Hamburgo e Lubeck. Embora integrantes do Império constituído por Bismarck, os Estados conservaram seus particularismos locais, suas dinastias e suas constituições, muito embora os dispositivos destas terem sido total ou parcialmente revogados pelo advento da Constituição Imperial de 1871. Este quadro ainda se completa pelo caráter fragmentário da Constituição Imperial, que não disciplinava o funcionamento de todas as instituições fundamentais do Império. Esta anormalidade despertou a atenção de Paul Laband e Georg Jellinek.

Laband notou importantes modificações na Constituição de 1871 – por ele consideradas mutações constitucionais - realizadas a fim de acompanhar a situação

1URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto”, **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, p. 105-135. *Apud* VECCHI, Cristiano Brandão. A mutação Constitucional: uma abordagem alemã. PUC-RJ, 2005, p. 51.

2Sobre o contexto político do *Reich* Alemão: GUILLEN, Pierre. O Império Alemão 1871 a 1918. História Contemporânea. Trad. Octávio Mendes Cajado, São Paulo: Círculo do Livro, p. 315-327.

constitucional do *Reich*. Apesar de considerar a Constituição norma jurídica em sentido estrito, responsável pela continuidade e estabilidade do direito estatal³, Laband admite a possibilidade de a ação do Estado alterar o seu conteúdo sem contudo alterá-la formalmente. Para autor, dentro da Constituição existiriam duas classes de normas, as essencialmente constitucionais, ligadas à essência do Estado, e as que expressariam situações transitórias e passageiras. Tanto uma quanto outra pode ser objeto de mutação constitucional, permanecendo o texto intacto⁴.

Os exemplos de mutação constitucional ocorridos sob a Constituição do Império de 1871 trazidos por Laband revelam que sua ideia acerca de mutação constitucional é em verdade maior do que a definição dada. Segundo o autor, a contradição entre situação constitucional e lei constitucional se consubstanciaria em hipótese de mutação constitucional. Nessas hipóteses, porém, não se trata de alteração do conteúdo das normas constitucionais, mas da não aplicação de uma norma constitucional em face dos usos e das práticas políticas. A prevalecer esta concepção mais elástica, a definição de mutação constitucional abarcaria não só a mudança do conteúdo da norma, mantendo-se a higidez do texto, mas também a mudança da situação constitucional, tendo como resultado, nesta última hipótese, que a própria vigência da norma constitucional – não modificada em seu conteúdo – é relegada⁵.

Ainda segundo Paul Laband, o fenômeno da mutação constitucional poderia ocorrer por meio de leis que regulam elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de maneira colateral pela Constituição, por meio de leis que regulem os elementos centrais do Estado em contradição com o conteúdo da Constituição e por meio de usos e costumes dos poderes públicos que modifiquem os elementos centrais do Estado⁶.

Georg Jellinek, a seu turno, ao trabalhar a temática da mutação constitucional na clássica obra *Reforma y Mutación de la Constitución*, trouxe outro critério para acrescentar à distinção entre reforma e mutação da Constituição. Segundo o grande teórico alemão:

3Afirma Laband: “Las Constituciones son leyes, las cuales proporcionan a la continuidad del derecho una especial firmeza y estabilidad”. LABAND, Paul. *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*. Fragmento extraído da reimpressão em *Laband: Abhandlungen und Rezensionen*, vol. 1, Leipzig, 1980, p. 574. *Apud* URRUTIA, Ana Victoria Sánchez., *op. cit.*, p. 108.

4 LABAND, Paul. *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung.*, *op. cit.*, p. 575. *Apud* URRUTIA, *op. cit.*, p. 108.

5HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. Tradução por Inocêncio Mártires Coelho, *In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 152.

6 URRUTIA, *op. cit.*, p. 165.

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 texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.⁷

Jellinek parte do pressuposto de que a intenção, a consciência da alteração, é constitutiva do conceito de reforma constitucional, mas não integra de forma alguma o processo de mutação constitucional. Põem-se então em lados diferentes, reforma constitucional como um ato de vontade, dirigido a uma finalidade específica, tal como a feição dos atos jurídicos; e mutação constitucional, caracterizada pela ausência de consciência do efeito da mudança.

Esta perspectiva Jellinekiana, arrimada sob um prisma de juridicidade exclusiva, denuncia sua limitação analítica do fenômeno aos pressupostos metodológicos do positivismo formalista mediante a estrita separação entre Direito e realidade, com a rejeição de quaisquer considerações históricas, políticas e filosóficas no processo de argumentação jurídica. Ao glosar o pensamento de Jellinek, o festejado Prof. Paulo Bonavides aclara:

Isso quer dizer que o jurista sufocava ou reprimia o sentido criador e modificador contido no chamado “espírito da Constituição”, de natureza dinâmica e flexível para unicamente realçar o aspecto estático e rígido e só admitir a introdução de preceitos constitucionais materiais via formal⁸.

Apesar da observação empírica inicial, Georg Jellinek e Paul Laband não esclarecem juridicamente o fenômeno da mutação constitucional, muito menos desenvolvem a problemática relacionada a seus limites. Isso se deve ao fato de não terem se desvincilhado dos pressupostos metódicos básicos do positivismo, a estrita separação entre “Direito” e “realidade”. Afinal de contas, os positivistas podem defender a juridicidade da Constituição enquanto o texto normativo esteja em harmonia com a realidade. Porém, quando norma e fato se distanciam, o problema da mudança da Constituição se impõe e o positivismo formalista não responde juridicamente o fenômeno.⁹

Em razão dos pressupostos positivistas aos quais filiado, a tese de Georg Jellinek

7JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*, Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (orig. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek*, Berlín, Verlag von O. Häring, 1906, p. 7.

8BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. **Rev.ampl.** São Paulo: Malheiros, 2000, p.149 e 150.

9*Idem.*

afigura-se meramente descritiva, limitada à percepção empírica do fenômeno da mutação constitucional enquanto problema entre realidade, fato e texto normativo.

Sem explicação jurídica ao fenômeno, mutação constitucional na obra de Georg Jellinek adviria de forças elementares, que não se subordinariam ao Direito. Nesse passo, Jellinek atribui força normativa à facticidade, afirmando que o “*fait accompli* – fato consumado - ”é um fenômeno histórico de potencialidade constituinte em face do qual qualquer oposição por parte das teorias da legitimidade é um intento vão.¹⁰

Nesse contexto, segundo o autor, a necessidade política desempenha um papel relevante como motor das mutações constitucionais, pois “as normas jurídicas são incapazes de impor efetivamente a distribuição do poder político, porque as autênticas forças políticas movem-se segundo suas próprias leis, atuando independentemente de quaisquer formas jurídicas”¹¹.

Apesar de mencionar diversas vias de mutação constitucional, Jellinek é pouco sistemático na descrição do fenômeno. Deveras, como assevera Ana Victoria Sánchez Urrutia¹², Jellinek recolhe de maneira pouco ordenada os dados sobre a mudança informal das constituições de sua época.

1.2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM HERMAN HELLER

Herman Heller, célebre jurista e teórico político alemão, desenvolveu seus estudos sobre as mudanças informais da constituição no período anterior à Segunda Guerra Mundial, caracterizado juridicamente pela ascensão do positivismo e pelo fortalecimento da lei enquanto fonte principal do Direito. Ao contrário do modelo norte-americano, no qual a Constituição já assumira a posição de Lei Fundamental do ordenamento jurídico, na Europa, a supremacia constitucional não se impusera. Os documentos constitucionais eram flexíveis e inexistia sistema de controle de constitucionalidade.

Heller desenvolve um conceito dinâmico de Constituição, segundo o qual a Constituição juridicamente normatizada jamais se compõe apenas de normas emanadas do Estado, antes necessita, para a sua vigência, da complementação de elementos constitucionais não normados, assim como dos normatizados extrajudicialmente.¹³

10HESSE, *op. cit.*, p.154.

11HESSE, *op. cit.*, p. 156.

12URRUTIA, *op. cit.*, p. 111.

13HESSE, *op. cit.*, p. 163.

Partindo do conceito de Ferdinand Lassale, Heller concebe que a Constituição material (real) do Estado se materializa nas relações reais de poder.¹⁴ Ao serem incorporadas ao papel, essas relações assumem a qualidade de relações jurídicas, integrando a Constituição formal, o mundo do dever ser. Neste passo, a Constituição formal só perdurará enquanto guardar relação, corresponder, a constituição material, expressão do ser político do Estado.¹⁵

Destaca Heller que as relações reais de poder estão em constante movimento, gerando a unidade e a ordenação do Estado. Nesse sentido, defende o caráter dinâmico do objeto de estudo da Ciência do Direito, estando em relação de interdependência recíproca o estático e o dinâmico. Afirma o autor:

Assim como 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. Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam; seja que a forma de atividade ajustada à Constituição se tenha convertido para eles, por meio do hábito, em uma segunda natureza, em conformação habitual do seu próprio ser apenas considerada como exigência normativa consciente; seja que os membros motivem a sua conduta de modo mais ou menos consciente, por normas autônomas ou heterônomas¹⁶.

Em Heller, a Constituição só é possível em função da realização e repetição futuras de sua ordenação através de comportamentos humanos com ela compatíveis. Ou seja, a Constituição pressupõe uma regra de previsão consistente na probabilidade de repetição de condutas, a normalidade. A convivência e a cooperação humanas se desenvolvem à medida que os partícipes sociais considerem a ordenação como algo que deve ser e a realizem mediante atos concretos.

A normatividade, por outro lado, consiste na obrigatoriedade de agir concorde com determinados critérios positivos de valor, uma vez que a Constituição estatal, jurídica, é dotada de obrigatoriedade a todos os membros do grupo a que se destina. Anota Heller que a Constituição real de um Estado pode conhecer normalidade sem normatividade, porém não o

14URRUTIA., *op. cit.*, p. 116.

15LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. de Walter Stonner. Rio de Janeiro, Editora Liber Juris, 1985. p. 41.

16HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Trad. Luís Tóbio. 8º reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 296 *Apud* VECCHI, Cristiano Brandão. *Op. cit.* p. 75.

inverso, porquanto não há validade normativa sem normalidade.¹⁷

A normatividade carrega consigo a pretensão de se adequar à normalidade. Porém, considerando que a produção legislativa não se desenvolve com eficiência e prontidão apta a acompanhar passo a passo o dinamismo social, o Estado não é capaz de produzir normas para todos os casos. Disso resulta que a normalidade não é incorporada pela normatividade, mantendo-se inclusive em contradição com ela, falecendo à normatividade sua capacidade normalizadora, revelando-se a realidade não normada mais forte do que a normação estatal¹⁸, o que ensejaria modificações informais da Constituição. Assenta o autor alemão:

A criação de normas pode dar lugar a uma normalidade correspondente a ela na maioria dos destinatários das normas, em muitos ou em poucos, ou só nos tribunais e demais autoridades ou, finalmente, nem nestes sequer. Com bastante freqüência, o uso social, a realidade social não normada ou normada extrajudicialmente, revela-se mais forte que a normação estatal¹⁹.

O ponto é que normalidade e normatividade não atuam em âmbitos distintos. Há uma relação de complementação recíproca entre ambas. Normalidade fática é capaz de produzir normatividade, assim como a normatividade, com elementos axiológicos e com a exigência da juridicidade, produz normalidade da conduta.

Para Heller, os princípios jurídicos, em razão de serem cláusulas abertas e de conteúdo indeterminado, impulsionam à adaptação da normatividade à normalidade, constituindo-se a via de penetração da normalidade social na normatividade estatal. Assevera o autor:

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 valorada positivamente penetra todos os dias na normatividade estatal. Visto que tradição e revolução supõem só oposições relativas, torna-se possível a permanência e capacidade de acomodação da normatividade a respeito da normalidade e pode assim conceber-se a constituição total do Estado como

¹⁷*Ibidem*, p. 298.

¹⁸URRUTIA, *op. cit.*, p. 118.

¹⁹HELLER, *op. cit.*, p.306. *Apud* VECCHI, *op. cit.* p. 79

forma comprimida que vivendo se desenvolve²⁰.

A crítica que Konrad Hesse faz a teoria de Heller reside no fato de que essa relação coordenada entre ser social e dever ser social, normalidade e normatividade, não serve suficientemente como explicação ao fenômeno. Se normatividade e normalidade estão unidas em correlativa coordenação e acima de qualquer tensão, a normalidade não poderia ignorar por completo a normatividade da Constituição, pois de outro modo restaria eliminado um dos elementos dessa relação de coordenação.²¹ Assim, desenvolve Hesse a ideia de que a mutação constitucional tem limite na normatividade da Constituição.

1.3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM KONRAD HESSE

Konrad Hesse, um dos mais influentes juristas contemporâneos, professor da Universidade de Freiburg e integrante do Tribunal Constitucional Federal alemão, realiza seus estudos demonstrando preocupação com a necessidade de uma teoria que de fato fornecesse parâmetros precisos e demonstráveis sobre o fenômeno da mutação constitucional a fim de evitar a “tentação de atravessar a Constituição invocando a presença de uma mutação constitucional”²².

Hesse parece antever os perigos que ausência de limites à ocorrência da mutação constitucional ensejaria ao afirmar que:

...no contexto de uma polarização mais acentuada entre maioria governamental e oposição, não se alcança uma maioria qualificada para reformas constitucionais polêmicas, o recurso à afirmação de uma mutação constitucional não ficará distante²³.

Deveras, em tempos de crise no legislativo e protagonismo judicial de perfil ativista, constata-se que Hesse foi extremamente feliz em sua previsão, ante a ausência de limites à mutação constitucional. A necessidade de estabelecê-los se lhe afigura uma questão de defesa da própria Constituição, pois “quando faltam tais parâmetros, então já não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais, porque a afirmação, sempre possível, da

20 *Ibidem*, p.304-305 *Apud* VECCHI, *op. cit.* p. 77-78

21 HESSE, *op. cit.* p.164.

22 *Ibidem*, p.165.

23 *Ibidem*, p.151.

existência de uma mutação constitucional não se pode provar nem refutar”²⁴

O ponto de partida da abordagem de Hesse é a investigação da existência e alcance de uma força ínsita à Constituição, a cognominada força normativa da Constituição. Ele parte do entendimento de que a Constituição não desconsidera as injunções históricas, tampouco é alheia à realidade concreta de seu tempo, porém, não lhe é integralmente subordinada. Com efeito, diz Hesse:

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. (...). Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente. Estes limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela ideia de vontade de Constituição [*wille zur Verfassung*] quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade da Constituição, menos significativos hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade da Constituição não é capaz, porém, de suprir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais²⁵.

A pretensão de eficácia da Constituição, sua força normativa capaz de imprimir ordem e conformação à realidade fática, é tão mais eficaz quanto mais propínqua ao presente. É dizer, a concretização da força normativa da Constituição é potencializada de acordo com seu grau de proximidade com a realidade social.

Assim, em que pese defender a estabilidade como condição de eficácia da Constituição, o autor reconhece sua aptidão para incorporar e se adaptar às novas conjunturas sociais. A necessidade de fixação de parâmetros à mutação constitucional não induz à petrificação da Constituição, tampouco limita sua capacidade de se adaptar à realidade. Portanto, mobilidade e rigidez estão presentes em relação de mútua coordenação.

Para se chegar a uma teoria da mutação constitucional e de seus limites, Hesse afirma que é necessário romper com os pressupostos metódicos básicos do positivismo, a estrita separação entre ordenação jurídica e realidade, entre ser e dever ser. Para o autor, Jellinek não foi capaz de tratar normativamente o problema em razão de não ter se desvencilhado destes pressupostos nem tê-los substituídos. Isso explica o porquê Jellinek ficou limitado a uma análise puramente empírica e descritiva do fenômeno. Essa visão limitada de mutação

²⁴*Ibidem*, p.151.

²⁵HESSE, *op. cit.*, p. 24.

constitucional leva ao enfraquecimento da normatividade da Constituição, porquanto ao isolar Direito e realidade reconhece ou aceita a submissão integral do direito às imposições fáticas.²⁶

Portanto, ressaltando que a tarefa de uma Constituição nas sociedades complexas é estabilizar, racionalizar e limitar o poder, Hesse adota o método normativo-estruturante, de Friedrich Muller, e afirma que a partir do texto normativo é possível “extrair elementos firmes a respeito dos quais, a despeito de interesses e pré-compreensões, não caberia qualquer discussão”²⁷.

Na sua busca pela compreensão do fenômeno da mutação constitucional, Hesse assume que a norma jurídica não é alheia à realidade, porém a realidade integra a própria norma jurídica. Considerando que a norma jurídica não se encontra substancialmente pronta no texto normativo, mas tem sua normatividade aferida na regulamentação de casos concretos, visto que um enunciado normativo não funciona mecanicamente. Hesse afirma que a norma jurídica deve ser compreendida como a fusão do programa normativo com o âmbito normativo. O programa normativo é o sentido extraído do texto normativo; consubstanciando-se no mandato da norma. O âmbito normativo é a realidade em suas circunstâncias, o pedaço ou recorte da realidade social. Ambos atuam unidos na realização do Direito.²⁸

A partir dessas considerações, Hesse advoga que apenas os fatos modificados que integrem o âmbito normativo podem embasar uma mudança informal da constituição. O critério para a verificação se determinado fato novo ou modificado integra ou não o âmbito normativo é o programa normativo contido no texto da norma constitucional; e “só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança na norma”²⁹.

Ora, se o programa normativo é quem joeira os fatos que pertencem ou não ao âmbito normativo, o texto normativo então, porquanto fundamental ao programa normativo, erige-se em limite às mudanças informais, inadmitindo-as quando não pertencerem à porção da realidade traçada normativamente. Assim, Hesse afirma que “o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do traço traçado pelo texto”³⁰

Este limite à mutação constitucional encontrado no texto normativo mitiga a discricionariedade em relação à afirmação da ocorrência da mutação constitucional, uma vez que demonstrar que determinado fato pertence ao âmbito normativo exige maior peso

26 HESSE, *op. cit.*, p. 165.

27 HESSE, *op. cit.*, p. 162

28 *Ibidem*, p. 166-167

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

argumentativo do que a invocação da força normativa dos fatos ou das necessidades vitais do Estado³¹.

O limite da mutação constitucional atrelada ao texto normativo representa o ponto de partida de uma teoria inacabada a respeito do fenômeno. Porém, o limite imposto pelo texto exsurge como garantia da normatividade e integridade da Constituição, mediante estrita vinculação a seu texto. Esta garantia, contudo, não retira a capacidade de a Constituição se adaptar e assimilar as novas realidades sociais.

As ideias de Hesse militam a favor da defesa da Constituição, buscando fixar limites palpáveis ao fenômeno da mutação constitucional como fator de manutenção de sua continuidade e força normativa.

³¹*Ibidem*, p.168

2. O COMPORTAMENTO INTERPRETATIVO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

2.1. COMO CHEGAMOS À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO

Para uma melhor compreensão dos contornos acerca da interpretação judicial e dos argumentos que legitimamente podem compor uma decisão judicial adequada e seguir na análise crítica de decisões judiciais que sustentam a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional, faz-se necessário adentrar no contexto histórico e institucional sob o qual recebemos a nova ordem constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada no dia 05/10/1988 como produto de uma Assembleia Nacional Constituinte composta por Senadores eleitos em 1982 que foram alçados à condição de Constituintes sem qualquer consulta popular. Aliás, sequer a aprovação do texto final fora submetido à votação popular, como medida de ampliar a legitimidade das decisões constituintes do Estado brasileiro.

Apesar da ausência de participação popular direta tanto na composição da Assembleia Nacional Constituinte quanto na aprovação do texto final mediante referendo, é inegável que a Constituição de 1988 trouxe consigo um extenso rol de direitos fundamentais, com uma variada gama de medidas instrumentais destinadas à assegurá-los, bem como consagrou a democracia enquanto regime de governo adotado, a estampar logo no primeiro artigo “*todo poder emana do povo*”³².

Consagrado, pois, o constitucionalismo democrático, lastreado na soberania popular e na fixação de direitos fundamentais que condicionam o exercício do poder político. O Direito garante a subsistência da democracia e, ao mesmo tempo, só pode ser validamente produzido por ela.

Nesse contexto, a produção democrática do Direito deve caminhar para a realização concreta dos valores plasmados no Texto Constitucional, segundo as normas sócio-diretivas que conclamam os poderes constituídos a construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, mediante a promoção do bem todos com a

32 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; art.1º: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

eliminação de qualquer formas de preconceitos e de discriminação. Aqui, como que em reação ao transacto período transacto ditatorial, a Constituição não economizou em reconhecer Direitos Fundamentais.

Esta prodigalidade constitucional veio ao encontro das mudanças ocorridas na Europa pós Segunda Guerra mundial, consubstanciadas na normatividade da Constituição e sua centralidade no ordenamento jurídico, no advento de uma cultura jurídica pós-positivista mediante a superação rígida entre Direito e Moral, esta enquanto manifestação da justiça no mundo do Direito; e na superação do formalismo jurídico, reconhecendo que o ordenamento jurídico nem sempre fornece ao aplicador do direito a norma pré-pronta, havendo casos nos quais a solução jurídica há de ser construída argumentativamente pelo intérprete.³³

A centralização da Constituição corresponde ao fenômeno da constitucionalização do Direito, mediante a irrigação dos valores constitucionais por todo o sistema jurídico. A Constituição passa a ser o alfa e ômega do ordenamento jurídico, devendo toda a ordem ser interpretada à luz dos valores constitucionais.

A supremacia da Constituição, inclusive com a criação de mecanismos específicos de controle da omissão do Poder Público em adimplir os direitos nela fixados, como o mandado de injunção e ação direta de constitucionalidade por omissão, antes inéditos, alargou as possibilidades de atuação do Tribunal Constitucional a que a guarda da Constituição foi confiada. De fato, afirma-se que o modelo de supremacia da constituição e um sistema de controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*) significa, na verdade, e em alguma medida, um modelo de supremacia judicial³⁴.

Por outro lado, o reconhecimento de novos direitos civis, políticos, sociais, culturais e difusos, parelho à instituição de meios mais amplos de acesso à Justiça com o fito de protegê-los, bem como o entusiasmo causado pelo regresso da cidadania, ao menos no plano ideal, incrementou a busca por justiça no Judiciário. A visceral ampliação dos legitimados a questionarem a constitucionalidade das leis no controle concentrado é sintomático dessa maior aproximação do Poder Judiciário com a sociedade ocorrida a partir de 1988.

Há ainda, dentro desta quadra de inovações, a ascensão de um novo paradigma na doutrina e na prática dos tribunais, o chamado *neoconstitucionalismo*, caracterizado, apesar dos diferentes enfoques e concepções trabalhadas na doutrina, pelo reconhecimento dos princípios jurídicos dotados de alta carga axiológica, pela superação do formalismo jurídico,

33BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy, 2005, p. 5.

34Ibidem, p.7.

pela reaproximação entre Direito e Moral e pela aposta na ponderação e no protagonismo judicial como o meio eficiente de concretizar direitos.

Esse contexto nos levou ao que se denomina de judicialização das relações sociais e políticas³⁵. Significa dizer, o Poder Judiciário passou a ser o centro de tomadas de decisões de relevantes questões sociopolíticas, seja em sede de direitos fundamentais, adotando uma postura substancialista e concretizando os “valores fundamentais” constitucionais estacionados no Congresso Nacional, seja ao exercer controle sobre as forças políticas em atrito no processo democrático de produção do Direito. Ora, se por um lado a legitimação para impugnar leis em sede de controle concentrado de constitucionalidade é ampla, podendo fazê-lo qualquer partido com um único representante quer na Câmara quer no Senado, por outro lado, no processo majoritário, uma única voz não faz barulho. Daí que, é intuitivo que a oposição derrotada no processo majoritário se socorra à Jurisdição Constitucional com o fito de derrubar a lei aprovada a seu contragosto³⁶.

Nessa linha de raciocínio, a judicialização representa pois a “*transferência de poder para as instituições judiciais*”³⁷, em detrimento das instâncias políticas tradicionais de representação popular, Legislativo e Executivo. Doravante, relevantes questões de cunho político, social ou moral passam a ser decididas e definidas em caráter final pelo Poder Judiciário. Cabe registrar que se trata de um fenômeno mundial, alcançando inclusive países de tradição assentada na soberania parlamentar e na ausência de sistema de controle de constitucionalidade.³⁸

As raízes ou causas da judicialização se relacionam ao novo imaginário coletivo que arrimado na aposta do protagonismo judicial passa a enxergar as instâncias do Poder

35Assevera Luis Roberto Barroso: “*Ao longo dos últimos anos, verificou-se uma crescente judicialização da vida, rótulo que identifica o fato de que inúmeros questões de grande repercussão moral, econômica e social passaram a ter sua instância decisória final no Poder Judiciário e, com frequência, no Supremo Tribunal Federal. Ibidem, p.14*

36Cabe observar o grau de judicialização das questões políticas, combinada com ativismo judicial, a que chegou o cenário institucional brasileiro. A propósito, conferir o Mandado de Segurança 32.033-DF, impetrado por congressista no Supremo Tribunal Federal, no qual o relator por decisão monocrática suspendeu liminarmente a tramitação de projeto de lei que estabelecia restrições à criação de novos partidos políticos. Na ocasião, o projeto já havia sido aprovado na Câmara e recebido no Senado. Desconsiderando a inexistência de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade – hipótese reservada apenas para as emendas constitucionais tendentes a abolir as cláusulas pétreas – o Supremo, por intermédio de um único Juiz, interferiu na própria deliberação democrática de produção do Direito, realizada por 513 representantes do povo e 81 representantes dos Estados, indicando precocemente a inconstitucionalidade de algo que nem existia no mundo jurídico. No final das contas, tudo acaba com um Mandado de Segurança no Supremo Tribunal Federal.

37 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

38Idem.

Judiciário como o lugar adequado para discutir pontos que antes eram tratados nas casas de deliberação política. Assim sendo, os fatores que deságuam na judicialização são externos às atividades judiciais e não dependem do comportamento ou da vontade dos membros do Poder Judiciário. Tem-se como causa da judicialização v.g. a ascensão de um Poder Judiciário independente e autônomo no novo constitucionalismo contemporâneo e seu papel essencial na democracia. Além disso, há a desilusão e a descrença geral no processo legislativo majoritário de produção do Direito, seja pela falta de qualificação dos representantes do povo, seja pelo medonho quadro de corrupção política, ou ainda, pela deliberada omissão legislativa quando a produção do Direito envolve questões morais complexas cuja decisão inevitavelmente carrega um ônus ou um desgaste político junto ao eleitorado. Nesses últimos casos, os agentes políticos parecem preferir que as decisões sejam tomadas pelos órgãos do Poder Judiciário.

No Brasil, no entanto, a judicialização assumiu maiores dimensões em conta da constitucionalização analítica e o caráter prolixo de nossa Carta Constitucional. Afinal de contas, com Luis Roberto Barroso, “*constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis*”³⁹. Ora, se a Carta é analítica, o leque de questões a que o judiciário pode ser chamado a se manifestar seguirá a mesma extensão. Some-se a isso, o amplo controle de constitucionalidade, misto do modelo americano (controle difuso realizado por qualquer juiz ou tribunal) e do modelo europeu (ações diretas à Suprema Corte). Quanto ao último, registre-se a ampla legitimação ativa conferida pela Constituição de 1988 no art.103.

Ao lado desses fatores, podemos indicar outros elementos políticos que nos levam à judicialização, como “*o nível de profusão legislativa e o conseqüente aumento da regulamentação social*”⁴⁰. Aqui, estamos diante de uma constatação que aponta a crise na atual democracia, a minudente regulação da vida e das relações sociais. Quanto mais leis, decretos, resoluções, atos normativos de agências reguladoras se produz, ou seja, quanto mais se exercite o poder normativo, mais o judiciário será instado a se manifestar sobre a (ir)regularidade do exercício desse poder. Há ainda o elevado nível de litigiosidade social engendrado pela conquista da democratização do acesso à justiça, o que tem levado milhares de pessoas de todas as classes às portas do Poder Judiciário.

De se concluir portanto que a judicialização das questões políticas ou sociais (ou até

³⁹*Ibidem*

⁴⁰OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial (2012). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

mesmo, no limite, a judicialização da vida⁴¹) é um fenômeno decorrente do “*desenho institucional vigente*”⁴², não se constituindo ato de vontade dos membros do Poder Judiciário, mas resultado da complexidade da sociedade hodierna que busca seu ponto de capilarização no Judiciário⁴³.

No caso do Brasil, a questão da judicialização é mais conspícua; e não apenas em razão da Carta analítica, mas pela busca direta de reconhecimento (não declaração) de direitos junto ao Supremo Tribunal Federal. Basta observar a luta pelas cotas raciais, pela equiparação de direitos da união estável homoafetiva, pela descriminalização da interrupção da gestação de fetos anencefálicos, pela constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias e tantas outras. O ponto é que essas questões foram resolvidas no Supremo Tribunal Federal; e simplesmente porque as organizações que sustentavam as causas foram diretamente na Corte Suprema, uma vez que o Congresso não iniciava o processo democrático de discussão e deliberação das propostas ou, uma vez iniciado, era este totalmente improfícuo.

À guisa de exemplificação de questões judicializadas no Brasil podemos citar as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF), a interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF), restrição ao uso de algemas (HC 91952-SP), proibição do uso do amianto (ADI 3357/RS e ADI 3937/SP), demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (pet 3388/RR), extradição de Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), importação de pneus usados (ADPF 101/DF) e a judicialização da saúde, no que toca ao tratamento ou fornecimento de medicamentos não contemplados na lista do SUS, muitas vezes de alto custo e relacionados a patologias raras. Posto o quadro, consideremos agora que o acentuado grau de judicialização abre espaço para a ocorrência de outro fenômeno, o ativismo judicial.

A expressão ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos referindo-se a um modo de atuação da Suprema Corte norte-americana, caracterizado por uma jurisprudência progressista em termos de direitos fundamentais, nos anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969.⁴⁴ A ideia de ativismo judicial está relacionada a um comportamento mais amplo

41BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*, 2005, p.14

42BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

43STRECK, Lênio Luiz. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 10, Curitiba, jul./dez.2011. p. 16

44Entre 1954 e 1969, a Suprema Corte dos Estados Unidos conduziu várias transformações em torno dos direitos fundamentais sem que houvesse a participação do Congresso Nacional. Como exemplos, citem-se: a ilegitimidade de segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of education*, 1954); o direito de defesa por advogados aos acusados em processo criminal (*Gideon v. Wainwright*, 1953); o direito à não-auto-incriminação

e intenso do Poder Judiciário na concretização/reconhecimento de direitos fundamentais e valores constitucionais sem a participação dos outros poderes constituídos, Legislativo e Executivo. O ativismo judicial desloca os juízes e tribunais de sua função típica de aplicar o direito e os aproxima de uma função assemelhada a própria criação do direito.⁴⁵

Assim, temos que enquanto que a judicialização é um fato, resultante de forças externas ao Judiciário, o ativismo é uma “*atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance.*”⁴⁶ A judicialização é contingencial; o ativismo, comportamental. Ou, como assinala Lênio Luiz Streck:

...enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um *ato de vontade* do órgão judicante (portanto, comportamental), a judicialização de questões políticas ou sociais não depende deste ato volitivo do poder judiciário...⁴⁷.

O modo como o judiciário se comporta ante o inevitável quadro de judicialização excessiva a que chegamos, pode desaguar ou não em práticas ativistas, porém, importante frisar, o comportamento ativista não depende da judicialização, ou seja, pode-se ter decisões ativistas sem judicialização. Mais uma vez com Lênio Luiz Streck:

De pronto, consigno que, quando o judiciário age – desde que devidamente provocado – no sentido de fazer cumprir a Constituição, não há que se falar em ativismo. *O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o “bem”, seja para o “mal”*⁴⁸.

Estamos querendo significar com isso que o comportamento ativista do judiciário, ao contrário da judicialização, não guarda relação necessária com o perfil analítico ou dirigente da Carta Constitucional de 1988. É dizer, não é o fato de a nossa Constituição ser programática, substantiva ou se referir a valores ou mecanismos de abertura que se pode admitir um comportamento ativista ou discricionário.⁴⁹ Ou seja, a Constituição não autoriza o Judiciário a se substituir ao legislador. Isso é ativismo! Quando o intérprete passa por cima da

(*Miranda v. Arizona*); BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*.

47 STRECK, Lênio Luiz. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 10, Curitiba, jul./dez.2011, p. 16

48 STRECK, Lênio Luiz.. O que é isto – decido conforme minha consciência? Livraria do Advogado, 4º ed. Porto Alegre, 2013, p. 22.

49 OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Parâmetros Hermenêuticos da Mutação Constitucional. [Dissertação de Mestrado]. PUC-RJ. 2011, p. 38.

lei para impor aos jurisdicionados aquilo que ele acredita que a sociedade tem como correto, o que fica na dependência de suas crenças e de seus valores particular. O ativismo judicial, portanto, não esconde sua raiz solipsista⁵⁰, demonstrando sua incongruência com o regime democrático, visto que os avanços da democracia ficam à mercê das posições individuais dos membros do Poder Judiciário. Com efeito, Antoine Garapon ensina que “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”⁵¹.

Um exemplo recente e sintomático do ativismo à brasileira pode ser observado na ADIn 4.277. Trata-se do pleito de reconhecimento, para fins de proteção do Estado, das uniões estáveis homoafetivas. Inicialmente proposta como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, apontando suposta omissão do Poder Público em regulamentar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, foi convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, uma vez que não se poderia vislumbrar omissão do Poder Público em regulamentar as uniões homoafetivas, porquanto a Constituição institui para o Estado o dever de proteger as uniões estáveis entre o homem e a mulher. Enquanto ADIn, buscou-se a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil com o fito de afastar qualquer interpretação excludente do reconhecimento dos direitos aos casais homoafetivos. Visitemos, pois, a Constituição de 1988. Em seu art.226; §3º, lê-se: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem** e a **mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (*grifei*).

Observa-se que muito mais além dos contornos morais, culturais ou religiosos que envolvem esta sensível questão factual da afetividade, há uma questão jurídica inafastável. Com efeito, o desfecho a ser dado a demanda levada ao Judiciário deve (ria) ser guiado por argumentos jurídicos, não pela concepção pessoal que o juiz – homem que é – possa ter acerca da homossexualidade. E essa indelével questão jurídica se consubstancia no próprio texto normativo, é dizer, na própria redação. A forma como o Constituinte redigiu o texto vertente fecha possibilidades semânticas à extensão do reconhecimento das uniões estáveis entre casais homoafetivos. Homem e mulher, logicamente, não compreende homem e homem e mulher e mulher⁵².

50 STRECK, *op. cit.*, p. 23.

51 GARAPON, Antoine. O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia. Lisboa. Instituto Piaget, 1998, p. 49. *Apud* OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Op. cit.*, p. 39.

52 Cumpre destacar primorosa lição de Fábio de Oliveira: “Podemos discordar, considerar que a discriminação é

Diferentemente do cenário brasileiro, a Constituição de Portugal contém texto segundo o qual “*Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*”⁵³. Nesse diapasão, a inclusão de casais homoafetivos enquanto titulares do direito de constituir família e de contrair casamento é um sentido possível que se extrai das possibilidades semânticas do texto, uma vez que o vocábulo *todos* não contém sentido excludente, pode ser homem e mulher, mulher e mulher ou homem e homem. É justamente desta abertura semântica que carece o Texto Constitucional brasileiro.

Em que pese tais considerações, o pedido de reconhecimento e de equiparação das uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas foi julgado procedente à unanimidade pelo pleno do Pretório Excelso. A análise dos votos revela que a questão jurídica atinente à legitimidade de atribuição de sentido diverso de “homem e mulher”, a despeito do texto expresso, não foi levada em conta pelo Tribunal. Ao revés, os fundamentos do voto se alicerçaram em discursos morais, sociológicos ou políticos.⁵⁴ Basta verificar passagem do voto do relator, Min. Carlos Ayres Britto: “...o órgão sexual é um *plus*, um bônus, um regalo da natureza. Não é um ônus, um peso, um estorvo, menos ainda uma reprimenda dos Deuses” Lê-se num voto de outro ministro que “a homossexualidade é traço da personalidade, não é crença, ideologia ou opção de vida.” Mas quanto a considerar o Texto Constitucional como limite legítimo a uma decisão deste jaez – no fundo era a questão jurídica relevante – não houve enfrentamento da questão.

Veja-se que o ativismo do Supremo ainda foi mais longe neste caso. Em um dos votos, chega-se a dizer que o reconhecimento das uniões homoafetivas poderia nos conduzir a diminuição da discriminação e da crescente violência homofóbica. Sem embargo de a eliminação da discriminação e da violência serem louváveis, este tipo de juízo não se revela adequado a fundamentar uma decisão judicial. Trata-se de um discurso político, de política criminal; não de um discurso jurídico alicerçado no Direito. Somos levados a constatar que o desfecho da ação foi ditado e determinado pelas concepções e entendimentos pessoais dos julgadores, a denunciar o solipsismo, o decisionismo e a discricionariedade na aplicação do Direito, que ao cabo, pode resultar numa atribuição constituinte permanente ao Supremo Tribunal Federal, o qual estaria incumbido da correção axiológica da Constituição. Lapidares

odiosa, que não deveria ser deste modo, porém não podemos distorcer a redação, adaptá-la às nossas convicções. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). Voltando a problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio, p.27, *apud* OLIVEIRA, Larissa Pinha de *op. cit.*, p. 117.

⁵³*Idem.*

⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terra e brasilis. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 10, Curitiba, jul./dez.2011, p. 17.

e indispensáveis à reflexão são as palavras de Carlos Ari Sundfeld, em pronunciamento sobre os vinte anos da Constituição de 1988:

Nestes anos, foi impressionante, nas discussões em livros e processos, a *perda de prestígio das leis*, em favor de soluções concretas inventadas pelos interessados (professores, advogados, promotores, juízes), com a invocação convencional de *princípios constitucionais* – muitas vezes “implícitos”, e de conteúdo, sentido e alcance totalmente indeterminados. É como que juristas e tribunais, sentindo-se legitimados pela sobrevivência *post-mortem* do sentimento constituinte, assumissem a função de Assembleias Constituintes fantasmas⁵⁵⁻⁵⁶.

A interpretação/aplicação do Direito dependente das opções e escolhas de caráter pessoal do intérprete fragiliza a autonomia do próprio Direito e representa uma ameaça a democracia, na medida em que cada vez se afasta daquilo que a lei diz – segundo sua produção democrática – e se caminha para aquilo que o intérprete pensa que a lei diz.

A postura ativista do Supremo Tribunal Federal vem sendo justificada pela tese de que o Tribunal atua como representante argumentativo da sociedade. Com efeito, partindo-se do fato de que o exercício da jurisdição constitucional é uma manifestação do poder político e de que em uma democracia todo poder político emana do povo e em seu nome é exercido, a despeito de não serem eleitos, os membros do Judiciário também deveriam ser tidos como representantes do povo.⁵⁷ A conciliação da jurisdição constitucional com a democracia demandaria a superação da vinculação entre representação e eleição, desenvolvendo-se um modelo de democracia baseado não apenas nos conceitos de eleições e governo da maioria, mas também fundado em argumento. Com a inclusão da ideia de argumento, a democracia se converte em democracia deliberativa⁵⁸. Essa concepção de constitucionalismo discursivo parece legitimar, segundo a tese, a atuação do Judiciário no sentido de captar e acolher as

55 SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. *In*: Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. (Coords. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 15 e 16) *Apud* OLIVEIRA, *op. cit.* 39

56Na contramão do desprestígio da lei há o fortalecimento dos precedentes judiciais (uma aproximação ao sistema jurídico da *cummon law*); súmulas, súmulas vinculantes, reclamação, sistemática do recurso repetitivo e institutos quejandos que deságuam na cognominada jurisprudência defensiva. Racionaliza-se a prestação jurisdicional mediante aplicação mecânica dos precedentes a casos semelhantes (nem sempre iguais) e nega-se seguimento a recurso contrário à tese esposado pela jurisprudência da corte. A lógica é: se há súmula, inexistente possibilidade de violação à lei ou à Constituição. Isso porque “a edição de súmulas por esta Corte uniformizadora pressupõe a análise exaustiva do tema, à luz de toda a legislação pertinente, **o que afasta qualquer possibilidade de reconhecimento de violação de dispositivo de lei ou da Constituição da República**” Ag-AI-RR-57400-82.2011.5.17.0132; TST. (Grifei)

57BARROSO, *Op. Cit.*, p.18

58*Idem*.

demandas sociais mediante a atuação criativa e argumentativa do intérprete, diminuindo a objetividade e previsibilidade do Direito, uma vez que não há parâmetros delineáveis acerca das condições de possibilidade do exercício argumentativo. Inobstante, a tese tem sido secundada pelo Tribunal⁵⁹ e também em sede doutrinária.

2.2. O PAMPRINCIPIOLOGISMO

O advento da nova Constituição em 1988 impunha a necessidade de uma nova concepção a respeito da interpretação e aplicação do Direito. As inovações trazidas pela Carta cidadã não se harmonizavam com a nossa tradição jurídica, assentada num modelo liberal-individualista, oriundo das experiências do direito privado francês e alemão, que não comportava os direitos de segunda e terceira dimensões. À falta de uma teoria constitucional adequada ao novo paradigma jurídico, os juristas e os tribunais incorporaram as teorias do direito estrangeiro. Lênio Luiz Streck afirma que essas teorias foram recepcionadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo judicial o ponto comum da maior parte das posturas.⁶⁰

Com efeito, o reputado Professor ensina que as três principais teorias alienígenas – a Jurisprudência dos Valores, o Realismo norte-americano (ativismo judicial) e a Teoria da Argumentação de Robert Alexy – foram recepcionadas pelos tribunais e juristas brasileiros sem se levar em conta as diferenças de contexto histórico do Brasil com os países em que foram desenvolvidas.

No contexto alemão, a jurisprudência dos valores (*wertungsjurisprudenz*) equalizou a tensão produzida pela outorga da Lei Fundamental de 1949, fruto de um processo que não contou com a participação democrática do povo alemão. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão, na tentativa de imprimir maior legitimação à Carta, passou a recorrer a critérios decisórios externos à estrutura rígida da legalidade, fazendo referência a valores como um mecanismo de abertura de uma legalidade extremamente fechada.⁶¹

Ainda consoante Lênio Streck, verifica-se no Brasil uma mixagem das teorias alienígenas. Da jurisprudência dos valores, os juristas brasileiros tomaram a ideia de que a

59 Recorde-se o julgamento das uniões homoafetivas, no qual um ministro afirmou que aquela decisão não poderia ser considerada ativista, porquanto o Tribunal também representa a sociedade, uma representação argumentativa. A tese foi repetida no julgamento acerca da possibilidade da interrupção da gestação de fetos anencéfalos.

60 STRECK, Lênio Luiz. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 10, Curitiba, jul./dez. 2011, p. 8.

61 *Ibidem*.

“Constituição é uma ordem concreta de valores”, sendo missão do intérprete encontrar e revelar esses valores. A esses pressupostos, os juristas somaram a teoria da argumentação de Robert Alexy, sendo unânime entre os constitucionalistas a referência à distinção entre regras e princípios e a ponderação como princípio aplicável aos casos difíceis. A teoria da argumentação foi idealizada por Alexy para racionalizar a irracionalidade da jurisprudência de valores, entretanto, no Brasil, as teses foram reunidas numa verdadeira gambiarra interpretativa. Pertinente a crítica de Lênio Streck a respeito:

A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – *não é* (insista-se, efetivamente *não é*) *uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic)*, algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (*sic*)⁶².

A prática forense brasileira transformou a ponderação em um princípio, um enunciado performático capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos.⁶³ Tal fato revela uma realidade brasileira, o panprincipiologismo, expressão cunhada por Lênio Streck para designar o fenômeno, produto do neoconstitucionalismo brasileiro, que consiste na proliferação incontrolada de enunciados (*standards*) para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio do próprio Texto Constitucional, mas a pretexto da aplicação dos princípios constitucionais.⁶⁴

A respeito, consideremos o julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424 (o “caso do livro antissemita”). Parte do Tribunal entendeu que se estava diante de uma colisão de princípios constitucionais que resguardariam “valores” conflitantes e excludentes entre si. Veja que os Mins. Marco Aurélio e Gilmar Mendes adotaram a ponderação à luz do princípio da proporcionalidade para analisar a liberdade de expressão e a dignidade dos judeus e chegaram a conclusões opostas. O primeiro afirmando que a restrição da liberdade de expressão pela condenação da publicação antissemita não é medida adequada, necessária e razoável; logo, não seria uma restrição admitida pela Constituição. Por sua vez, o Min. Gilmar Mendes conclui que a restrição à liberdade de expressão pela necessidade de se coibir o *hate speech* é medida adequada, necessária e proporcional; portanto, admitida pela Constituição.

Os votos, embasados em argumentos de política ou resultantes do chamado juízo de ponderação, fragilizam a segurança jurídica, uma vez que o recurso à ponderação acaba

62 *Ibidem*, p. 10.

63 *Ibidem*, p. 11.

64 *Ibidem*, p. 12.

muitas vezes por ser uma porta aberta à discricionariedade. O perigo da ponderação resulta da concepção equivocada de que princípios são valores, através dos quais o intérprete corrige o Direito posto.

A ponderação consiste em estabelecer uma hierarquia axiológica móvel entre princípios em “conflito”. A hierarquia é móvel porquanto vale para um caso, mas pode inverte-se em um caso diferente; e o conflito, portanto, nunca é resolvido definitivamente. Ademais, a ponderação entre princípios implica o exercício de dupla discricionariedade: em um momento inicial, quando cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver.⁶⁵ A atribuição da hierarquia axiológica dos princípios é puramente subjetiva, discricionária, pois.

A ponderação entre princípios ocorre na dimensão do valor, não na dimensão da validade. É dizer, o juiz ao proceder à ponderação toma os princípios não como norma jurídica, porém como valores.⁶⁶ Incorre-se, pois, no paradoxo de se pronunciar que os princípios são normas, mas no momento da ponderação; são valores.

Convém, a respeito, registrar as lições do Prof. Eros Roberto Grau:

Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à Humanidade, porém de quem o proclame conforme seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos⁶⁷.

A referência à tirania dos valores, segundo Carl Schmitt, dá-nos “a chave para compreendermos que toda teoria dos valores nada mais faz senão atizar e intensificar a luta antiga e eterna entre convicções e interesses”⁶⁸ A submissão à tirania dos valores em pleno

65 GUASTINI, Ricardo. Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Trad. de Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Madrid, Editorial Trotta. p. 89-91. *Apud* GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes*.ed. Malheiros.2013. p. 116.

66 GRAU, *op. cit.* p. 117.

67Trecho do voto do Min. Eros Grau na ADPF 153/STF.

68 SCHMITT, Carl. “*La tiranía de los valores*” Trad. de Anima Schmitt de Otero. Revista de estudios políticos 115. Madrid, Instituto de Estudios Políticos (janeiro-fevereiro/1961) *Apud* GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes?* Editora Malheiros. São Paulo-SP. 2013, p. 120.

Estado Democrático de Direito se afigura grave violação às garantias fundamentais. As ponderações entre princípios que os juízes operam visando impor os seus valores aos jurisdicionados não se coaduna com a autonomia do Direito nem com os cânones democráticos. O Direito não pode depender desses valores pessoais do intérprete. Não podemos nos submeter a decisionismos e voluntarismos encartados em posturas discricionárias. A lei e seu texto não podem ser desprezados em função de sua interpretação. Aliás, a angústia e a insegurança jurídica de quem espera por uma decisão judicial resultam do fato de nunca se saber quando o juiz se vinculará ao texto normativo ou quando construirá argumentos metajurídicos que levem a uma solução distinta da lei, pois quando interessa à vontade de poder – consciência individual do intérprete – a lei pode valer tudo; de revés, quando não interessa, a lei nada significa. O já citado Professor Eros Roberto Grau, após seis anos experiência como juiz do Supremo Tribunal Federal, escreveu um livro intitulado *Por que tenho medo dos juízes*, onde afirma:

As coisas resultam terrivelmente perigosas quando juristas, juízes e tribunais à nossa volta danam-se a decidir a partir de *valores*, afastando-se do direito positivo. Hoje, tenho medo. (...) O que tínhamos, o que nos assistia – o *direito moderno, a objetividade da lei* –, o Poder Judiciário aqui, hoje, coloca em risco (...) endeusando princípios, a ponto de justificar, em nome da *Justiça*, uma quase discricionariedade judicial.” (Grifei)⁶⁹.

É como se os princípios fossem o canal por onde o intérprete procedesse à introdução de valores que complementam a Constituição e as leis. Assim, qualquer juiz ou tribunal poderia construir princípios que substituíssem ou derogassem dispositivos constitucionais. Um golpe na autonomia do Direito e na segurança jurídica. A respeito, da sede doutrinária, extrai-se o seguinte excerto:

E a outra face da moeda (do uso desmesurado dos princípios) é o lado do *decisionismo* e do “*oba-oba*”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça; passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta euforia com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, convertem-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com

⁶⁹ GRAU, *op. cit.*, p. 138. Necessário fazer uma pequena anotação. O Prof. Eros Grau mudou sua compreensão sobre os princípios defendida no seu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. O Professor assevera e reitera várias vezes que agora entende que princípios são regras; estas compreendem os princípios implícitos, explícitos e regras em sentido estrito.

eles, o julgador consegue fazer quase tudo o que quiser⁷⁰.

O que se observa na prática forense é que os juízes e tribunais brasileiros passaram a exercer o controle da razoabilidade e da proporcionalidade das leis. Deixa-se de aplicar a lei quando os juízes, a seu critério subjetivo e discricionário, considere-a desproporcional ou desarrazoada. Analisemos o seguinte caso: uma jovem estudante do 1º ano do ensino médio, aos 15 anos de idade, realizou as provas do Exame Nacional do Ensino Médio, obtendo 664,15 pontos e a quinta colocação na lista de aprovados para o Curso de Medicina Veterinária da Universidade Federal do Acre – UFAC. Assim sendo, pretendeu efetivar a sua matrícula junto a IFES. Entretanto, pelo fato de ter apenas 15 anos e a Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) garantir ao estudante o direito de receber o certificado de conclusão do ensino médio com base nas notas do ENEM, ainda que não o conclua formalmente, **mas desde que tenha 18 anos**, ela precisou se socorrer às portas do judiciário.⁷¹ Ora, se a lei previu a hipótese de um estudante ser considerado concluinte do ensino médio com base nas notas do ENEM, mas elegeu como condição o requisito de ter pelo menos 18 anos, não haveria dificuldade de se aplicar a lei ao caso concreto. A pretensão da nobre estudante não poderia ser acolhida tendo em conta que a lei elegeu como critério objetivo a idade mínima de 18 anos para que seja reconhecida a conclusão do ensino médio com base nas notas do ENEM. Permito-me, porém, transcrever a sentença:

Relatado o essencial. Decido. O Direito de acesso à Instituição de Ensino Superior deve prevalecer em relação à previsão do art. 44 da Lei Federal n. 9.394/96 (LDBE), pois, em que pese a previsão no Edital de apresentação do Certificado de Conclusão do Ensino Médio, não se afigura razoável que, após obter a aluna aprovação no SISU, seja ela impedida de promover matrícula para o curso cuja vaga logrou ser aprovada. (...) Não obstante a exigência etária estabelecida para aqueles que intencionarem obter o aludido certificado com base unicamente em aprovação nos processos seletivos de acesso ao nível superior, há de se *prestígiar os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade em detrimento de imposições meramente formais*⁷².

É o suficiente para confirmar tudo que já foi dito no presente capítulo. A invocação genérica dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade se afigura uma escusa para o

70 SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 199-200.

71 Aos 15 anos, jovem consegue liminar para cursar veterinária na Ufac (05/02/2014). Disponível em: <<http://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2014/02/aos-15-anos-jovem-consegue-liminar-para-cursar-veterinaria-na-ufac.html>> Acesso em: 29 mar. 2014.

72 *Idem*.

descumprimento da lei. Ademais, a disciplina legal, fruto da produção democrática do direito, é tachada de mera imposição formal. O ativismo e a inadequada compreensão dos princípios, do modo como são praticados no Brasil, estão bem explícitos nessa sentença.

2.3. A RAIZ COMUM – O PARADIGMA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA

A postura ativista do judiciário, o discricionarismo e o decisionismo são fenômenos ligados a uma raiz comum: a concepção do direito atrelada aos paradigmas aristotélico-tomista da filosofia da consciência.⁷³ A superação do paradigma da filosofia da consciência – e o sujeito solipsista – é um imperativo do Estado democrático de direito. As transformações ocorridas no século XX no campo da filosofia modificam radicalmente o pensamento jurídico moderno. Por um lado, no campo jurídico, a revolução do direito público mudou o centro gravitacional do direito, deixando de ser os códigos de direito privado e passando a ser a Constituição a pedra de toque de toda a ordem jurídica. Isso por si só implicou uma revolução metodológica, pois os métodos do direito privado não mais se revelavam adequados ao manejo dos novos textos constitucionais de viés democrático. Nesse sentido, os novos diplomas constitucionais se destinavam a concretizar uma ordem democrática e por isso deveriam nos conduzir a uma esfera pública e intersubjetiva de legitimação dos atos do poder público⁷⁴.

Por outro lado, outra revolução no campo filosófico – o *linguist turn* – redefine o papel da linguagem no processo de conhecimento. A linguagem assume papel central na relação do homem com o mundo. No paradigma da filosofia da consciência, alicerçada no esquema sujeito-objeto, a subjetividade do sujeito *assujeita* o objeto ao seu alvedrio. Esse sujeito é o solipsista (quer dizer, egoísta, que se basta, encapsulado, que não sai de si no momento de decidir)⁷⁵. Segundo esse paradigma, a verdade é estabelecida pelo sujeito a partir de sua consciência, de sua vontade ou representação. O Eu subjetivo controla o mundo. É esse modelo paradigmático que ampara o ativismo, a discricionariedade judicial e o decisionismo, enfim, o “estado de barbárie interpretativo”⁷⁶.

73STRECK, *op. cit.*, p. 59.

74STRECK, Lênio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n.10, p. 24, jul./dez.2011

75STRECK, *op. cit.*, p. 61.

76 No sentido hobbesiano do termo; expressão utilizada por Lênio Luiz Streck em Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

Com o giro ontológico-linguístico⁷⁷ e o novo papel da linguagem enquanto “condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação”⁷⁸ rompe-se a concepção de sujeito que apreende seu objeto e instaura-se a relação sujeito-sujeito, uma vez que o conhecimento se opera no interior de uma prática intersubjetiva.⁷⁹ O giro ontológico-linguístico opera um “deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação”.⁸⁰ Melhor nas palavras de Lênio Luiz Streck:

O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos fora de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente não está à nossa disposição⁸¹⁻⁸².

É nesse passo que surge a hermenêutica filosófica do alemão Hans-Georg Gadamer fundada na centralização da linguagem enquanto forma de acesso ao mundo e condição de possibilidade da compreensão⁸³. Nesse contexto, a atribuição de sentido se desloca da autoconsciência do sujeito para a linguagem, espaço *a priori* compartilhado intersubjetivamente. É dizer, abandona-se a concepção do sujeito que assujeita seu objeto e observa-se uma concepção intersubjetiva pautada pela relação sujeito-sujeito, na qual a atribuição de sentido, por ser condicionada a linguagem comum dos sujeitos – cultura – não é livre à arbitrariedade do intérprete, sujeito.

77 O giro ontológico-linguístico é a invasão da linguagem no mundo prático da filosofia.

78 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. **Rev. Ampl.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 128.

79 *Ibidem*, p. 162.

80 STRECK, *op. cit.* p. 63.

81 STRECK, *op. cit.* p.62.

82 O giro ontológico-linguístico no contexto da superação do paradigma da subjetividade parece ter sido expresso por Fernando Pessoa nos versos: “*O Universo não é uma ideia minha. A minha ideia de Universo é que é uma ideia minha. A noite não anoitece pelos meus olhos. A minha ideia da noite é que anoitece pelos meus olhos*”.

83 STRECK, *op. cit.* p.167.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

3.1. PERSPECTIVA HISTÓRICA

A assunção da Constituição enquanto documento fundamental do Estado implica sua supremacia em relação à ordem jurídica. A Constituição no ápice do ordenamento jurídico demanda o estabelecimento e a disciplina de mecanismos que expurguem do sistema todas as normas que forem produzidas em desconformidade com o processo legislativo estabelecido por ela – aqui teremos a inconstitucionalidade formal – ou que veiculem conteúdo incompatível com suas disposições – inconstitucionalidade material. As normas produzidas em contradição formal ou material com a Constituição devem ser defenestradas do sistema jurídico. Os mecanismos de controle de constitucionalidade exsurgem como o meio através do qual um órgão do Estado velará pela intangibilidade da Constituição, declarando a ineficácia das leis que afrontem as cláusulas constitucionais.

A adoção de vários modelos de sistemas de controle de constitucionalidade ao redor do mundo demonstra a riqueza do tema e sua capacidade de adaptação aos mais diversos sistemas políticos. Nesse contexto, a cultura jurídica predominante atribui aos órgãos do poder judiciário a tarefa de constatar e expulsar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição. O primeiro sistema de controle de constitucionalidade efetuado pelo poder judiciário com a declaração de inconstitucionalidade de lei ocorreu nos Estados Unidos no ano de 1803, no célebre caso *Marbury x Madison*. Inaugurou-se o *judicial review* – a possibilidade de revisão da lei pelo judiciário no que toca a sua adequação à Constituição; fenômeno que se espalhou por toda cultura jurídica mundial.

Inspirado no modelo norte-americano, o regime republicano instaurado pela Carta de 1891 consagrou entre nós o chamado modelo difuso de controle, também conhecido como o controle por via de exceção ou o modelo incidental. Segundo este modelo, todos os juízes e tribunais, na solução do caso concreto, analisam a compatibilidade da lei aplicável ao caso com a Constituição. A constitucionalidade da lei é enfrentada como uma preliminar de mérito da causa. Se a lei é tida como constitucional, aplica-se ao caso concreto; se não, o caso é solucionado sem a sua aplicação.

Nesse quadro, a Constituição de 1891 incorporou o modelo difuso ao prever a competência dos juízes e tribunais federais para processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal (Art. 60, a).E mais, o Supremo Tribunal Federal é competente para rever as sentenças das Justiças dos

Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, §1^a, a e b).

Sintetizando o modelo difuso adotado, a Lei de n. 221/1894, dispôs que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”. Cada órgão do poder judiciário, portanto, é investido no poder de exercer o controle de constitucionalidade.

Com o advento da Carta Constitucional de 1934, mudanças significativas foram introduzidas no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Inicialmente, adotou-se a *full bench*, ou seja, a necessidade de que a declaração de inconstitucionalidade das leis ocorresse por decisão da maioria absoluta dos membros dos tribunais. Essa exigência persiste no Direito Constitucional brasileiro até os dias de hoje⁸⁴. Paralelamente, a Constituição atribuiu competência ao Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV, e 96). A intervenção do Senado era o mecanismo empregado para emprestar eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. É que, ao contrário da cultura norte-americana da *commun law*, na qual as decisões da Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade têm por si só eficácia *erga omnes* e vinculam os juízes na solução dos casos futuros em razão do mecanismo do *stare decisis* (onde os precedentes judiciais devem ser obrigatoriamente observados), a cultura jurídica brasileira da *civil law*, também denominado sistema romano-germânico, não atribuía aos precedentes judiciais a mesma expansão e força vinculante que se observa no sistema anglo-saxão. Essa particularidade do sistema romano-germânico enseja o problema do conflito entre decisões de alguns juízes afirmando a inconstitucionalidade da lei e de outros afirmando a sua constitucionalidade. Tal contradição não se observa no sistema da *commun law*, porquanto, como já visto, os precedentes judiciais da Suprema Corte vinculam os demais órgãos do judiciário em função do *stare decisis*⁸⁵.

Pois bem, como já salientado linhas acima, a Constituição republicana de 1891 adotou

84 CRFB/88, Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

85 *Stare decisis* vem de uma expressão mais extensa, a *stare decisis et non quieta movere* e pode ser entendida como “ficar com as coisas decididas”.

o modelo difuso de constitucionalidade, inspirado no modelo norte-americano, sem embargo de não acatar a sistemática do *stare decisis*, uma vez que nossa tradição jurídica é assentada no sistema jurídico da *civil law*. Assim sendo, a não prevalência do *stare decisis* no modelo difuso de constitucionalidade trouxe um problema à jurisdição constitucional brasileira, pois que as decisões do Supremo Tribunal Federal eram dotadas de efeitos apenas *inter partes*, possibilitando a coexistência de respostas judiciais diversas para os mesmos casos. É na tentativa de atenuar o problema da insegurança jurídica causada pelas respostas constitucionais díspares que o Constituinte de 1934 atribuiu ao Senado Federal a precitada competência para suspender a execução de diploma legal ou regulamentar declarada inconstitucional pelo Supremo, emprestando desse modo efeito *erga omnes* à decisão do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro. Esse mecanismo de participação do Senado no controle de constitucionalidade foi mantido na Constituição de 1946 (art. 64), na Constituição de 1967/69 (art. 42, VII) e na atual Carta no art. 52, X. Em termos gerais, assim funcionou o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, com perfil difuso ou incidental.

Em 1965, porém, com o advento da Emenda Constitucional n. 16, introduziu-se entre nós outro sistema de controle de constitucionalidade, o modelo austríaco. Idealizado por Hans Kelsen, este modelo funciona com um órgão constitucional – Suprema Corte Constitucional – incumbido de apreciar a constitucionalidade da lei e atos normativos federais ou estaduais em tese, ou seja, desvinculado do caso concreto. Segundo este modelo, o controle de constitucionalidade é exercido de modo concentrado perante a Suprema Corte, cuja decisão acerca da constitucionalidade ou não da norma examinada terá efeitos *erga omnes* e vinculantes por si só. A EC/16 trouxe a representação genérica de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual reservada à iniciativa exclusiva ao Procurador-Geral da República. Curiosamente, a proposta de alteração do art.64 da Constituição, concedendo eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo, típica do modelo concentrado recém adotado, foi rejeitada.⁸⁶ Apenas em 1977 o Supremo Tribunal Federal reconhece e afirma a dispensabilidade da intervenção do Senado Federal como condição de eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, tendo em conta a “redução teleológica” do art. 42, VII da Constituição de 1969.

A partir da EC/16, portanto, passa a existir no direito brasileiro os dois modelos de

86 BRASIL, Constituição de 1946, p. 88-90. In MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Curso de Direito Constitucional. 5ª edição. Ed. Saraiva. 2010, p. 1024.

controle de constitucionalidade, o difuso e o concentrado, com predomínio do primeiro. Por um lado, manteve-se o poder de qualquer órgão investido de jurisdição de apreciar a constitucionalidade das leis como uma preliminar de análise do mérito do caso concreto, por outro, instituiu-se a provocação direta do Supremo Tribunal Federal para a análise da constitucionalidade da lei em tese. Como essa possibilidade era reservada exclusivamente ao Procurador-Geral da República, o modelo que preponderava na jurisdição brasileira era o modelo difuso.

A partir da Constituição de 1988, entretanto, o Direito Constitucional brasileiro envereda para um sistema de controle de constitucionalidade mais acentuado pelo modelo austríaco de fiscalização abstrata das leis e atos normativos. A criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade com o alargado grau de legitimidade ativa, não só das instituições públicas, mas também de seguimentos da sociedade civil, aumentou a procura pelo Supremo com a finalidade de obtenção de uma declaração de inconstitucionalidade da lei desvinculada de qualquer caso concreto. Os legitimados passam a atuar como defensores da ordem jurídica objetiva. Ademais, a Constituição de 1988 inovou ao trazer a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, posteriormente, a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Se no modelo pré-Constituição de 1988 a iniciativa para instaurar o processo abstrato de fiscalização normativa era reservada ao Procurador-Geral da República, os novos instrumentos estabelecidos pela ordem constitucional e a dilatação dos legitimados a deflagrar o processo objetivo hipertrofiou o controle concentrado de constitucionalidade na jurisdição constitucional brasileira. Antes restrito ao Procurador-Geral, o processo de controle abstrato de constitucionalidade das leis pode ser iniciado agora, nos termos do art. 103 da Lei Maior, pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, pela Mesa de uma Assembleia Legislativa, pelo Governador de Estado, pelo Procurador-Geral da República, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo partido político com representação no Congresso Nacional e pelas confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Consoante a dicção constitucional, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado produzirão eficácia contra todos e efeitos vinculantes relativamente a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta e indireta, federal, estadual ou municipal. Portanto, assim coexistem no sistema judicial de controle de constitucionalidade brasileiro o modelo difuso e o modelo concentrado, antes mais acentuado no primeiro, hoje mais centrado no segundo. No Supremo Tribunal Federal o modelo difuso conduz o Tribunal a analisar a aplicação dada à

Constituição como preliminar de mérito de um caso concreto; o modelo concentrado, conduz o Tribunal a fixar uma tese sobre a constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo federal ou estadual.

3.2. O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO

Conforme sublinhado linhas acima, o papel constitucional atribuído ao Senado Federal desde da Constituição de 1934 adveio da necessidade de conferir efeitos *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal em sede de controle difuso em razão da tradição romanística de nosso Direito que não comporta a sistemática do *stare decisis*. Portanto, a eficácia contra todos da decisão do Supremo em sede de controle difuso fica dependente da resolução do Senado suspendendo a execução da lei a teor do art. 52, X, da Constituição de 1988.

Segundo Paulo Brossard, o Senado Federal pratica ato político que “confere efeito geral ao que era particular (...), generaliza os efeitos da decisão”.⁸⁷ A doutrina constitucional há tempos se debruça acerca dos efeitos da resolução do Senado, afirmando preponderantemente que a “suspensão da lei equivale à sua revogação”⁸⁸ e que as relações juridicamente constituídas sob a égide da lei suspensa devem ser preservadas, uma vez que a resolução tem efeitos *ex nunc*.⁸⁹ Ao contrário do que ocorre nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado, no qual o Tribunal sanciona a inconstitucionalidade com a retirada da eficácia da lei *ab initio*, desconstituindo seus efeitos desde o momento da entrada da lei em vigor, a suspensão da lei pela resolução do Senado produz efeitos *ex nunc*. Ensina-nos Lênio Luiz Streck:

Suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei. (...) Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei. Pode-se agregar ainda outro argumento: a suspensão da lei somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela simples razão de a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia. Daí a diferença entre suspensão/revogação e retirada de eficácia. Sem eficácia, a lei fica nula; sendo nula a lei, é como se nunca tivesse existido. Se até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada

87 BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais, **Revista de Informação Legislativa**.13. p.50. In MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. Ed. Saraiva. 2010, p. 1.242.

88 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Teoria das Constituições rígidas*. p. 211. In MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 1242.

89 *Idem*.

em sede de controle concentrado. (...) o Senado, integrante do Poder Legislativo, ao editar a resolução que suspende a execução da lei, atuará não no plano da eficácia da lei (essa é feita em controle concentrado pelo STF), mas, sim, no plano da vigência da lei. Daí que, no primeiro caso – controle concentrado – o efeito pode ser *ex tunc*; no segundo caso – controle difuso – o efeito somente poderá ser *ex tunc* para aquele caso concreto e *ex nunc* após o recebimento desse *plus* eficaz advindo de um órgão do Poder Legislativo⁹⁰.

Portanto, enquanto que no controle concentrado a regra é que a decisão tenha efeitos retroativos *erga omnes*, a eficácia retroativa da declaração incidental de inconstitucionalidade no modelo difuso é limitada às partes envolvidas no caso concreto. Ora, se se reconhecer que os efeitos do modelo concentrado são iguais aos do difuso a própria diferença entre eles cairia por terra. Ademais, o papel do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade se reveste de alta importância democrática sob o ângulo da harmonia entre os poderes constituídos. É que em tempos de Estado Democrático de Direito, a nossa Constituição de 1988 parece ter democratizado o debate acerca da constitucionalidade das leis. O maior indicativo disso é o amplo rol de legitimados a propor ações diretas no Supremo.

Nessa esteira democrático-participativa, a Lei n. 9.868/99 ao regulamentar o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo trouxe a figura do *amicus curiae*, consubstanciado na admissão de entidades e órgãos no procedimento, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, que trarão elementos e informativos históricos, sociais, científicos ou específicos a fim de contribuir e enriquecer a discussão na Suprema Corte. Trata-se de mecanismo democrático que possibilita uma análise plural e democrática acerca da constitucionalidade da lei, agregando maior legitimação à decisão. Nesse contexto, a participação democrática no controle de constitucionalidade também está presente de forma indireta. A intervenção do Senado Federal figura como “possibilidade de chancela dos representantes do povo”⁹¹ no processo de controle difuso.

Além do mais, a intervenção do Senado se faz necessária para evitar possível violação ao sistema de direito constitucionais, como o do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, porquanto a atribuição de eficácia vinculante e *erga omnes* às decisões exaradas em controle difuso atinge milhões de interessados que não tiveram oportunidade de se manifestar no processo de índole subjetiva. Esse desfecho não parece consentâneo com a

90 STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

91 *Ibidem*, p. 7.

diretriz democrática inaugurada pela Constituição.⁹² Por essa razão, a importância do art. 52, X, se reveste no “deslocamento do pólo de tensão só solipsismo das decisões do judiciário em direção da esfera pública de controle dessas decisões.”⁹³

O Senado Federal, enquanto Casa do Congresso Nacional, é o espaço de representação política da Federação. Assim, encontra-se legitimado a suspender instrumentos normativos dos integrantes federados. Daí a opção constituinte de atribuir ao Senado a competência hoje inculpada no art. 52, X, da Constituição de 1988. A participação do Senado revela portanto o viés democrático que “parte do controle reflexo do povo na eleição de representantes dos entes federados e o trato e o equilíbrio necessários à harmonização do sistema federativo brasileiro”⁹⁴

Destaca a doutrina ainda que como se trata de uma Casa do Poder Legislativo o Senado Federal não está obrigado a exarar resolução suspendendo a execução da lei tida como inconstitucional pelo Supremo. Porém, se vier a fazê-lo deverá se ater aos exatos termos decididos pelo Pretório Excelso. Nesse raciocínio, asseverou o Min. Victor Nunes Leal:

(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar⁹⁵.

No julgamento da Rcl 4335 – AC, o Min. Gilmar Mendes, relator, apresentou uma releitura (ou a sua leitura) sobre o papel da Câmara Alta no controle de constitucionalidade, apontando que aquela Casa Legislativa somente procede à publicização das decisões tomadas

92 Nesse sentido cabe lembrar que a Reforma do Judiciário implementada pela EC 45/04 trouxe ao Direito Constitucional brasileiro a figura da súmula vinculante adotada pelo Supremo Tribunal por decisão de dois terços dos seus membros (8 votos), após reiteradas decisões sobre matéria constitucional objeto de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas. A súmula, no caso, vinculará todos os órgãos do poder judiciário e da administração pública, direta e indireta, federal, estadual e municipal. No caso das súmulas vinculantes, observa-se pelo menos três requisitos básicos: o quórum qualificado de oito votos, reiteradas decisões sobre matéria constitucional no mesmo sentido e grave insegurança jurídica. De revés, a se admitir a tese dos efeitos vinculantes e *erga omnes* em sede de controle difuso, teremos que os mesmos efeitos das súmulas podem ser estabelecidos por uma única decisão tomada por seis votos. Assim, se o Supremo Tribunal quiser atribuir efeitos vinculantes a uma decisão no controle difuso deverá se socorrer, atendidos os requisitos, ao procedimento da súmula vinculante.

93 STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. *op.cit.* p.17.

94 *Idem.*

95 MS 16.512, voto do Ministro Victor Nunes Leal, *RTJ*, 38(1)/23. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira, *et al. op. cit.* p. 1243.

pelo Supremo em sede de controle difuso. Nesse caso, a decisão do Tribunal teria de *per se* força o bastante para se irradiar para além das partes envolvidas no caso concreto. O caminho percorrido para se chegar a esta conclusão foi a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República. Segundo o Min. Gilmar Mendes, uma série de inovações legislativas tanto de magnitude constitucional bem como em termos de legislação ordinária processual permite induzir que o legislador agiu no sentido de conferir eficácia geral às decisões do Supremo no processo de controle difuso de constitucionalidade. Os argumentos levantados pelo Min. Gilmar Mendes serão a seguir expostos.

Inicialmente, o Min. Gilmar Mendes levanta uma questão de ordem dogmática, sustentando que a atribuição ao Senado Federal de função substantiva de suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo atenta contra a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Na ótica do eminente constitucionalista brasileiro, ainda que se reconhecesse efeitos *ex tunc* da retirada da lei pelo Senado, a participação dessa Casa Legislativa representa “antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional”⁹⁶, isso porque a não aplicação da lei devidamente declarada inconstitucional não pode depender exclusivamente da vontade de órgão eminentemente político. Se a doutrina brasileira aportava um largo número de trabalhos acadêmicos afirmando a nulidade da lei inconstitucional, apontando que se a lei era inconstitucional era *ipso jure* nula, deveria ter defendido de forma coerente que o ato de suspensão do Senado destinava-se exclusivamente a publicizar a decisão do Supremo. Nesse sentido, considerando a teoria da nulidade *ab ovo* da lei inconstitucional, “dizer que o Senado suspende a execução da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo inexistente ou ineficaz, não pode ter suspensa a sua execução.”⁹⁷ Dessa forma, o entendimento segundo o qual a intervenção do Senado apenas confere publicação ampla à decisão do Supremo é a mais consentânea com a teoria da nulidade da lei inconstitucional.

No que pertine as questões processuais, segue o Min. Gilmar Mendes afirmando que o fato de a reforma do Código de Processo Civil ter permitido ao relator por decisão unipessoal prover recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (art. 557, § 1º- A do CPC) indica que “o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental (...), quanto

96 MENDES, *et. al. op. cit.*, p. 1248.

97 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 145-146. *Apud* MENDES, *et al. op. cit.* p. 1249.

nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal”⁹⁸ Além do mais, em controle de constitucionalidade do direito municipal, o Supremo vem conferindo efeitos vinculantes não só a parte dispositiva da declaração de inconstitucionalidade, mas também aos fundamentos determinantes da decisão, tendo em conta a grande repetição de casos idênticos, considerado o elevado número de municípios integrantes da Federação. Nas palavras do Min. Gilmar, “semelhante orientação só pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal”⁹⁹. Há ainda o entendimento vitorioso no Supremo segundo o qual, havendo manifestação do Plenário afirmando a inconstitucionalidade de determinada lei, os órgãos fracionários dos tribunais estariam desabonados do dever de observar a cláusula de reserva de plenário inscrita no art.97 da Constituição de 1988 e poderiam decidir diretamente o caso concreto sem remeter a questão constitucional para o órgão pleno.¹⁰⁰ Outro argumento trazido pelo Min. Gilmar Mendes é relacionado ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas, nas ações civis públicas ou no mandado de segurança coletivo. Se a decisão tomada nessas ações têm eficácia *erga omnes*, revela-se “completamente inútil” a comunicação ao Senado caso se entenda que a função dessa Casa é outra senão a publicação da decisão do Supremo.

A redução de significado do modelo difuso de controle exsurgiu com a amplitude conferida ao modelo concentrado, dotado inclusive da possibilidade de suspensão liminar da eficácia da lei ou do ato normativo impugnado, com eficácia *erga omnes*, mediante pedido de medida cautelar. Ora, questiona o Min. Gilmar, o Supremo pode “suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?”¹⁰¹ Segundo o Min. Gilmar, a única resposta plausível é que a suspensão da execução pelo Senado “assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica”¹⁰², baseada numa concepção “ultrapassada”¹⁰³ da separação dos poderes.

Em sua linha de raciocínio, o Min. Gilmar afirma que o processo de obsolescência do art. 52, X, da Constituição pode ser constatado no fato de que o instituto da suspensão da execução pelo Senado se mostra inadequado e inviável nos casos em que o Tribunal adota a

98 MENDES, *op. cit.*, p. 1250

99 *Idem.*

100 RE 190.728, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 30/5/1997; AI-AgRg 168.149, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 4/8/1995, p. 22520; RE 191.898, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 22/8/1997, p. 38781.

101 MENDES, *et al. op. cit.* p. 1244.

102 *Idem.*

103 *Ibidem.*

técnica da interpretação conforme à Constituição, hipótese na qual o Tribunal não declara a ilegitimidade da lei, mas limita-se a fixar qual é a interpretação com ela compatível; no caso de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, quando então um significado normativo é tido como inconstitucional sem que se altere o enunciado normativo; e no caso de declaração de não recepção das normas pré-constitucionais realizada pelo Supremo¹⁰⁴.

Por todas essas razões, conclui o Min. Gilmar que a “decisão da Corte contém essa força normativa”¹⁰⁵ suficiente para de *per si* produzir efeitos gerais *erga omnes*. Portanto, resta ao Senado o mero “dever de publicação”¹⁰⁶ da decisão do Supremo.

3.3. MUTAÇÃO (IN) CONSTITUCIONAL

A despeito dos argumentos levantados pelo Min. Gilmar Mendes, teremos a missão no presente trabalho de demonstrar a impossibilidade de se afirmar a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional sobre o art. 52, X, da Constituição de 1988. Mister ressaltar que não se trata de rebater um por um os argumentos lançados pelo Ministro, porém, antes, focaremos no conceito e nos limites do fenômeno que nesta monografia foram desenvolvidos.

Pois bem, como já desenvolvido linhas acima¹⁰⁷, a necessidade de demarcar limites à ocorrência da mutação constitucional se consubstancia na imperiosa necessidade de defesa da Constituição, ou melhor, da força normativa da Constituição, porquanto na falta desses limites “já não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais, porque a afirmação, sempre possível, da existência de uma mutação constitucional não se pode provar nem refutar”¹⁰⁸. Portanto, a fim de evitar a fragmentação e o enfraquecimento da normatividade da Constituição, que ficaria mercê das injunções políticas momentâneas, necessário fixar limites palpáveis à atividade interpretativa da aplicação do Direito.

A partir do método normativo-estruturante, de Friedrich Muller, Konrad Hesse afirma que o texto normativo possui “elementos firmes a respeito dos quais, a despeito de interesses e pré-compreensões, não caberia qualquer discussão”¹⁰⁹ Ao desenvolver ideias sobre o âmbito normativo e o programa normativo, Konrad Hesse chega à conclusão de que o texto

104 MENDES, *et. al.*, *Op. cit.*, p. 1245

105 MENDES, *et. al.*, *Op. cit.*, p. 1252

106 *Idem.*

107 Ver item 2.3 do presente trabalho.

108 HESSE, *op. cit.*, p.151.

109 HESSE, *op. cit.*, p. 162

normativo exsurge como limite fundamental e indispensável à mutação constitucional. Portanto, o texto é o limite da atividade interpretativa do poder judiciário¹¹⁰. Dentro do contexto da necessária ruptura com a filosofia da consciência, imperativo do Estado Democrático de Direito, e o surgimento da hermenêutica filosófica, a linguagem se erige como meio de acesso ao mundo, assumindo a posição de condição de possibilidade da compreensão. Se por um lado em termos teórico o texto normativo é significante e a norma expressa um significado que resulte da interpretação do texto, por outro, texto e norma são inseparáveis. Se não são a mesma coisa, não têm existência autônoma ou independente. Nessa esteira, a superação do “dualismo texto-norma implica compreender que o texto não carrega em si o seu próprio sentido, (...) mas também desempenha relevante papel na compreensão, de maneira que não deve ser ignorado¹¹¹. Dessa forma, não há como cindir o texto do seu sentido ou defender a dicotomia existencial texto-norma. Nas palavras de Lênio Luiz Streck

...não percebemos, de forma distinta (cindida), primeiro os textos para, depois, acoplar-lhes sentidos. Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo/aplicativo – é unitário, o texto (pensemos, fundamentalmente, na Constituição) não está, e não nos aparece, desnudo, como se estivesse à nossa disposição¹¹².

Assim, justamente em razão do fato de o texto não está à nossa disposição (é dizer, à disposição do intérprete) é que deve o intérprete estar aberto para a opinião do texto, pois “quem deseja compreender um texto tem de estar, em princípio, disposto a deixar-se dizer algo por ele. Uma consciência formada hermeneuticamente tem de se mostrar receptiva desde o princípio à alteridade do texto.¹¹³ Isso significa que apesar da posição de pré-juízo em que se encontra o intérprete, “condicionado por suas crenças políticas, filosóficas e religiosas, bem como sua inserção socioeconômica”¹¹⁴, o interpretar não se traduz em um processo livre, mas pautado por limites hermenêuticos hauridos do texto. Nesse sentido, afirma Gadamer: “ Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas

110 Nesse sentido, já alertava Ronald Dworkin: “*I said earlier that the theoretical argument among constitutional scholars and judges was never really about whether judges should change the Constitution or leave it alone. It was always about how the Constitution should be interpreted*”. DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: the moral reading of American Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p. 15. *Apud* OLIVEIRA, *op. cit.* p. 56.

111 OLIVEIRA, *op. cit.* p. 57.

112 STRECK, *op. cit.*, p. 26.

113 GRAU, *op. cit.*, p. 69.

114 GRAU, *op. cit.*, p. 71.

mesmas”¹¹⁵. Portanto, “o deixar-se determinar pela coisa mesma é, assim, a tarefa primeira, constante e última do intérprete”¹¹⁶. Rechaça-se assim a objetificação do texto, ao reconhecer que ele tem a sua opinião e que não pode ser instrumentalizado como “produto da consciência/subjetividade do intérprete”¹¹⁷.

Conectados com estas premissas, percebe-se que a afirmação da ocorrência da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição não se sustenta a menos que se desconsidere o texto normativo posto e se reconstrua outro. Com efeito, observa-se nesse sentido passagem do voto do Min. Eros Grau, que acompanhou a tese da mutação constitucional encampada pelo Min. Gilmar Mendes:

Isto posto, cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes. S. Excia. Extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica *mutação constitucional*: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. **Note-se bem que S. Excia. Não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos mutação constitucional**¹¹⁸.

A mutação constitucional é a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. **Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro**¹¹⁹.

Salta aos olhos a incongruência destas passagens do voto do Min. Eros Grau. Inicialmente, adota a definição de mutação constitucional como a “transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale

115GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução por Enio Paulo Giachini. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005. *Apud* OLIVEIRA, *op. cit.* p. 59.

116GRAU, *op. cit.* p. 68

117OLIVEIRA, *op. cit.* p. 59.

118Voto-vista do Min. Eros Grau na Rcl 4335/AC, Brasília, 19 abr. 2007. Grifos próprios.

119Grifos próprios.

dizer, na sua dimensão constitucional textual.” Logo em seguida, porém, ele afirma que o Min. Gilmar Mendes teria proposto uma autêntica mutação constitucional ao afirmar que “S. Exa. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição”.

A vingar essa tese, portanto, estaremos a admitir e a reconhecer em favor do Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de corrigir axiologicamente a Constituição alterando livremente seus enunciados normativos. Na verdade, a livre atribuição de sentido para além dos limites semânticos dos textos, coloca o Supremo numa posição equiparada ao Poder Constituinte, de natureza permanente, totalmente incompatível com a força normativa da Constituição e com o quadro do Estado Democrático de Direito.

Esta concepção equivocada acerca do fenômeno da mutação constitucional representa um grave problema hermenêutico, porquanto advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição constitucional e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Logo, estamos diante de uma substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário, possibilitando que a Constituição seja reescrita diuturnamente pela atividade interpretativa do judiciário, sob a pauta ética e valorativa dos juízes.

A atividade jurisdicional da Suprema Corte, dentro do nosso quadro democrático, é garantir os direitos fundamentais e defender a normatividade da Constituição. Porém, não pode cair no paradoxo de, pretextando garantir a Carta, subverter seu texto ao seu alvedrio e enfraquecer a sua normatividade. Afinal de contas, em nossa democracia constitucional, o Poder Judiciário não tem função legislativa. Daí o perigo de afirmar que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é, uma vez que a partir daí não se tem segurança nenhuma. Daí a observação de Lenio Streck, Marcelo Cattoni e Martonio Mont'Alverne:

Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é o seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte¹²⁰.

A objetificação do Direito, manipulado livremente pelo sujeito solipsista, representa a

120 STRECK, *et. al.*, *op.cit.* p. 21.

própria derrocada da democracia e da cidadania. Nesse contexto, os limites hermenêuticos à ocorrência da mutação constitucional, consubstanciados no limite semântico do texto, privilegia o texto constitucional democraticamente aprovado em detrimento de concepções voluntaristas e subjetivistas no ato interpretativo. Daí que o ato de interpretar não pode ser um ato de vontade, porquanto os jurisdicionados não podem ficar mercê da individualidade dos aplicadores do Direito. Controlar as decisões judiciais é antes de tudo uma exigência democrática. Se a produção do direito é democrática, sua aplicação não pode ser levada a cabo por injunções de caráter pessoal daquele que se investe em tal função.

Ainda que não se reconheça a importância histórica, democrática e federativa de que se reveste a intervenção da Câmara Alta no processo de controle difuso de constitucionalidade, é dizer, ainda que se acredite que o modelo ideal de sistema de controle de constitucionalidade é atribuir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões exaradas *incidenter tantum*, há que se curvar a normatividade da Constituição, que não abre possibilidade semântica que sustente a tese segundo a qual caberia ao Senado apenas dar publicidade a decisão tomada pelo Pretório Excelso. A leitura do texto não comporta semelhante sentido. E não há, como já se disse, existência autônoma e independente entre texto e norma. Não é legítimo, portanto, que a atividade interpretativa subverta o texto constitucional mediante a atribuição arbitrária e ilimitada de sentidos, num processo constante de reavaliação e reescrita da Constituição à medida que o efeito do tempo empurra as normas constitucionais a um incisivo processo de obsolescência normativa. No caso do art. 52, X, da Constituição de 1988, objeto da presente monografia a respeito dos efeitos do controle difuso, a pretensa afirmação de mutação constitucional ultrapassa os limites da atuação legítima da atividade jurisdicional e descamba para um exercício de poder constituinte permanente por conta dos 11 juízes do Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho monográfico, por tudo quanto exposto, aporta-se as seguintes conclusões:

1 - A percepção inicial do fenômeno da mutação constitucional ocorreu na Alemanha por autores vinculados à Escola Alemã de Direito Público, Paul Laband e Georg Jellinek;

2- Por serem aferrados aos pressupostos metodológicos do positivismo da segunda metade do Sec. XIX, a abordagem dos autores alemães é exclusivamente empírica. Laband e Jellinek não conseguem lidar normativamente com o fenômeno da mutação constitucional;

3- Sob a Constituição de Weimar, de 1919, Heller desenvolve seus estudos afirmando a interdependência entre o dinâmico e o estático, entre o ser e o dever ser, entre normalidade e normatividade.

4 - Segundo Heller, não há que se falar em separação rígida entre ser e dever ser. Muitas vezes, a realidade social não normada ou normada extrajudicialmente se revela mais forte que a normação estatal.

5 - Sob a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, Konrad Hesse desenvolve seus estudos preocupado com a questão atinente aos limites da mutação constitucional como um meio de preservar a força normativa da Constituição.

6 - Para Hesse, a Constituição não deve estar alheia à realidade social na qual inserida, porém não pode estar inteiramente a ela subordinada. A estabilidade da Constituição é condição de sua eficácia, mas a aptidão da Carta de se adaptar à realidade social mantém sua preservação, pois rigidez e mobilidade estão em relação de mútua coordenação.

7 - Hesse afirma que para uma adequada teoria acerca da mutação constitucional é necessário superar os pressupostos metodológicos do positivismo, a estrita separação entre norma e realidade.

8 - Tendo como base o método normativo-estruturante de Friedrich Muller, Hesse afirma e demonstra a relevância do texto normativo como baliza e limites para a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional. O conteúdo da norma – a mutação – só pode ser validamente alterado dentro dos limites circunscritos pelo texto normativo.

9 - Com o advento da nova ordem constitucional em 1988, a doutrina e os tribunais brasileiros passam a incorporar teorias estrangeiras que reforçam a centralidade do Poder Judiciário, apostando nesta instância como lugar adequado para a tomada de decisões relevantes do ponto de vista político, social ou econômico.

10 - O caráter analítico da Constituição de 1988 abre espaço para que mais e mais questões sejam levadas ao Poder Judiciário, enquanto instância de decisão. Ao lado desse fator, a ênfase dada pela Constituição ao acesso à justiça, que permitiu ao cidadão despertar pela busca de seus direitos, e a minudente regulamentação da vida na sociedade moderna ocasionou o fenômeno da judicialização de questões políticas, sociais ou até mesmo a judicialização da vida.

11 - A judicialização é entendida como o fenômeno de transferência do poder decisório das instâncias de deliberação política tradicionais, Executivo e Legislativo, para o Poder Judiciário.

12 - O excessivo grau de judicialização a que chegamos permitiu a percepção de outro fenômeno, o do ativismo judicial.

13 - O ativismo judicial é entendido como comportamento pro ativo do judiciário que, para o bem ou para o mal, passa por cima do texto da lei em sua decisão, substituindo-se ao legislador.

14 - A judicialização é contingencial; o ativismo, comportamental. A primeira é estranha ao comportamento do judiciário; o segundo resulta de um ato de vontade do aplicador do direito.

15 - O ativismo revela um comportamento solipsista e discricionário do intérprete, em detrimento da objetividade da lei e da segurança jurídica.

16 - O panprincipiologismo permite que a pretexto de se estar aplicando princípios jurídicos haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

17 - O ativismo, o discricionarismo, o decisionismo e panprincipiologismo são resultados da renitente filosofia da consciência no Direito.

18 - As revoluções que ocorreram no campo filosófico com o novo papel da linguagem enquanto meio de acesso ao mundo e o advento do Estado Democrático de Direito representam a superação do paradigma da subjetividade e a introdução de uma perspectiva intersubjetiva (sujeito-sujeito) a partir da linguagem.

19 - Nesse contexto, a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer assevera a importância da linguagem, enquanto forma de acesso ao mundo *a priori* compartilhado, e a relevância da história e da fenomenologia, uma vez que os enunciados normativos não adquirem sentido fora da facticidade.

20 - Ao se deparar com um texto normativo, o intérprete inicialmente o compreenderá a partir de suas concepções prévias dentro de sua historicidade. A hermenêutica filosófica

preconiza porém que o intérprete se abra a opinião de outros sujeitos (intersubjetividade), bem como esteja disposto a escutar o que o próprio texto tem a dizer.

21 - A partir das lições apresentadas sobre mutação constitucional e seus limites, não se sustenta a ocorrência do fenômeno com relação ao art. 52, X, da Constituição de 1988., como sustentado na Reclamação 4335-5 AC.

22 - Não se trata, no caso da Reclamação citada, de atribuição de um novo sentido ao texto normativo, mas sim da substituição do próprio texto por outro, construído pelo Supremo Tribunal Federal como se Poder Constituinte fosse. Tal fato contraria o próprio conceito de Mutação Constitucional.

23 - Por fim, considerando que o processo de interpretação não se revela na possibilidade de livre atribuição de sentido ao texto pelo intérprete, mas tem limites fixados pelo próprio texto, concluímos pela não ocorrência do fenômeno da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988, mantendo-se íntegra a competência do Senado Federal dentro do controle difuso de constitucionalidade em sede de Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 9ed. **Rev.ampl.** São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy, 2005.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. *In:* Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Limites da Mutação Constitucional. Tradução por Inocêncio Mártires Coelho, *In:* Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. Reforma y mutación de La Constitución. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Trad. de Walter Stonner. Rio de Janeiro, Editora LiberJuris, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Curso de Direito Constitucional. 5ª edição. Ed. Saraiva. 2010.

OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Parâmetros Hermenêuticos da Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado. PUC-RJ. 2011.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial (2012). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMITT, Carl. “*La tiranía de los valores*” Trad. de Anima Schmitt de Otero. Revista de estudios políticos 115. Madrid, Instituto de Estudios Políticos (janeiro-fevereiro/1961) *Apud* GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes? Editora Malheiros. São Paulo-SP. 2013.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terraebrazilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 10, Curitiba, jul./dez. 2011.

_____. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4  ed. 2013. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Hermen tica jurídica e(m) crise. 2.ed. **Rev. Ampl.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. “*Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*”, **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril, 2000.

VECCHI, Cristiano Brandão. A mutação Constitucional: uma abordagem alemã. PUC-RJ, 2005.