

Mutações constitucionais¹

Elival da Silva Ramos²

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Considerações preliminares; 3 – Aspectos conceituais; 4 – Modalidades e constitucionalidade da mutação; 5 – Apreciação da Reclamação Constitucional n° 4.335³.

1. Introdução

Procurei para esta data um tema, no grande elenco de temas constitucionais que despertam interesse atual. Ocorreu-me, então, discorrer sobre mutações constitucionais. Várias são as razões. Primeiro, porque esse é um assunto que internacionalmente tem despertado interesse. Eu mesmo participo, junto com o Ministro Gilmar Mendes e alguns outros professores brasileiros, portugueses, franceses, italianos e espanhóis, de um grupo de pesquisa na Universidade de Lisboa sobre “Mutações Constitucionais”, que tem despertado interesse em toda a Europa e, especialmente, nos países latinos. No Brasil tem sido tratado, inclusive, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, não é um tema

1 Palestra proferida no 49° Curso de Atualização Jurídica – Encontro Estadual de Procuradores do Estado, promovido pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, no dia 19 de setembro de 2013, no Guarujá, São Paulo.

2 Procurador Geral do Estado de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e Livre-docente em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Atualmente é Professor Associado junto ao Departamento de Direito do Estado (Área de Direito Constitucional) da Faculdade de Direito da USP, além de professor em cursos de especialização (pós-graduação *lato sensu*) da Escola Superior do Ministério Público/SP, da Escola Paulista da Magistratura, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e da Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC.

3 A reclamação 4.335 foi julgada procedente, por maioria de votos, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 20.03.2014, conforme Ata de julgamento n° 6, publicada no DJE divulgado em 31.03.2014. Acórdão pendente de publicação.

meramente teórico, pois tem tido alguma discussão e aplicação prática. Academicamente, começam a aparecer várias teses, inclusive sob minha orientação. É um tema que não aparece muito no nosso dia a dia, mas aos poucos tem que ser cuidado, até para saber se, de fato, isso tem algum interesse para nós.

Em termos de exposição, vou seguir o seguinte roteiro: primeiro, farei algumas considerações preliminares; depois, tratarei de aspectos conceituais, modalidades de mutação, que é o núcleo da minha exposição; em seguida, discutirei um pouco a constitucionalidade ou não da mutação e, finalmente, tratarei de um caso concreto em que o Supremo discutiu mais fortemente este tema, que é a Reclamação Constitucional nº 4.335, do Acre, ainda não integralmente julgada.

2. Considerações preliminares

Em considerações preliminares, eu diria o seguinte: o Direito Constitucional tem sido pródigo nos últimos anos em certos “modismos intelectuais”, porque se há uma área em que, de vez em quando, aparecem coisas novas, e as pessoas gostam de abordar esses modismos, é o Direito Constitucional. Muitos deles compõem uma demonstração de falsa erudição. As pessoas fazem um péssimo direito comparado e importam coisas que acham importantes. Eu disse que é um péssimo direito comparado porque vão para países estrangeiros e, em primeiro lugar, não se ocupam de compreender o sistema estrangeiro. A primeira coisa a se fazer ao se pretender estudar o direito comparado é um mergulho no sistema estrangeiro. Não se pode fazer direito comparado a distância; tem que se fazer “*in loco*”. Em segundo lugar, a pesquisa demanda a ida a uma boa Universidade. É necessário que se encontre algum preceptor, algum orientador no país, ainda que informalmente, para se tentar compreender como funciona o sistema, sem prejuízo de muita leitura sobre suas bases. Para isso é importante o orientador. Caso contrário, se perderá muito tempo até descobirmos o que há de importante. A interlocução com o direito qualificado é fundamental e, a partir daí, será possível construir algo em termos de Direito Comparado.

Em relação ao assunto, podemos considerar que conhecemos o Direito Brasileiro e, então, para fazer uma comparação entre Brasil e Ale-

manha, é necessário que se vá à Alemanha, a uma Universidade alemã, e lá se compreenda o sistema. Só assim será possível uma comparação fiel de um determinado instituto que aqui não exista para, desta forma, ser viável pensar em transportá-lo para o nosso Direito.

Geralmente, as pessoas vão fazer uma especialização ou um doutorado e travam contato com um aspecto específico de sua tese de doutorado e, então, não se ocupam de mergulhar no direito estrangeiro, de compreender as suas bases de funcionamento. É algo normal no meio acadêmico. O pesquisador se apaixona pelo próprio objeto de investigação e quer trazer a todo custo o instituto para o Brasil, algo que nem sempre é possível. Daí porque falo em alguns “modismos” que compõem aquela demonstração de falsa noção de erudição. Isso não é erudição: é simplesmente trabalhar mal com o Direito Constitucional comparado. Eu acho, pessoalmente, com respeito aos que pensam em contrário, evidentemente, que muito do que se fala em mutação constitucional no Brasil vai um pouco por essas considerações introdutórias não muito favoráveis à categoria conceitual. Mas é importante tratar do assunto, até para demonstrar que isso, de fato, é verdadeiro e para que não entremos em caminhos que não irão nos levar a nada.

3. Aspectos conceituais

No Brasil, o tema da Mutação Constitucional foi tratado a partir de um trabalho, no Largo São Francisco, da professora, inclusive ex-Procuradora Geral do Estado, pessoa notável, Anna Cândida da Cunha Ferraz, que foi Procuradora Geral e, depois, Chefe do Centro de Estudos da Procuradoria Geral, e desenvolveu também, ao lado da professora Ada Pellegrini Grinover, um trabalho notável no Centro de Estudos. A professora Anna Cândida escreveu uma tese de doutorado intitulada “Processos informais de mudança da Constitui o”, trabalho na oportunidade editado pela Max Limonad. Isso foi na década de 80, quando ninguém no Brasil havia ainda falado sobre mutação constitucional - ao menos que eu tenha notícia. Embora pouco divulgado   época, considerada sua qualidade, esse trabalho pioneiro hoje   referência no assunto, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Autêntica tese de doutorado, trouxe um assunto novo, muito bem trabalhado. O que ela diz sobre conceito de mutação não é muito diferente do discutido hoje, por exem-

plo, pelo professor J.J. Gomes Canotilho, ilustre catedrático de Coimbra, já aposentado. Recentemente, escreveu no seu livro de Direito Constitucional, mais ou menos, em termos de conceito, aquilo que a professora Anna Cândida já escrevia há algumas décadas. Ele traz o seguinte conceito: *O esquema conceitual acabado de esboçar,...* e aqui está se referindo a algo dito antes, ... *permite-nos abordar criticamente o problema das transições ou mutações constitucionais*. Antecipando alguma coisa que será dita a propósito da revisão da Constituição, ... *considerar-se-á como transição constitucional, a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição, sem alteração do texto constitucional*. Em termos incisivos, diz ele, “... *muda o sentido sem mudar o texto*”.

De maneira bem sintética, é o que se entende por mutação ou, como Canotilho chama, transição constitucional. Ou seja, a alteração de sentido de um texto constitucional, de uma norma textualmente apresentada, é realizada, sem mudar seu texto. Quer dizer, não há um processo formal de mudança. Quando há uma emenda à Constituição, nós sempre mudamos o seu texto. Logo, quando vamos mudar ou acrescentar um artigo, suprimir um dispositivo, não importa, nós estaremos mudando o texto. Ao se tratar de mutação constitucional, não mudamos texto algum, embora o sentido da norma se altere. E é isso que o professor Canotilho diz nessa passagem, que é muito clara.

Então, vamos ter uma classificação: as mudanças da Constituição se dividem em: a) mudanças formais, que são as emendas ou a revisão constitucional; b) mudanças informais: são as mutações ou transições, como chama o professor Canotilho.

4. Modalidades e constitucionalidade da mutação

Feitas tais considerações, em sentido bem geral, passemos às modalidades de mutação.

A professora Anna Cândida foi muito didática, já na década de 80, dividindo sua obra em dois tipos de análise: primeiro, considerando o costume constitucional e, em segundo lugar, a interpretação constitucional. Então, temos duas modalidades de mutação: o costume e a interpretação.

Ao tratar da interpretação, por exemplo, ela dá todos os seus elementos; disserta sobre o método hermenêutico, diversos problemas ligados à interpretação e também aborda questões relativas ao costume. Trata do costume *praeter legem*, costume *contra legem*, usa as classificações de Teoria Geral do Direito que aprendemos, normalmente, no Direito Civil, no início do curso de Direito, mas em plano do Direito Constitucional. Claro que não temos tempo de examinar tudo isso com detalhes. Mas, até para justificar porque eu não vou entrar a fundo na questão do costume constitucional, concluí, depois de muitos anos, que esse assunto é importante apenas, ou fundamentalmente, em países com Constituição flexível. E aí, não é uma mutação constitucional, porque a mutação constitucional só tem sentido em um Estado que tenha Constituição rígida, formal. Justamente para diferenciar da mudança formal, temos a mudança informal. Se tudo for informal, não tem sentido se falar em mutação; é alteração constitucional pura e simplesmente. Claro que o costume é uma categoria importante de fonte de direito constitucional; mas isso é importante essencialmente em Estados com Constituição flexível, como é o caso da Grã-Bretanha, em que o costume tem o papel de preencher lacunas do direito escrito constitucional.

Uma das classificações mais conhecidas separa as Constituições flexíveis das rígidas. Outra classificação associada a esta separa Constituição orgânica, da inorgânica, ou a classifica em documental e não documental.

Essas classificações, muitas vezes, são confundidas com a classificação que não tem o menor sentido, que diz: “existem Constituições escritas e não escritas”. Isso porque não existe Constituição inteiramente não escrita. E esse, certamente, não é o caso da Grã-Bretanha, que tem uma Constituição que em parte é escrita. No entanto, é uma Constituição inorgânica, não documental, ou seja, não há um documento como existe no Brasil. Há apenas um conjunto de leis sobre matéria constitucional, como a Declaração de Direitos Fundamentais, por exemplo, e há costumes constitucionais que integram esse direito. Há também decisões judiciais que, por vezes, se incorporam ao Direito Constitucional. Em suma, há um pluralismo maior de fontes, se comparado a países como o Brasil. Ali nós temos, então, o costume ocupando um lugar relevante, porque diversos institutos na Grã-Bretanha são regulados por prática costumei-

ra, como é o caso do sistema de Governo. Como todos sabem, não há uma lei que estabeleça e que regule o Parlamentarismo na Grã-Bretanha. O que existe é uma prática de adoção do regime parlamentarista que, desde a Revolução Gloriosa, vem mudando seu perfil, até chegar aos dias de hoje com características de um parlamentarismo monista. Por exemplo, a confiança do Gabinete decorre do Parlamento, da Câmara dos Comuns, e não de manifestação de vontade da Chefia de Estado, ao contrário de países como a França e Portugal, que adotam parlamentarismos dualistas. Enfim, tem características próprias e que não decorrem de lei, de texto escrito.

O Brasil tem uma Constituição rígida, onde o campo para manifestação do costume constitucional é muito reduzido. Estudamos, geralmente, o Direito Constitucional formalizado; não o estudamos sob um ângulo material. E isso, por uma razão muito simples: porque o regime jurídico é o que interessa. Não dizemos, por exemplo, que determinada lei é ordinária, mas tem conteúdo constitucional, nem perguntamos se o regime jurídico será de uma lei ordinária ou de uma lei complementar. O que nos importa é o regime jurídico da formalidade constitucional, da rigidez, porque somente se altera disposição constitucional por meio de emenda. O que nos interessa, sob o ponto de vista do direito constitucional, é a Constituição formal.

Para os assuntos não formalizados constitucionalmente, ou seja, assuntos que estão fora da Constituição em seu sentido formal, não há espaço para o costume.

Haveria espaço ao costume para tratamento de institutos colocados na Constituição apenas “de passagem”, com alguma questão não formalizada, que permitisse que a prática assumisse lugar. Não me ocorre nenhum caso concreto e acho difícil que isso possa acontecer.

Em realidade, o costume constitucional no Brasil e em outros países com Constituição rígida, atua como auxiliar, como se fosse um elemento de interpretação da Constituição. Em algumas situações costumamos dizer: “a interpretação deveria ser esta”. Por exemplo, o instituto do artigo 52, X, da CF, relativo às Resoluções do Senado suspensivas de leis declaradas inconstitucionais pelo STF, em decisão definitiva, é alvo de uma discussão doutrinária. A doutrina sustenta que, uma vez que

o Supremo tenha declarado inconstitucional o dispositivo de uma lei, deverá enviar o ofício ao Senado. E, então, pergunta-se: estará o Senado obrigado a suspender a execução do dispositivo legal ou terá ele discricionariedade? Doutrinariamente, defendo a linha da discricionariedade do Senado. Há outros autores, como o professor Alexandre de Moraes, por exemplo, que entendem que é uma competência vinculada e o Senado é obrigado a suspender. A prática do Senado segue a linha da discricionariedade. A fundamentação, dada por ninguém menos que um emérito constitucionalista, o ex-senador Paulo Brossard, professor catedrático de Direito Constitucional no Rio Grande do Sul, Ministro da Justiça, Ministro do STF, ensina que a suspensão da execução sofre uma avaliação de necessidade, feita pelo órgão legislativo. Vale dizer que, se um dispositivo, por exemplo, com baixíssima aplicação, ou até transitório, foi declarado inconstitucional pelo Supremo, mas já gerou os seus efeitos, qual a necessidade de se suspender a execução? O dano causado pela inconstitucionalidade não justifica uma medida desse porte. Também não se deve ignorar, principalmente nos dias de hoje, que aquilo que é maioria no STF em um dia, pode ser minoria no dia seguinte. É perfeitamente possível que aquele mesmo assunto tenha uma orientação diferente em seguida, em um momento, por exemplo, de mudança de composição. Por isso é importante essa apreciação discricionária pelo Senado. Esta prática o Supremo tem. Mas não se trata de um costume “à moda inglesa”. Trata-se da confirmação de uma linha interpretativa. Logo, não vale muito a pena investigar essa modalidade de mutação, que é o costume constitucional.

O cerne da mutação constitucional no Brasil é a interpretação constitucional. Voltando ao conceito dado pelo professor Canotilho, trata-se da diferença entre texto e norma.

Os estudiosos mais antigos, como é o meu exemplo, não faziam essa distinção.

Em um curso com o Professor Manuel Pedro Pimentel, emérito professor de Direito Penal, ouvi algo que ainda hoje reputo importante. Dizia ele: *Olha, o pessoal fala que fulano de tal contrariou o Código Penal ou a lei penal. Em verdade, não contrariou a lei penal, contrariou a norma penal.*” E completava: *“Pois veja lá, o que o sujeito fez? Matou? A lei penal diz: Matar alguém. Então você está se comportando exatamente*

te como diz a lei penal. Mas você contrariou uma norma penal implícita que é “não se deve matar alguém”. O texto diz outra coisa, mas a norma diz que “não se deve matar alguém”, e é óbvio que o sentido é esse. Essa foi a primeira vez que ouvi essa distinção, feita pelo professor Manuel Pedro Pimentel, na década de 80.

Posteriormente os constitucionalistas se preocuparam em trabalhar muito esse tema e, o professor Canotilho é um dos que fizeram isso de forma muito enfática, até por influência alemã.

Em realidade, o texto é algo que só muda formalmente. A norma é o conteúdo do texto, depois do processo de interpretação. Em outras palavras, a norma é o resultado do processo de interpretação e não a base do processo de interpretação. A base é o texto normativo. A norma é o sentido que se dá ao texto ao cabo de um processo interpretativo. Algo que hoje é comum, mas naquela época, no passado, parecia um tanto desafiador. Enfim, a norma constitucional é produto de um processo de interpretação fundado no texto; o texto é a base do processo interpretativo, a base sobre a qual incidirá o processo de interpretação.

Desse contexto, surge a preocupação dos constitucionalistas que passaram a falar muito, a partir de Konrad Hesse e Friedrich Muller, no “limite da textualidade”. Trata-se de algo muito mal compreendido, porque muitos acham que o limite da textualidade é igual à interpretação literal, o que é um equívoco.

Em verdade, o que se quer dizer é o seguinte: o texto é um fator limitador que permite um espaço de interpretação. Não se pode reescrever texto interpretando. O texto é um dado que não é alterado pelo hermeneuta, pelo aplicador do direito. O aplicador do direito usa elementos no método de interpretação, que é um só: o método jurídico, que possui elementos variados, a saber, o literal, o histórico, o finalístico, o sistemático, etc. Esses vários elementos trabalham sobre um texto. O limite é a textualidade, mas não quer dizer que não possamos utilizar todos os elementos. Daí a afirmação de Friedrich Muller, em “Métodos de Direito Constitucional”, em uma nota de rodapé: “*Aqui na Alemanha não entenderam direito o conceito. ‘Limite da textualidade’ não é igual a interpretação literal*”. E é lógico que ele não quis dizer que a Constituição só pode ser interpretada literalmente. Óbvio que não é isso o que

afirma. O que está dizendo é que não se pode ignorar o texto. O texto tem um sentido mínimo, é um fator limitador. Portanto, o texto permite um espaço de interpretação, que é o que o professor Canotilho chama de “programa normativo”.

Sob esse contexto, temos possibilidades variadas, evidentemente, dando peso diferente ao elemento histórico, ao elemento literal etc., o que pode nos levar a resultados diferentes. Por exemplo, o cabimento ou não de embargos infringentes em decisões do STF. Verificamos duas linhas hermenêuticas possíveis; dois programas normativos. Um sustentando o cabimento dos embargos e, outro, em sentido contrário; ambos com bons fundamentos. Isso não significa ativismo judicial, mas apenas fidelidade aos cânones da hermenêutica. Há duas soluções perfeitamente possíveis e, a partir daí, se desenvolve certa discricionariedade do aplicador, que pode escolher uma ou outra.

Não se pode deixar de lado a necessidade de coerência do intérprete com o seu próprio histórico de interpretação, com o que escreveu antes, com o que julgou anteriormente. Daí, toda a preocupação do Ministro Celso de Mello em justificar sua corrente com base em posições anteriormente adotadas; uma boa maneira de fazer o direito no sentido técnico aqui estudado.

Há situações, contudo, em que isso não é possível, o que é extremamente preocupante na prática judicial. Para os meus alunos, didaticamente, digo assim: tem uma norma no elevador dizendo: “É proibido fumar”. Então, determinada pessoa entra no elevador com um cigarro aceso, lançando fumaça e, certamente, alguém diz: “Você está infringindo a lei”. A outra retruca: “Não estou infringindo a lei, não estou fumando. Fumar, como diria os bons dicionários, seria levar o cigarro à boca e tragar a fumaça. Estou portando um cigarro aceso, o que não é exatamente fumar”. Certamente, qualquer pessoa com conhecimento jurídico dirá que isso equivale a fumar para efeito da norma. A finalidade da norma é proteger o fumante passivo, é preservá-lo da aspiração de produtos químicos ligados aos cigarros que fazem mal à saúde etc. Ou seja, a norma é a proibição de fumar ou gerar fumaça em ambientes fechados. Saímos da literalidade do texto. O texto não está dizendo aquilo, mas é a finalidade que se deve extrair daquele texto normativo, o que não se confunde com situações em que os intérpretes têm, na verdade,

a intenção de “legislar”. Por exemplo, a pessoa entra no elevador com um aquário nas mãos e um usuário, incomodado, diz que é proibido. No caso está simplesmente legislando, inventando um texto. O incômodo proibido no exemplo da proibição do fumo no elevador é o advindo da fumaça. Pode-se também abordar essa situação, tomando-se por base uma orquestra. Os maestros sempre têm sua maneira de interpretar as partituras, as músicas já escritas. Mas podemos ouvir 3 ou 4 orquestras, com 3 ou 4 maestros diferentes, com variações de interpretação. Não reescrevemos a música, o texto musical, mas damos interpretações, por exemplo, quanto ao andamento. Essa é a diferença.

Pergunta-se: onde teríamos, então, a mutação? A mutação seria a alteração do sentido da norma constitucional, sem alteração do texto e nos limites permitidos. Caso contrário, passaremos ao plano da patologia constitucional, da mutação inconstitucional.

A professora Anna Cândida, para fazer-lhe justiça mais uma vez, se refere ao “costume contra a constituição”, dizendo não ser possível.

Costume constitucional não é fonte normativa, é um ilícito constitucional. É o direito adquirido à irregularidade. E no Brasil, inventou-se isso: direito adquirido à ilegalidade. Então a prática reiterada de uma ilegalidade é o “costume constitucional contra a Constituição”. E isso vira direito constitucional? Não tem o menor sentido. Não tem fundamento jurídico, científico.

A mesma coisa se diz em relação à interpretação. A interpretação admite essas variações, a chamada “livre constitution” do direito anglo-saxão e dos EUA, onde há uma Constituição escrita. Nesses países isso é muito rico porque adotam uma Constituição sintética, que é uma Constituição com o texto muito restrito. Sendo um texto muito restrito, a Constituição é preenchida a todo o momento por decisões, notadamente da Suprema Corte, compondo uma autêntica Constituição viva. Constituição que, como dizem, não está nos livros, mas que é praticada. Quem quiser entender sobre liberdade de religião nos EUA, não pode simplesmente pegar a Constituição e ler “é assegurada a liberdade de religião”. A interpretação, somente com esse dado, não é nada. O sentido de religião é diferente do nosso. Por exemplo, a educação doméstica, nos EUA, contém uma proposta no sentido de que os pais podem ensinar

os próprios filhos para libertá-los, talvez, de más influências. No Brasil, seria, provavelmente, um ilícito penal como, por exemplo, desamparo ao menor, etc. Lá, é um direito assegurado constitucionalmente, fundado na liberdade religiosa. Essa Constituição é um exemplo de Constituição viva, resultante de interpretações permitidas pelo seu texto.

No Brasil, não há uma Constituição sintética como no direito americano, anglo-saxônico e, por tal característica, é uma matriz de comparação. Os dois grandes sistemas, como todos sabem, são o da “Civil Law” e o da “Common Law”, sistemas muito diferentes, alicerçados em bases teóricas e com uma história completamente diferente. Então, nos EUA a Constituição escrita é incorporada a um sistema de direito não escrito, jurisprudencial, passando a ser vista mais como um referencial. Se é para ter uma Constituição, optam por uma Constituição sintética, já que o que interessa é a interpretação. Há um largo espaço para interpretação, porque isso é da cultura anglo-saxônica.

No sistema legicêntrico da “Civil Law”, estamos acostumados a seguir a lei. Aqui, o pensamento é totalmente contrário àquele. Resolveu-se introduzir aqui algo do direito anglo-saxônico, como a edição da súmula vinculante. Rapidamente a súmula (vinculante) se transformou, simplesmente, em uma fonte normativa, como é a lei, o decreto etc. Mas ela sofre um processo de interpretação e de revogação, da mesma maneira que o direito legislado. Faz parte de nossa cultura a adoção de institutos de outra cultura que acaba sendo biodigerida pelo sistema, e se transformando em mais um instituto de “Civil Law”.

A Constituição viva é legítima porque resulta de interpretações que são possíveis de serem dadas ao texto Constitucional dentro do sistema, no qual a decisão judicial cria o direito. Logo, quando se fala em ativismo judicial, alguns pesquisadores dizem estar desenvolvendo uma pesquisa fundada em direito anglo-saxônico. Ora, a pesquisa já começou mal. O ativismo, nos EUA, tem outro sentido. Lá, tem um sentido de uma interpretação não literal, ou seja, que deixa de lado o originalismo, as teorias mais conservadoras de interpretação, e vale-se de métodos de interpretação sistemático-teleológicos que resultam na evolução do Direito. Mas isso é feito com grande largueza e, às vezes, para o Brasil, significaria ativismo. Nosso sistema tem outra base, outra maneira de pontuar. Não estão preocupados com o texto normativo que o legisla-

dor edita. Estão preocupados com a aplicação e interpretação do texto gerando precedentes. Na verdade, estão preocupados com os fundamentos das grandes decisões da Suprema Corte, com as grandes decisões constitucionais. Então, o texto é uma referência. Para o Brasil, o texto é a lei. E é dela que se extrai a decisão, e a interpretação judicial age em um espaço muito bem delimitado.

Quando mudamos esse tipo de postulado, há confusão entre os sistemas. Vai se liquefazendo o sistema e o destruindo em suas próprias bases. Então, se há desrespeito ao texto, temos o ativismo, que é uma disfunção sistêmica. No Brasil, é algo contrário à Constituição; nos EUA, é usado com outro sentido. Assim, no Brasil haveria uma inconstitucionalidade em toda prática ativista de não interpretar a Constituição, mas de reescrevê-la, porque, simplesmente, isso contraria a separação de poderes, cláusula pétreia adotada pelo constituinte. Está escrito que não pode haver sequer discussão de uma proposta de emenda tendente a abolir essa cláusula. E isso tem a sua importância.

A “separação dos poderes”, por exemplo, é um princípio basilar do sistema constitucional brasileiro. Assim está escrito na Constituição e não há separação de poderes sem especialização funcional. Desta feita, quem é responsável por julgar, julga, podendo, excepcionalmente, enviar um projeto de lei à Casa Legislativa. Por exemplo, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN é de iniciativa do STF. Assim, o órgão envia o projeto à Casa Legislativa e depois são apresentadas emendas. É no Congresso Nacional que ocorre o trâmite das leis e não no Supremo, que sequer sancionará ou vetará o estatuto.

A atuação legislativa dos órgãos judiciais é mínima, da mesma maneira que o Executivo tem uma atuação no processo legislativo, mas muito bem delimitada na Constituição. A medida provisória, por exemplo, com suas características de uma “lei precária”, tem de ser confirmada e transformada em lei. Portanto, o predomínio na função legislativa é do Poder Legislativo.

O ativismo pode ocorrer em situações variadas. Da parte do Poder Judiciário, “legislar” em lugar do “legislar competente”, que é competência do Congresso e, por exemplo, não controlar e, sim, “fazer políticas públicas”, no lugar do Poder Executivo. Estas são situações de

disfunções sistêmicas e podemos discutir as mais variadas explicações como, por exemplo, a alegação de que o Congresso não faz no tempo devido o que deveria estar fazendo. Mas isso se conserta quando o Congresso passa a fazer o que deveria fazê-lo ao seu tempo, e não com a assunção de outro Poder fazendo suas vezes. Esses são casos de mutação constitucional.

5. Apreciação da Reclamação Constitucional nº 4.335

Chego, finalmente, a um caso concreto em que podemos perceber claramente o problema de se incorporar certos modismos.

O Ministro Gilmar Mendes, por quem nutro profunda admiração pela qualidade de seu trabalho, é conhecido por sua grande criatividade. Publiquei uma obra sobre controle de constitucionalidade e, não obstante faça crítica a alguns de seus votos, e a algumas de suas posições doutrinárias, pedi a ele que fizesse o prefácio da obra. Como é uma pessoa de mentalidade democrática e aberta, o fez, ressaltando que discordava de várias questões abordadas no trabalho, mas, gentilmente, escreveu uma generosa apresentação.

O Ministro Gilmar é um construtor de jurisprudência. Sempre tem posições que impactam fortemente no cenário jurídico, e hoje é um dos Ministros, da atual composição, que tem maior impacto na jurisprudência da Suprema Corte.

Há algum tempo, o Ministro vem trabalhando em uma vertente contrária à minha. Tanto eu, quanto ele, defendemos que o controle de constitucionalidade deve ser concentrado, vale dizer, juiz (ou tribunal inferior) não deve declarar lei inconstitucional. Contudo, a forma utilizada para se chegar a esse resultado é profundamente diferente. A minha é por meio de emenda à constituição, tentando convencer a população, realizando debate político. Mudar a Constituição e adotar o controle concentrado vai impactar fortemente na divisão de competências no Supremo. Em outras palavras, deve-se mudar aquilo que o Supremo faz para transformá-lo em uma Corte Constitucional semelhante à europeia. O Ministro Gilmar, por sua vez, entende adequada a adoção do sistema concentrado, porém, pela via jurisprudencial. Daí, a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A ADPF já estava no texto constitucional, mas ninguém entendia o seu significado. O que todos conheciam era o fato de que seria julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Daí a criação de uma lei regulamentando o instituto.

Naquela época, o Ministro Gilmar, então na assessoria da Presidência, escreveu a respeito do que seria a ADPF. Preencheu um “cheque em branco” que o constituinte tinha deixado, e o fez numa linha surpreendente. Transformou a ADPF em uma verdadeira ação de inconstitucionalidade subsidiária. Vale dizer, quando não cabe Ação Direta, entramos com ADPF.

Não cabe Ação Direta, por exemplo, em face de direito municipal e contra direito pré-constitucional. E eu brinco sempre com quem atua na jurisdição constitucional, que é mais ou menos uma espécie de amuleto dos constitucionalistas, quer dizer, quando não cabe nada “Santa ADPF, ajudai-nos”! Quem sabe resolve.

Há muitos autores escrevendo que a lei da ADPF é inconstitucional, no todo ou em parte. Aliás, existe ADI em face desta lei. Vejo apenas inconstitucionalidade parcial, dando-lhe uma “interpretação conforme”.

Há, também, os que a acham perfeita, o que demonstra a grande polêmica que gira sobre o instituto.

No Brasil, não há controle concentrado porque não é só um órgão que julga a matéria constitucional. Contudo, isso é outra discussão.

Em matéria de controle da constitucionalidade incidental, os efeitos são *inter partes*. Isso é tão antigo quanto a história do controle de constitucionalidade dos EUA. O *Judice Review* sempre foi assim, efeito *inter partes* - bem verdade que lá, há os precedentes. O Ministro Gilmar defende que isso é ruim.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem uma sobrecarga de processos; o Tribunal julga a constitucionalidade de um dispositivo legal aplicado a um caso concreto e, em seguida, examinando outro caso semelhante ao anterior já julgado, tem de apreciar novamente a mesma discussão jurídica. Por isso houve a necessidade de criar-se uma espécie de vinculação aos fundamentos determinantes, à *ratio* da decisão tomada pelo STF. A estratégia proposta foi então - e sempre brinco assim - a

de “guerrilha jurídica”. Joga-se uma coisa vaga, que ninguém sabe o que é, e todo mundo aceita. Se for claro na legislação, uma parte concorda e outra discorda. Então, a melhor maneira de ir jogando é assim: por meio da “guerrilha jurídica”. O texto obscuro é colocado, todos acham que é uma coisa diferente e deixam passar. Depois que passou, “o cheque vai sendo preenchido!!”.

Mais ou menos assim é que se colocou a história do efeito vinculante; e ninguém sabe o que é. Até escrevi, certa vez, dizendo ser o enigma da esfinge: “Decifra-me ou te devoro”.

Efeito vinculante, o que é isso?

O Ministro Gilmar Mendes diz: “A ideia de efeito vinculante mostra que temos que fazer outra leitura do artigo 52 da Constituição, inciso X, quando diz que cabe ao Senado suspender a execução no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo. Isso tem que ser entendido, no sentido de que cabe ao Senado simplesmente publicar essa decisão, dar publicidade”. Em outras palavras, em uma só penada, reescreveu a Constituição e transformou o Senado em um “cartório” do Supremo incumbindo-lhe de dar publicidade a decisões dessa espécie. E o ministro o fez em um caso que bem se adequava à situação. Ele resolveu constitucionalizar a modulação de efeitos de decisão tomada pelo STF, o que padece, a meu juízo, de candente inconstitucionalidade, porque teria que ser por emenda à Constituição.

Pergunta-se: por que o fez em um Recurso Extraordinário em Ação Civil Pública e não em Ação Direta de Inconstitucionalidade? Porque iria dar azo a uma enorme discussão e, provavelmente, sucumbiria. Assim, escolheu um caso concreto, de um município pequeno no Estado de São Paulo chamado Mira Estrela, que só ficou conhecido no Brasil inteiro por causa desse processo.

O objeto dizia respeito à composição da câmara de vereadores e, então, indagou o Ministro: “isso é inconstitucional, mas vamos ficar apreciando todas as ações civis públicas que tratam disso? E, ainda argumentou: “Imaginem só o que vai acontecer. Todas as leis que os vereadores votaram serão consideradas nulas e inconstitucionais, o que não é verdade. Os atos praticados, ainda que com composição irregular, são válidos, havendo a teoria do funcionário de fato e tantas outras teorias para embasar.”

Em verdade, o que pretendia era aplicar a modulação em um caso concreto e não houve muita discussão. A Corte entendeu interessante e, a partir deste caso, passou-se a utilizar muito a modulação. Assim, apesar do instituto estar previsto em uma lei de controle abstrato, aplica-se com largueza a todas as situações.

Há uma questão relativa à progressão de regime de cumprimento da pena, nos casos de crimes hediondos. A lei dos crimes hediondos impedia terminantemente a questão da progressão da pena. Muitos diziam e, a meu ver, com razão, que isso era inconstitucional. O próprio Supremo começou a reconhecer essa inconstitucionalidade e depois a lei foi alterada. Contudo, no momento que se discutia isso, o Supremo julgava Habeas Corpus reiterados, declarando inconstitucional a vedação da progressão da pena. Então, era preciso entrar com Habeas Corpus individualizadamente. O STF, com uma grande sobrecarga, enfim, decidiu agir de forma diversa. Um juiz do Acre decidiu, em controle incidental, de forma contrária às decisões do Supremo. Parecia estar fundado em boa doutrina e jurisprudência, decidindo com base nos melhores doutrinadores de Direito Constitucional, inclusive nas lições do Ministro Gilmar. Entendeu não ser cabível a progressão, até que o STF declarasse a inconstitucionalidade em controle abstrato dessa lei. Argumentou que, talvez, a lei fosse revogada, mas como ainda não havia sido, continuava impedindo a progressão da pena. Claro, isso se resolveria com Habeas Corpus. Contudo, em vez de Habeas Corpus, a Defensoria Pública da União interpôs uma Reclamação (Rcl. 4335 AC), sob o fundamento de que o juiz descumpriu as decisões do Supremo. O STF resolveu da seguinte maneira: o inciso X do artigo 52 da CF teria que ser relido. No caso, não adiantaria fazer a releitura para que o Senado editasse uma Resolução suspensiva do artigo, até porque o Senado poderia não ser favorável a essa flexibilização da lei de crimes hediondos; poderia haver uma resistência política. Daí a interpretação de que ao Senado cabe a publicação da decisão proferida pelo STF. Se assim é, os fundamentos da decisão já têm efeitos “*erga omnes*” e, portanto, seriam vinculantes. É outra maneira de ver a Constituição. Isto foi dito, basicamente, por uma questão de preocupação com a questão prática.

Mas o Ministro Eros Grau polemizou o assunto, embora tenha acompanhado o voto do Ministro Gilmar. Em seguida, votou o Ministro

Joaquim Barbosa pelo não conhecimento da Reclamação. O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, concedeu de ofício o Habeas Corpus, mas julgou improcedente a ação.

Criada a polêmica, duas posições foram inicialmente formadas no STF: os votos dos Ministros Gilmar e Eros Grau no sentido de interpretar a Constituição dessa forma que eu mencionei sobre os fundamentos determinantes da decisão, e a outra linha, que não conhecia ou julgava improcedente a Reclamação, mas sempre concedia o Habeas Corpus, de ofício, para o interessado.

O Ministro Lewandowski, recentemente, devolveu os autos e prolatou o seu voto na linha do não conhecimento da Reclamação, com concessão do Habeas Corpus de ofício. Contudo, em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Logo, temos hoje uma posição de três votos contra dois na linha não ativista, ou seja, na linha de que “não é dessa forma que se interpreta o artigo 52 da Constituição, inciso X”.

Nesse processo, destaco o voto do Ministro Eros Grau, porque trouxe, de forma candente, a questão da mutação.

Aos que se interessam pelo assunto, recomento a leitura de um artigo, inclusive, com uma crítica muito inteligente e competente sobre esse assunto, do Professor Lenio Luiz Streck, titular da UNISINOS-RS, intitulado “A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. Mutações constitucionais e limites da jurisdição constitucional”. O Professor Lenio, que conhece bem o Direito Constitucional Alemão, primeiro demonstra que a questão da mutação surge, de fato, na Alemanha. Demonstra que Jellinek já havia tratado do tema, e que outro autor, frequentemente citado, Hsu-Dau-Lin, que escreveu na Alemanha sobre a Constituição da República de Weimar, debruçou-se também sobre a mutação. Isso tudo na década de 30, no século passado, demonstrando que a questão é antiga. Diz o professor Lenio que o problema era superar um positivismo ortodoxo na Alemanha. Então, nos anos 30, um período de grande conturbação institucional, tratava-se um pouco do reconhecimento da influência dos fatos sobre o direito. Um momento excepcional na vida de um Estado, em que se tem ameaça totalitária, a democracia não está assentada, a situação é de conturbação completa. Não se pode, sob tais condições, adotar um

livro como doutrina brasileira, 80 anos depois. É o problema do direito comparado. Enfim, o professor Lenio passa a demonstrar que isso não faz muito sentido nem mesmo lá na Alemanha, etc.

A certa altura, Lenio comenta sobre o que escreve o Ministro Eros Grau: “Registre-se, nesse ponto, que até a sofisticada argumentação de cunho hermenêutico do Ministro Eros perde terreno, mesmo que ele pretenda ver ancorada na dicotomia “texto e norma”, assim como a repercussão dessa tese na decisão de mutação constitucional. Ao que se depreende das assertivas do Ministro, tudo vira norma e com pretensões universalizantes, podendo, na mutação constitucional, o próprio texto soçobrar, colocando-se em lugar deste não apenas uma nova norma, mas sim, um novo texto, em face dos limites semânticos daquele texto que tinha e que era obsoleto”. É a questão que se colocava na Alemanha. O direito alemão positivo da década de 30 trazia textos com laivos de totalitarismo, o que explica a intenção de que fosse ignorado pela jurisprudência que a todos salvava, e que construiria uma “coisa santa” ao contrário do texto pecador feito pelo legislador.

O Ministro Eros Grau sustenta e, com isso concorda com o Ministro Gilmar, que cabe ao STF não apenas mudar a norma, “mas mudar o próprio texto constitucional”. E o texto do inciso X do artigo 52 foi efetivamente alterado. O ministro Eros Grau se pergunta: “o Ministro Gilmar Mendes, ao proceder a “mutação constitucional” não teria “excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe? Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?” E continua: “não houve qualquer anomalia de cunho interpretativo, pois o Ministro Gilmar teria apenas feito uma “autêntica mutação constitucional”. “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 a mutação Constitucional”. Em outras palavras, o Ministro Eros Grau defende a mutação inconstitucional. Ele defende algo que não é lícito ao Supremo fazer. Felizmente, ao menos por enquanto, está 3x2 na linha contrária a isto, e ninguém vai acusar aqui o Ministro Sepúlveda Pertence de ser conserva-

dor, nem o Ministro Lewandowski, em matéria de interpretação. Penso que perceberam o grande problema que o STF está adentrando.

No momento em que o Supremo se autolegitima a produzir texto constitucional, se transforma em um grande legislador. É o que o professor Lenio, em posicionamento doutrinário - e ele é uma pessoa que tem posicionamentos extremamente avançados no campo do Direito Constitucional, sendo, às vezes, até criticado pelo excesso de progressismo - escreve: “*Afinal, cabe ao Supremo Tribunal Federal corrigir a Constituição?*” A resposta é: “*Não*”. E continua: “*Isto faria do Supremo um poder permanente e ilegítimo, afinal quais seriam os critérios de correção? Uma suposta ordem concreta de valores?*”. Daí ele está provocando os seguidores do Alexy, que são muitos no Brasil. “*Afinal, uma suposta ordem concreta de valores, um direito natural no estilo de Radbruch ...*” Aí vem a ironia do professor Lenio Streck, que faço também. Na verdade, tudo que está por trás desse pseudo-progressismo constitucional, do neoconstitucionalismo, dessa ordem concreta de valores etc., nada mais é do que o retorno ao direito natural e, portanto, um retorno de mais de dois séculos na concepção de direito.

O direito não é mais compreendido na função de uma objetividade: uma Constituição, dada pelo legislador, com limites claros ao aplicador, ainda que usando a criatividade de interpretação. É, simplesmente, entregue na mão do juiz para que faça justiça. É o justicialismo com alguma “tintura” de cultura jurídica. No fundo, é fazer aquilo que se acha justo, permitindo ao STF reescrever a Constituição. Depois, a própria Corte não segue o que reescreveu. Com isso, não se tem mais a segurança jurídica e a isonomia. E o direito, se tem algum sentido ainda nos dias de hoje, é exatamente para preservar isonomia e segurança. É para que as pessoas saibam que serão tratadas de maneira igual e que terão previsibilidade na sua conduta. Por exemplo, se um indivíduo comprar um imóvel hoje, investir as suas economias, saberá que as regras do contrato de compra e venda serão mantidas. No momento que se passa a transigir com isso, tudo é possível, sob claro signo da justiça.

