



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

JANJORIO VASCONCELOS SIMÕES PINHO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:
LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO PODER CONSTITUINTE
REFORMADOR: EFEITO *CLIQUET* - INCONSTITUCIONALIDADE**

Salvador

2017

JANJORIO VASCONCELOS SIMÕES PINHO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:
LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO PODER CONSTITUINTE
REFORMADOR: EFEITO *CLIQUET* - INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito, na Pós-Graduação em Direito Público, sob a Coordenação do Professor Dirley da Cunha Jr.

Salvador
2017

JANJORIO VASCONCELOS SIMÕES PINHO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO
PODER CONSTITUINTE REFORMADOR: EFEITO CLIQUET;
INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito, na Pós-graduação em Direito Público,
sob a Coordenação do Professor Dirley da Cunha Jr.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Prof. Orientador: Dirley da Cunha Jr.

Presidente e Orientador: _____

2º Examinador (a): _____

3º Examinador (a): _____

Dedico este ensaio aos meus pais João Simões e Zélia Vasconcelos pela dedicação, princípios e retidão e a minha esposa Luciana Vaz Gontijo e filhos Beatriz Vasconcelos Gontijo e Daniel Vasconcelos Gontijo, pelo carinho e compreensão das horas furtadas do lazer.

“Para que possamos servir-nos sem perigo de uma teoria é necessário que, anteriormente, tenhamos perdido completamente a fé nela.”

Von Ihering

PINHO, Janjorio Vasconcelos Simões. **Mutação constitucional**: limitações impostas ao Poder Constituinte Reformador: efeito *cliquet*: inconstitucionalidade. Monografia – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

RESUMO

Este trabalho analisa a postura do Supremo Tribunal Federal no exercício do Poder Constituinte Difuso. Analisa o instituto da Mutação constitucional na órbita do Supremo Tribunal Federal e se há excesso com modificação da própria letra da Constituição, fazendo às vezes do Legislador Constituinte Reformador sob o fundamento de se tratar de interpretação para adequá-la aos anseios sociais. Verifica também a possibilidade de o novo sentido emprestado à norma pelo Guardião da Constituição, ofender a própria Carta Magna, sendo, pois, inconstitucional, bem como se a mutação deve submeter-se ao *CLIQUET*.

Palavras-chave: Mutação Constitucional. Limitações Impostas ao Poder Constituinte Reformador. Efeito *Cliquet*. Inconstitucionalidade.

PINHO, Janjorio Vasconcelos Simões. Constitutional Mutation: Limitations imposed on the Constituent Power Reform: Cliquet effect – Unconstitutionality. Monograph – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

ABSTRACT

This paper analyzes the position of the Federal Supreme Court in the exercise of the Diffuse Constituent Power. It analyzes the institute of the Constitutional Mutation in the orbit of the Federal Supreme Court and if there is excess with modification of the very letter of the Constitution, sometimes making the Reforming Constituent Legislator on the grounds that it is an interpretation to adapt it to social desires. It also verifies the possibility of the new meaning being lent to the norm by the Guardian of the Constitution, offending the Constitution itself, and is therefore unconstitutional, as well as whether the mutation must submit to CLIQUET.

Keywords: Constitutional Mutation. Limitations Imposed on the Reforming Constituent Power. Cliquet Effect. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO.....	10
3 DO PODER CONSTITUINTE.....	13
3.1 DO PODER CONSTITUINTE DIFUSO.....	14
3.2 DO PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL	15
3.3 DO PODER CONSTITUINTE INAUGURAL.....	16
3.4 PODER CONSTITUINTE DERIVADO (CONSTITUÍDO)	19
4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	35
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por propósito analisar o alcance da “Mutação Constitucional” efetivada pelo Guardião da Constitui o. No exercício do poder Constituinte Difuso, o Supremo Tribunal Federal vem atualizando normas constitucionais para atender aos anseios atuais da sociedade. Contudo, não raro, o STF não se limita a interpretar a norma constitucional, mas, efetivamente, modifica a letra da lei, como se legislador constituinte reformador fosse. Perscrutar  sobre a incidência das limita es formais ao poder Constituinte Reformador na “Muta o Constitucional” e a (in)constitucionalidade da decisão que, no af  de emprestar interpreta o evolutiva ao dispositivo constitucional, culmina em infringir as limita es materiais ao poder Reformador. O estudo analisar  também a proibi o de retrocesso nas Muta es Constitucionais, mormente frente a segurança jurídica.

2 DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Para o trabalho proposto, se faz necessário um apanhado sobre as concepções do termo “Constituição”, sua conceituação, bem como analisar o Poder Constituinte. Pois, assim, se obterá uma melhor compreensão do tema que ora se propõe desenvolver.

Nesta alheta tem-se que a Constituição pode ser definida conforme as principais acepções: sociológica, política, jurídica, normativa e culturalista.

Em conferência realizada em 1862, Ferdinand Lassalle (2002, p 48, 68.) sustentou que há uma distinção entre Constituição jurídica (ou escrita) e Constituição real (ou efetiva). Defende que Constituição é a soma real de poderes, sendo que o que está escrito tem vigência (eficácia) se os fatores reais de poder admitirem.

Na acepção sociológica, a Constituição real de um país é, em essência, “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”.

Para Carl Schmitt (2014, p. 33), Constituição é decisão política fundamental¹. Ele pregou que o fundamento de uma Constituição não está contido em outras normas jurídicas ou em si mesma, mas na vontade política concreta que a antecede. Eis a concepção política de constituição.

E em sua concepção jurídica, a Constituição é norma pura, puro “dever-ser”. Hans Kelsen² (1987, p. 390) sustenta que o jurista não precisa se socorrer da sociologia ou da política para buscar o fundamento da Constituição, pois este se encontra no plano jurídico.

Kelsen faz uma distinção entre Constituição em sentido lógico-jurídico³ e em sentido jurídico-positivo⁴.

Kelsen sustenta que

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é

¹ Nesta teoria defende-se que no texto constitucional há normas materialmente Constitucionais e formalmente constitucionais.

² A "Teoria Pura do Direito", de 1934, é uma das obras mais importantes de Hans Kelsen. O neopositivista vienense nasceu na cidade austríaca de Praga, no ano de 1881. Fundou a Escola de Viena, onde lecionou por um período de 10 anos (1919-1929). Inovador dos pensamentos positivistas de sua época. Morreu no estado da Califórnia, no ano de 1973.

³ Norma fundamental hipotética. Existir como norma metajurídica pressuposta, fruto de uma convenção social indispensável para que a Constituição jurídica e, por consequência, todo o ordenamento jurídico tenham validade.

⁴ Conjunto de normas que regula a produção de outras normas, ou seja, a Constituição como norma positiva suprema.

produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 1987, p. 240.)

A Concepção Normativa veio como antítese à tese de Lassale. Konrad Hesse sustenta que a Constituição possui uma força normativa capaz de modificar os fatores reais de poder. Basta que exista uma “vontade de constituição” e não apenas uma “vontade de poder”. A constituição configura não só uma expressão do ser, mas também do dever-ser.

José Afonso da Silva e Meirelles Teixeira sustentam a concepção culturista asseverando que a Constituição possui fundamentos diversos, cujas concepções (sociológica, política, jurídica, normativa) se completam. A constituição é vista de vários ângulos, remetendo a um conceito de Constituição total. É fruto da cultura de um país. O que faz pensar que existe um aspecto sociológico, político e jurídico.

Canotilho (1999) leciona que a constituição é o estatuto jurídico do fenômeno político, daí se compreende que não apenas o texto possui feição jurígena, mas também a vinculação aos fatores sociais, políticos, culturais e econômicos.

A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico (solene).

Constitui o fundamento de validade de todas as normas do ordenamento jurídico, sendo o tronco do qual derivam todos os demais ramos do direito. Konrad Hesse (2009) destaca que a Constituição diferencia-se dos demais ramos do direito não apenas em função de seu objeto e de suas tarefas, mas também em razão de suas peculiaridades (grau hierárquico, classe de suas normas, condições de sua validade e a capacidade para se impor perante a realidade social).

E por ser a norma que fundamenta todo o ordenamento jurídico, a constituição não se sujeita a alterações através do processo legislativo comum. As normas constitucionais estão sujeitas a alterações mediante processo especial e qualificado. Clamam por procedimentos mais solenes e complexos que o processo legislativo ordinário, tudo por conta da sua supremacia, o que é sindicável através do controle de constitucionalidade.

Inexistindo tal distinção no processo de elaboração das normas constitucionais, a norma superveniente a revogaria. Por isso, a supremacia, rigidez e controle de constitucionalidade se complementam.

E nossa *Carta Magna* contém pontos imutáveis (CF, art. 60, § 4º) que não podem ser alterados mesmo por processo solene e, por isso, Alexandre de Moraes a classifica em constituição *super-rígida*.

3 DO PODER CONSTITUINTE

Segundo Guilherme Peña de Moraes, trata-se do “poder de produção das normas constitucionais, por meio do processo de elaboração e/ou reforma da Constituição, com o fim de atribuir legitimidade ao ordenamento jurídico do Estado”.

Na lição do Constitucionalista Gilmar Mendes,

a autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto. Essa magnitude que fundamenta a validade da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida com o nome de poder constituinte originário. (MENDES, 2014, p. 124.)

No magistério de Anna Cândida Ferraz, o poder Constituinte é aquele que intervém para estabelecer a Constituição, tendo capacidade de organizar o Estado sem nenhuma limitação ou condicionamento do direito positivo anterior. O Poder Constituinte Originário manifesta-se para criar a ordem jurídica interna e em sua obra fundamentam-se todas as outras instituições do Estado⁵.

O *potestas constituens* antecede a Constituição, é o que a legitima. Foi no panfleto de Siéyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*, que isso se afirmou explicitamente pela primeira vez, em 1788. Siéyès separa o Poder Constituinte dos seus poderes constituídos.

O Poder Constituinte é classificado em DIFUSO, SUPRANACIONAL, ORIGINÁRIO⁶ e DERIVADO (*constituído*),⁷ sendo que este é subdividido em REFORMADOR e DECORRENTE.

Em sua obra *Constitucionalismo brasileiro: ontem, hoje e amanhã*, o professor Ivo Dantas registra:

Apesar de alguns autores referirem-se à existência de um “Poder Constituinte Originário” e de um “Poder Constituinte Derivado”, tais expressões não nos satisfazem, dentre outros motivos, por trazerem em si contradições até mesmo de ordem semântica. Assim, em nosso entender, ou estamos diante de um Poder Constituinte (necessariamente originário e juridicamente ilimitado), ou estamos diante de um Poder Constituído de Reforma (necessariamente derivado e juridicamente Limitado). (DANTAS, 1995, p. 245.)

⁵ *Poder constituinte do Estado-membro*, p. 14.

⁶ Também denominado inicial, inaugural, genuíno ou de 1.º grau.

⁷ Poderes criados pela Constituição para exercer os poderes inerentes ao Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário).

O Poder Constituinte Originário é responsável pela escolha e formalização do conteúdo das normas constitucionais. Trata-se de um poder político, supremo e originário, encarregado de elaborar a Constituição do Estado. Na expressão do professor Pedro Lenza (2012, p. 221) “é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente”.

3.1 DO PODER CONSTITUINTE DIFUSO

Georges Burdeau, cientista político, diz:

Se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. [...] Há um exercício quotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. [...] Parece-me, de todo o modo, que a ciência política deve mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivos. (BUDEAU apud BARROSO, 2009, p. 127.)

No mesmo sentido, o professor Barroso afirma:

[...] além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais... (Op. Cit.)

Trata-se da *possibilidade de alteração interpretativa no sentido e alcance do texto Constitucional, ou seja*, alterações de sentido das normas constitucionais realizadas durante os processos de interpretação e aplicação da Constituição (art. 102, caput, CF).

Foi assim denominado pelo fato de ser implícito e não explícito, pois “enquanto o poder originário é a potência que faz a Constituição, e o poder derivado a competência que a reformula, o poder difuso é a força invisível que a altera, mas sem mudar-lhe uma vírgula sequer” ... (BULOS apud PAULO e ALEXANDRINO, 2011, p. 89.)

Manoel Gonçalves, em seu livro *Estado de Direito e Constituição*, diz que "cumpre prever na Constituição o órgão e o procedimento para sua alteração, quando necessária" e "alteração que não será senão a sua adaptação a novos tempos e circunstâncias sempre de acordo com os princípios do Direito" (FERREIRA FILHO, 2004, p. 81.).

Retornar-se-á ao tema no capítulo referente à mutação Constitucional.

3.2 DO PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL

Leciona Guilherme Peña de Moraes (2006, p. 59) que o Poder Constituinte Supranacional é o poder de reorganização dos Estados soberanos que aderem a um direito comunitário, por meio de tratados constitutivos de organização supranacional, com o fim de legitimar o processo de integração regionalizada.

Canotilho, na obra "*Brançosos*" e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, diz que há necessidade de se estudar as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político, criando a teoria da *Interconstitucionalidade* (2008, pp. 265-266).

Seria um poder constituinte pautado na cidadania universal, no pluralismo de ordenamentos jurídicos e em uma visão remodelada de soberania.

Maurício Andreiuolo Rodrigues, no livro *Poder Constituinte Supranacional: esse novo personagem*, diz que o poder constituinte supranacional

[...] faz as vezes do poder constituinte porque cria uma ordem jurídica de cunho constitucional, na medida em que reorganiza a estrutura de cada um dos Estados ou adere ao direito comunitário de viés supranacional por excelência, com capacidade, inclusive, para submeter as diversas constituições nacionais ao seu poder supremo. Da mesma forma, e em segundo lugar, é supranacional, porque se distingue do ordenamento positivo interno assim como do direito internacional. (RODRIGUES, 2000, p. 96.)

Citam como exemplo a possibilidade dos Estados soberanos membros da União adotarem uma Constituição transnacional democrática. No contexto da União Europeia (UE), fala-se em Constituição Comunitária. Tem-se o Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE) (JO C 306 de

17.12.2007) entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009, como “tratado constitucional para a União Europeia”.

3.3 DO PODER CONSTITUINTE INAUGURAL

O Poder Constituinte Originário cria o Estado, seja a partir de uma ruptura da ordem jurídica existente, criando uma nova constituição, seja criando, pela primeira vez e a partir do nada, o Estado e lhe dá a primeira Constituição.

Os positivistas afirmam tratar-se de um “Poder de Fato” vinculado à realidade concreta da vida social em determinado espaço territorial.

A teoria positivista, a princípio, adotada no Brasil, defende que poder constituinte originário possui características que o diferenciam dos poderes constituídos. É inicial, autônomo, ilimitado juridicamente, incondicionado e permanente:

- INICIAL - por ser a primeira manifestação, sendo o ponto de começo do Direito;
- AUTÔNOMO - deriva do fato de que só a ele cabe fixar os termos em que a nova constituição será estabelecida e qual o direito a ser implantado;
- ILIMITADO- porque o Poder Constituinte Originário é um ponto zero, ou um marco inicial para a criação de uma nova ordem jurídica e;
- INCONDICIONADO - pois não guarda condições ou termos prefixados para a criação da nova ordem constitucional.
- PERMANENTE - não se exaure com a elaboração da nova constituição. Ele continua presente ainda que em estado de latência e pode eclodir a qualquer momento.

Os Jusnaturalistas, dizem que se trata de “Poder de direito”, tendo por fundamento o Direito Natural, que é anterior e superior ao Direito do Estado. Assim, a Teoria Naturalista sustenta que o Poder Constituinte Originário guarda limite em cânones do Direito Natural, como a liberdade, igualdade, não discriminação, ou seja, cânones do homem em razão de ser homem derivados da natureza humana, que são princípios básicos do Direito Natural.

Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que:

O caráter ilimitado, porém, deve ser entendido em termos. Diz respeito à liberdade do poder constituinte originário com relação a imposições da ordem jurídica que existia anteriormente. Mas haverá limitações políticas

inerentes ao exercício do poder constituinte. Se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam as suas ações. Por isso, um grupo que se arrogue a condição de representante do poder constituinte originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário e não será reconhecido como poder constituinte originário. Afinal, só é dado falar em atuação do poder constituinte originário se o grupo que diz representá-lo colher a anuência do povo, ou seja, se vir ratificada a sua invocada representação popular. Do contrário, estará havendo apenas uma insurreição, a ser sancionada como delito penal. Quem tenta romper a ordem constitucional para instaurar outra e não obtém a adesão dos cidadãos não exerce poder constituinte originário, mas age como rebelde criminoso (BRANCO, 2014, p. 125).

Canotilho defende:

A doutrina atual rejeita esta compreensão. Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, consideramos como “vontade do povo”. Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como princípios supra positivos ou como princípios supraleais, mas intra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar out da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos). (CANOTILHO, 2003, p. 81.)

Por sua vez, a Teoria Sociológica sustenta que o Poder Constituinte Originário guarda limite no movimento revolucionário que o alicerçou, ou seja, no movimento de ruptura que o produziu; leia-se: na ideia de direito que o fez emergir e é limitado em si mesmo.

Certo que a Doutrina Moderna vem fazendo uma releitura do Poder Constituinte a partir do conceito de Patriotismo Constitucional, surgida a partir da teoria discursiva de Jürgen Habermas para quem o conceito de povo não seria um dado pré-político ou extrajurídico, mas uma construção social. O povo (noção pluralista) é o titular do poder Constituinte e diz que o Poder Constituinte (quer originário, quer derivado de reforma). São manifestações jurídicas, englobadas, pois, no universo jurídico; sendo, portanto, limitadas.

Defende-se nesta Teoria que tanto o Poder Constituinte Originário quanto o Poder Derivado de Reforma são entendidos como manifestação jurídica, ou seja, como poder de direito.

Isso leva a conclusão de que tanto o Poder Constituinte Originário quanto o Poder Derivado de Reforma são limitados.

E tais limitações seriam de três espécies: TERRITORIAIS⁸, CULTURAIS⁹ e RELATIVAS AOS DIREITOS HUMANOS.

Aliás, a Corte Constitucional alemã já admitiu a possibilidade do processo constituinte ser limitado por direitos suprapositivos.

O Poder Constituinte Originário pode se manifestar das seguintes formas: Movimento revolucionário (outorga) e assembleia nacional constituinte ou convenção.

E ao surgir a Constituição, essa se impõe com supremacia justamente por ser a Carta Magna, produto do poder constituinte originário. Todo diploma inferior tem que ser conciliável com a Constituição.

E, ao dar início à ordem jurídica, a constituição recepciona aqueles diplomas infraconstitucionais preexistentes com ela conciliáveis, ou seja, trata-se de uma revalidação das normas já existentes que não desafiam, materialmente, a nova Constituição. Tais diplomas permanecem vigentes, mas de acordo à nova constituição. Conforme Kelsen, em Teoria geral do direito e do Estado, “apenas o conteúdo dessas normas permanece o mesmo, não o fundamento de sua validade” (2005, p. 171).

Em havendo incompatibilidade material com a nova ordem Constitucional, tem-se que o diploma preexistente não poderá vigorar. Há quem fale que seria inconstitucionalidade superveniente. Mas ao analisar o *leading case* ADI 02-DF, DJ de 21-11-1997, entendeu o STF que não pode ser considerada inconstitucionalidade superveniente, inclusive porque na doutrina tradicional, lei inconstitucional não produz eleitor. Por isso, fala-se em não recepção ou revogação.

EMENTA: CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE-INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO – A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE (ADI 514/PI, REL. MIN. CELSO DE MELLO – ADI 595/ES, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) – DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL – CÓDIGO ELEITORAL, ART. 224 – INVIABILIDADE DESSA FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA EM

⁸ O Poder Constituinte se identifica necessariamente a uma base territorial.

⁹ O povo é o titular do Poder Constituinte Originário e, por isso, terá condicionamentos inerentes a sua cultura e tradições.

SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A superveniência de uma nova Constituição não torna inconstitucionais os atos estatais a ela anteriores e que, com ela, sejam materialmente incompatíveis. Na hipótese de ocorrer tal situação, a incompatibilidade normativa superveniente resolver-se-á pelo reconhecimento de que o ato pré-constitucional acha-se revogado, expondo-se, por isso mesmo, a mero juízo negativo de recepção, cuja pronúncia, contudo, não se comporta no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes. (ADI 4222 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG. 01-09-2014 PUBLIC. 02-09-2014).

E no que toca a antiga constituição, segundo o STF, fica amplamente revogada. Não prevalece a tese de que seria “desconstitucionalizada” e suas normas tidas como ordinárias.

3.4 PODER CONSTITUINTE DERIVADO (CONSTITUÍDO)

É responsável pelas alterações no texto constitucional segundo as regras instituídas pelo Poder Constituinte Originário, do qual deriva e, por isso, é limitado e condicionado aos parâmetros a ele impostos. Também chamado de poder constituído, secundário, instituído ou de segundo grau.

Há doutrinadores sustentando que, em verdade, apesar da denominação "poder", há neste caso um verdadeiro ato de competência, pois o Poder Constituinte Derivado atua sob parâmetros legais preexistentes e determinados, não se constituindo num ato de competência ilimitada. O sistema responsável por estabelecer limites sob tal competência é justamente o Poder Constituinte Originário. Todavia, a doutrina consagrou a nomenclatura “poder constituinte derivado”.

Subdivide-se em Poder Constituinte DERIVADO, DECORRENTE e REFORMADOR.

O Decorrente é a manifestação na elaboração das constituições Estaduais. O Estado-membro, datado de autonomia, se rege por uma Constituição que emana de um poder especial sujeito a limites e exercido no âmbito da competência normativa que a Constituição Federal reserva aos entes estaduais.

O Poder Constituinte Decorrente tem a função inicial (Instituidor), que é a de ser responsável pela elaboração da Constituição Estadual, como também a função reformadora que tem a atribuição de modificar a Constituição Estadual.

O art. 11 do ADCT estabelece:

Art. 11. Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

Por conta da norma contida no parágrafo único do art. 11 do ADCT e art. 29 da CF¹⁰, há quem defenda a existência de um poder constituinte decorrente municipal. Mas a Doutrina Majoritária não o admite.

O constitucionalista Dirley da Cunha Júnior, adverte que “falar de um poder constituinte decorrente dos Municípios é cogitar a existência de um poder decorrente do poder decorrente” (2012, p. 249).

O Poder constituinte derivado reformador é o responsável por modificar o texto da Constituição por meio de um procedimento específico que se consuma com a aprovação das emendas constitucionais. Ele tem a função de promover a reforma no texto da Constituição.

A constituição, como todo o ordenamento, necessita acompanhar a evolução dos fatos sociais e, por isso, precisa experimentar ajustes e modificação no texto constitucional para mantê-lo coerente com a vontade do poder constituinte originário e da sociedade.

O Poder reformador manifesta-se na Carta Política Federal vigente por dois procedimentos distintos: Emendas constitucionais (art. 59, I, e art. 60, CF) e revisão (art. 3º, ADCT).

O Poder de revisão foi idealizado pelo constituinte originário para facilitar a adequação da Constituição às aspirações mais legítimas que surgissem após o decurso de certo lapso temporal, através de um processo mais flexível que o previsto para a reforma, necessitando do voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Sua previsão legal reside no artigo 3º do ADCT que estabelece: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo

¹⁰ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos...

voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral". E foi disciplinado na Resolução n. 1-RCF, do Congresso Nacional, de 18.11.1993, com alterações posteriores.

Prevalece a teoria de que o poder de revisão submete-se ao limite material fixado ao Poder Constituinte Derivado Reformador (art. 60, § 4.º, da CF/88), como, aliás, já decidiu o STF:

Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução n. 1 – RCF do Congresso Nacional, de 18.11.1993, que dispõe sobre o funcionamento dos trabalhos de revisão constitucional e estabelece normas complementares específicas. Ação de inconstitucionalidade ajuizada pelo governador do Estado do Paraná. Alegações de ofensa ao parágrafo 4º, do art. 60 da Constituição Federal, eis que o Congresso Nacional, pelo ato impugnado, "manifesta o solene desígnio de modificar o texto constitucional", mediante *quorum* de mera maioria absoluta", "em turno único" e "votação unicameral". Sustenta-se, na inicial, além disso, que a revisão do art. 3º. do ADCT da carta política de 1988 não mais tem cabimento, por que estaria intimamente vinculada aos resultados do plebiscito previsto no art. 2º do mesmo instrumento constitucional transitório. "Emenda" e "Revisão" na história Constitucional Brasileira. Emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações do poder Constituinte Instituído e, por sua natureza, limitado. Esta a "revisão" prevista no art. 3º. do ADCT de 1988 sujeita aos limites estabelecidos no parágrafo 4º. E seus incisos, do art. 60, da constituição. O resultado do plebiscito de 21 de abril de 1933 não tornou sem objeto a revisão a que se refere o art. 3º. do ADCT. Após 5 de outubro de 1993, cabia ao congresso nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder a aludida revisão constitucional, a ser feita "uma só vez". As mudanças na Constituição, decorrentes da "revisão" do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das "cláusulas pétreas" consignadas no art. 60, par. 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988. Não se fazem, assim, configurados os pressupostos para a concessão de medida liminar, suspendendo a eficácia da resolução n. 01, de 1993 - RCF, do Congresso Nacional, até o julgamento final da ação. Medida cautelar indeferida. (ADI 981 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/1993, DJ 05-08-1994 PP-19299 EMENT VOL-01752-01 PP-00030).

Já foi exercitado e resultou na aprovação de seis emendas de revisão¹¹ e, assim, não é mais possível nova manifestação, pois, já exaurido.

Verdade que há quem defenda que se possa, por meio de emenda constitucional, convocar outra revisão.

Aliás, PEC 157/2003, de autoria do deputado federal Luis Carlos Santos, propôs a convocação de assembleia para revisão da CF/88¹².

Atual o discurso histórico de promulgação da Constituinte, no ano de 1988, Ulysses Guimarães, destacou:

[...] A nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo. A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. (...) Nosso desejo é o de nação: que este plenário não abrigue outra Assembleia Nacional Constituinte. Porque, antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas desta casa... (VEJA, 1988, pp. 42-51.)

Por sua vez, a emenda Constitucional exige aprovação por 3/5 dos votos dos membros de cada Casa, obedecendo, assim, as regras da bicameralidade (art. 60, § 2.º).

O poder derivado tem como principais características: ser secundário, limitado e condicionado, porque a alteração do texto constitucional obedece às condições impostas em seu próprio corpo textual.

Um dos fundamentos destas limitações é a própria estabilidade social e institucional, em função das quais existe o direito. Não fossem as limitações, o direito ficaria à mercê das pressões momentâneas e emocionais.

¹¹ Emendas de revisão nº 1, de 01.03.1994, Acrescenta os arts. 71, 72 e 73 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; nº 2, de 07.06.1994, Altera o caput do art. 50 e seu § 2º, da Constituição Federal. nº 3, de 07.06.1994, Altera a alínea "c" do inciso I, a alínea "b" do inciso II, o § 1º e o inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal. nº 4, de 07.06.1994, Altera o § 9º do art. 14 da Constituição Federal; nº 5, de 07.06.1994, Altera o art. 82 da Constituição Federal; nº 6, de 07.06.1994, Acrescenta o § 4º ao art. 55 da Constituição Federal. Foi relator da revisão o então deputado federal Néelson Jobim (posteriormente ministro do STF).

¹² A Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda constitucional:

Art. 1º Será instalada, no dia 1º de fevereiro de 2007, Assembleia de Revisão Constitucional, formada pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o objetivo de revisar a Constituição.

Art. 2º A revisão constitucional, consubstanciada em apenas um ato, será promulgada após a aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia de Revisão Constitucional.

Parágrafo único. A revisão constitucional observará o disposto no art. 60, § 4º, da Constituição Federal

Art. 3º A Assembleia de Revisão Constitucional extinguir-se-á no prazo máximo de doze meses contados da data de sua instalação.

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0F0A5081DABF559971D19A97D91B75C5.proposicoesWebExterno1?codteor=160966&filename=Tramitacao-PEC+157/2003>.

A limitação ao poder de reforma pode ser de ordem formal e material. A Formal se subdivide em circunstancial, procedimental e temporal.

A limitação formal circunstancial consiste na proibição de emendas constitucionais *na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio*. (art. 60, § 1º, CF).

Ou seja, tem por escopo proibir emendas quando o país se encontra em momento conturbado, ou seja, em situações de crise institucional, hipótese em que o período para se falar em reforma constitucional é impróprio, até para se evitar golpes políticos.

A limitação formal procedimental. Diferencia as normas constitucionais do processo legislativo comum. Exigem-se procedimentos especiais e isso que lhe garante a manutenção da rigidez e hierarquia frente a outras normas.

“A rigidez decorre da maior dificuldade para sua modificação do que a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição” (SILVA, 2017, p. 45).

O texto constitucional consagra um procedimento próprio para que se operem as alterações em seu texto, conforme se depreende da norma do art. 60¹³, I¹⁴, II¹⁵, III¹⁶, §§ 2º¹⁷, 3º¹⁸ e 5º¹⁹CF.

Como se vê, a constituição especifica a forma de apresentação de propostas de modificação do seu texto, classificando os legitimados para deflagração do processo; a tramitação do processo, informando que será submetida a turnos de votação com quórum para aprovação, forma de promulgação e de impossibilidade de reapresentação de propostas de emenda rejeitadas na mesma sessão legislativa.

A limitação formal Temporal consiste em determinação feita pelo Poder Constituinte Originário no sentido de proibir ou impedir as manifestações do Poder Constituinte de Reforma em um determinado lapso temporal. Nossa Constituição não fixou limitações temporais no poder constituinte derivado de reforma via emendas, estabelecido, apenas para o exercício do Poder Constituinte derivado de reforma via revisão (art. 3º do ADCT).

¹³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

¹⁴ I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal

¹⁵ II - do Presidente da República;

¹⁶ III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

¹⁷ § 2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

¹⁸ § 3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

¹⁹ § 5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

As limitações Materiais ou substanciais são as mais interessantes para o desenvolvimento do tema que aqui se propõe, até porque as mutações constitucionais são permanentes e informais.

Refere-se ao conteúdo, buscando manter o “núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário” e, assim, impede a “deliberação” de proposta que o viole. Tem por escopo a permanência dos elementos essenciais de um texto constitucional.

“Tais limites representam o máximo entrenchamento das normas jurídicas, que são retiradas do alcance até mesmo das maiorias qualificadas necessárias à aprovação de mudanças constitucionais” (NETO, 2012, p. 418).

Aliás, “de todas as restrições impostas ao poder de reforma, a que mais provoca polêmica é a que constrange a atividade de reforma no seu conteúdo” (BRANCO, 2014, p. 145).

A constituição instituiu as “cláusulas pétreas” ou “cláusulas de perpetuidade”²⁰ como limitação material. E podem ser explícitas e implícitas²¹.

As explícitas encontram-se previamente estabelecidas no texto e seriam as normas que materializam princípios e as que não podem ser abolidas para evitar fragilizar a integralidade constitucional.

Por sua vez, as limitações implícitas seriam aquelas derivadas da interpretação do próprio sistema constitucional e que conferem identidade material à Carta política, podendo-se destacar: sistema presidencialista e da forma republicana de governo, insuscetível de alteração desde o plebiscito realizado em 1993, bem como incompatibilidade do sistema parlamentarista com o princípio da separação dos poderes adotados na Constituição; A dupla revisão, ou seja, impossibilidade de alteração do art. 60 da Constituição²², que estabelece o processo de reforma constitucional; os fundamentos da República Federativa do Brasil (soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, pluralismo político e dignidade da pessoa humana); princípios sensíveis; autonomia municipal; o pluripartidarismo; etc.

²⁰ No Brasil, a previsão constitucional de limites materiais ao poder de reforma ocorreu em todas as nossas constituições republicanas, com exceção da Carta de 1937.

²¹ Não se pode deixar de registrar o posicionamento do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho no sentido de que “... Difícil é admitir que o constituinte ao enunciar o núcleo intangível da Constituição o haja feito de modo incompleto, deixando em silêncio uma parte dele, como que para excitar a capacidade investigatória dos juristas...” (FERREIRA FILHO, 1995, p. 14).

²² Não há previsão garantindo a petricidade do art. 60, CF.

As cláusulas pétreas não têm por fim proteger a redação constitucional, e sim os princípios neles insculpidos, conforme ensinamento de Jorge Miranda.²³

Deve-se registrar que há inquietação doutrinária quanto às cláusulas pétreas.

[...] Há os que disputam a sua legitimidade e eficácia jurídica. Há os que admitem a restrição, mas a tem como relativa, sustentando que ela pode ser removida pelo mecanismo da dupla revisão. Há os que aceitam a limitação material e a tem como imprescindível e incontornável. O argumento dos que sustentam ser juridicamente inaceitáveis as cláusulas pétreas (Loewenstein e Joseph Barthélemy) apega-se à ideia de que não haveria uma diferença de substância entre o poder constituinte de revisão e o originário, sendo ambos formas de expressão da soberania do Estado. Ambos são exercidos, num regime democrático, por representantes do povo, por ele eleitos. Não haveria por que considerar o poder constituinte exercido num certo momento como superior à vontade do poder de revisão expressa posteriormente. Diz-se desarrazoado supor a existência de uma autolimitação da vontade nacional operada pelo constituinte originário. A declaração de intangibilidade, por isso, teria uma função política, mas não força jurídica. Outros entendem que as normas que impedem a revisão de certos preceitos básicos são juridicamente vinculantes, mas não seriam elas próprias imunes a alterações e à revogação. Se forem suprimidas, num primeiro momento, abre-se o caminho para, em seguida, serem removidos os princípios petrificados. Esse procedimento ganha o nome de dupla revisão. Assim, aceita-se que o poder constituinte originário estabeleça que certas cláusulas estejam ao abrigo de mudanças, mas se propõe que essa determinação somente deverá ser observada enquanto ela própria estiver em vigor, podendo ser revogada pelo poder de revisão. O sentido básico do estabelecimento de limites materiais seria, assim, o de aumentar a estabilidade de certas opções do constituinte originário, assegurar-lhe maior sobrevida, por meio do agravamento do processo da sua substituição. O argumento dos que têm a limitação como absolutamente vinculante e imprescindível ao sistema parte do pressuposto de que o poder de revisão, criado pela Constituição, deve conter-se dentro do parâmetro das opções essenciais feitas pelo constituinte originário. Aponta-se que se o poder revisional enfrenta a lógica da Constituição que o previu, e se desgarra do núcleo essencial dos princípios que a inspiraram e que lhe dão unidade, ocorreria um desvio de poder. Lembra-se que o propósito do poder de revisão não é criar uma nova Constituição, mas ajustá-la – mantendo a sua identidade – às novas conjunturas. (BRANCO, 2014, p.148).

A constituição fixou como cláusulas pétreas explícitas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais. (art. 60, § 4º, incisos I, II, III, IV, CF).

E a constituição diz em seu art. 60, § 4 *in verbis*:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988. p. 155.

- I – a forma federativa de Estado²⁴;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

[...] O texto suscita dificuldades de interpretação. Uma concerne ao que seja “abolir”. Há quem leia nisto a proibição de mudar o regime do instituto compreendido na matéria dos quatro incisos do art. 60, § 4º, em particular o regime dos direitos fundamentais. Essa posição é um exagero, já que, na língua portuguesa, abolir significa suprimir e não se suprime um instituto quando se lhe altera o regime. Lembre-se a lição de Alexy de que uma restrição só afeta o “conteúdo essencial” de um direito, portanto, o abole indiretamente, “quando não é adequada, não é necessária ou é desproporcionada em sentido estrito”. (FILHO, 2012, pp. 177-178.)

E prossegue:

[...] Outra diz respeito ao alcance do art. 60, § 4º, que menciona “direitos e garantias individuais”. Ora, essa expressão interpretada ao pé da letra compreenderia as liberdades, não os direitos sociais, por exemplo. Entretanto, a melhor interpretação é a que inclui entre os direitos protegidos pela “cláusula pétreas” também esses direitos sociais. Sim, porque, sendo as liberdades (como a de ir e vir) e os direitos sociais (como o direito à educação) direitos fundamentais, absurdo seria que as primeiras gozassem da proteção de não poderem ser abolidas, enquanto os segundos poderiam sê-lo. Certamente, na redação do art. 60, § 4º, IV, da Constituição, o constituinte disse menos do que queria... (Op. Cit.)

Certo que, as cláusulas pétreas, em verdade, são uma opção do poder constituinte instituidor que reservou o núcleo do sistema constitucional e o classificou como impossível de se abolir, inclusive de forma transversa.

Quando do julgamento da ADIn nº 3685 questionando a EC 52/2006 o Ministro Ricardo Lewandowski, destacou em voto que a manobra empreendida pelo Constituinte Reformador incorre em vício que os publicistas franceses de longa data qualificam de *détournement de pouvoir*, isto é, de desvio de poder ou de finalidade, expediente mediante o qual se busca atingir um fim ilícito utilizando-se de um meio aparentemente legal. Em outras

²⁴ Consta desde a Constituição de 1891 (exceto na constituição 1937).

palavras, repita-se, buscou-se, no caso, como se viu atalhar o princípio da anualidade, dando efeito retroativo à Emenda Constitucional n.º 52, promulgada em plena vigência do moralizador artigo 16 da Carta Magna. Trata-se, nas palavras do ilustre Professor Fábio Konder Comparato, que elaborou parecer sobre a matéria, de um desvio de poder constituinte, que os autores alemães denominam *Verfassungsbeseitigung*, expressão que, traduzida literalmente, significa “atalhamento da Constituição”.²⁵

E o texto constitucional veta a própria deliberação de matéria tendente a abolir as cláusulas pétreas.

Por isso, se admite mandado de segurança com escopo de impedir a deliberação, sendo, todavia, exclusivamente legitimado para a impetração o parlamentar federal.

Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da republica. - Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido. (MS 20257, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/1980, DJ 27-02-1981 PP-01304 EMENT VOL-01201-02 PP-00312 RTJ VOL-00099-03 PP-01031).

Mais recentemente o STF decidiu:

[...] a impossibilidade de controle prévio de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário, **ressalvada a proposta de emenda constitucional tendente a abolir as cláusulas pétreas** (art. 60, §4º, CRFB); 2.2.) a impossibilidade de determinação para que outro Poder da República aprecie a constitucionalidade de determinado projeto de lei à luz de específicos preceitos constitucionais; 2.3.) o encaminhamento pelo Presidente da Mesa do Senado Federal após a aprovação pelo Plenário daquela Casa Legislativa à Câmara dos Deputados circunscreve-se ao domínio *interna corporis* do

²⁵ ADI 3685, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, DJ 10-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02241-02 PP-00193 RTJ VOL-00199-03 PP-00957. Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

Poder Legislativo; e, por fim, 2.4.) não se pode apequenar e desqualificar os trabalhos da Casa Revisora (art. 65, CRFB) no Processo Legislativo. 3. O sistema da administração da Justiça, que tem como um de seus vetores o Princípio da Duração Razoável do Processo, consagrado no art. 5º, LXXVIII, CRFB, não convive harmoniosamente com recursos infundados ou temerários. 4. Agravo regimental não conhecido e declarado manifestamente improcedente em votação por maioria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (MS 34063 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-212 DIVULG 04-10-2016 PUBLIC 05-10-2016).

O conteúdo das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF) não demanda maiores questionamentos, com exceção da previsão do inciso IV do § 4º do art. 60 CF (os direitos e garantias individuais).

Persistem indagações no sentido de se além das “garantias individuais” a proteção abarca outros direitos fundamentais, valendo-se de uma interpretação extensiva da aludida norma.

Certo que doutrinam que as normas de direitos sociais não operam como limites materiais ao poder de reforma constitucional, pois não foi expressamente elencado no parágrafo 4º do art. 60, CF.

Ainda, invocam o fato de que o §1º do art.5º da CF não faz referência a direitos sociais (As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata).

Ao discorrer sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet, em artigo intitulado “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988”,²⁶ destaca:

Todas estas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF. Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente. Todavia, a despeito das considerações precedentes, há que admitir que a inclusão dos direitos sociais (e demais direitos fundamentais) no rol das “cláusulas pétreas”, em especial no que diz com a sua justificação à luz do direito constitucional positivo, é questão que merece análise um pouco mais detida. Já no preâmbulo de nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a ideia de que constituímos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece

²⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2017.

claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incisos I a III, assim como no artigo 3º, incisos I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado consagrada pela nossa Constituição, sem olvidar que tanto o princípio do Estado Social quanto os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das “cláusulas pétreas” – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.²⁹ Poder-se-á argumentar, ainda, que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, lhes tivesse assegurado proteção jurídica diminuída.

E arremata:

[...] Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. Ainda que não se queira compartilhar este entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma situação de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais. Os direitos e garantias individuais referidos no artigo 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos).

Para Paulo Bonavides,

[...] a expressão “direitos e garantias”, ali textualmente nomeada e gramaticalmente compreendida, exprime os limites teóricos, históricos e específicos traçados para traduzir na essência o breviário da escola liberal e positivismo jurídico ... a interpretação comprimida e restrita do sobredito § 4º só é factível, pois, mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um constitucionalismo desde muito abalado e controvertido em suas fronteiras materiais, bem como nas suas antigas sustentação e legitimidade; seria, por conseguinte, um constitucionalismo inconformado com o advento de novos direitos que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorgar-lhes o mesmo grau de recolhimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais. (BONAVIDES, 2011, pp. 652-653.)

Em sede de ação direta de inconstitucionalidade nº 939-07/DF, ao interpretar o artigo 7º da CF, o STF afirmou que os direitos sociais são cláusulas intocáveis e guardam relação de continência com os direitos individuais previstos no art. 60, § 4º, CF.

Ação direta de inconstitucionalidade (medida cautelar). I.P.M.F. (Imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira). Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993 (art. 2º, par. 2.). Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993. Art. 60, par. 4., inciso IV, c/c arts. 5., par. 2. e 150, III, "b", da Constituição. Preliminar de inépcia da inicial. Legitimidade ativa (art. 103, IX, da Constituição Federal). Legitimidade passiva. 1. Se do texto completo da inicial se verifica que impugna a Emenda Constitucional que permitiu a criação do imposto, e a Lei Complementar que o instituiu, torna-se irrelevante o fato de, ao final, referir-se apenas, inadvertidamente, a inconstitucionalidade da lei. 2. Sendo a C.N.T.C. uma Confederação Sindical, tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, IX, da Constituição Federal). 3. Nessa espécie de ação, a União não é parte e nem se pode deduzir, contra ela, pretensão a restituição de tributos, o que só se admite em ação de outra natureza e no foro competente. 4. Estando caracterizada a plausibilidade jurídica da ação ("fumus boni iuris"), ao menos quanto a alegação de violação do disposto no artigo 60, par. 4., inciso IV, c/c arts. 5., par. 2., e 150, III, "b", todos da Constituição, e de se deferir medida cautelar para suspensão da eficácia do art. 2. e seus parágrafos da Emenda Constitucional n. 3/93, que autorizou a criação do I.P.M.F., bem como de toda a Lei Complementar n. 77/93, que efetivamente o instituiu. 5. Hipótese em que a suspensão deve vigorar até 31.12.1993, reservando-se o Tribunal para, antes do início do recesso judiciário (19.12.1993), examinar se a estendera (a suspensão) ao exercício de 1994, apreciando, inclusive, os demais fundamentos da ação, caso até essa data não tenha sido ela julgada, pelo mérito. (ADI 939 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/1993, DJ 17-12-1993 PP-28066 EMENT VOL-01730-10 PP-01959).

Alerta-se que as cláusulas pétreas criam obstáculo para a abolição da matéria (direitos fundamentais) nelas previstas. Portanto, admite-se a modificação destes direitos para ampliá-los, incluindo novos no respectivo rol.

Desde a Constituição Republicana de 1891, todas as Constituições brasileiras que instituíram limites à reforma constitucional utilizaram a fórmula "tendente a abolir". Esta expressão deve ser interpretada no sentido de proteger o núcleo essencial de direitos, princípios e institutos, e não como a impossibilidade de qualquer tipo de alteração do dispositivo "intangibilidade literal". (NOVELINO 2014, p. 105.)

O STF admite a alteração das matérias elencadas no art. 60, § 4º, da CF/88, desde que a reforma não se destine a aboli-las e preserve o seu núcleo material irredutível.

EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência

de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda. (ADI 3128, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno,

julgado em 18/08/2004, DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-03 PP-00450 RDDDT n. 135, 2006, p. 216-218).²⁷

No que toca à criação de novos direito fundamentais pelo Constituinte Reformador, adverte Paulo Gustavo Gonet que:

[...] A questão que pode ser posta, no entanto, é a de saber se os novos direitos criados serão também eles cláusulas pétreas. Para enfrentá-la é útil ter presente o que se disse sobre a índole geral das cláusulas pétreas. Lembre-se que elas se fundamentam na superioridade do poder constituinte originário sobre o de reforma. Por isso, aquele pode limitar o conteúdo das deliberações deste. Não faz sentido, porém, que o poder constituinte de reforma limite-se a si próprio. Como ele é o mesmo agora ou no futuro, nada impedirá que o que hoje proibiu, amanhã permita. Enfim, não é cabível que o poder de reforma crie cláusulas pétreas. Apenas o poder constituinte originário pode fazê-lo. Se o poder constituinte de reforma não pode criar cláusulas pétreas, o novo direito fundamental que venha a estabelecer – diverso daqueles que o constituinte originário quis eternizar – não poderá ser tido como um direito perpétuo, livre de abolição por uma emenda subsequente... (BRANCO, 2014, p. 154.)

Cabe destacar que apesar de a garantia de respeito ao direito adquirido encontra-se no rol de direitos fundamentais (art. 5º, XXXVI, CF), há entendimento de que não são oponíveis ao poder constituinte reformador, mas sim é invocável diante do legislador ordinário.

[...] Se em relação ao poder constituinte originário está bem assentada a inoponibilidade a ele de direito adquirido, verifica-se controvérsia quando se cuida de saber se uma emenda à Constituição está legitimada para desprezar direitos adquiridos antes dela. Encontram-se vozes tanto no sentido de que o poder de revisão não pode desnaturar, nos casos concretos, os direitos já incorporados ao patrimônio jurídico dos seus titulares, como no sentido de que isso não é impossível. Sustentando a primeira posição, invoca-se a história da garantia do direito adquirido, para mostrar que o destinatário da sua vedação é o legislador ordinário. A garantia do direito adquirido estaria ordenada apenas para restringir a atividade do legislador infraconstitucional, não obstante à ação do constituinte derivado. Reforça-se o argumento com a invocação do texto do art. 5º, XXXVI, da CF, que impede a lei de prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Assim, uma emenda à Constituição não poderia permitir que lei ordinária retroagisse em detrimento de direitos adquiridos, mas nada obstaria a que a emenda, ela própria, o fizesse. A não ser assim, o ordenamento quedaria excessivamente imobilizado para promover mudanças que a nova hora estimasse justas, consistindo isso um indesejável estímulo ao rompimento da ordem constitucional. A segunda posição anotada parte do suposto de que a garantia do direito adquirido foi concebida também em face do legislador constitucional. O revisor da Constituição não poderia suprimir essa garantia do texto constitucional, nem poderia menosprezar direitos adquiridos anteriormente. Afirma-se que, quando o art. 5º, XXXVI, da Constituição

²⁷ No mesmo sentido: STF ADI 3105 ED, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/02/2007, DJ 23-02-2007 PP-00017 EMENT VOL-02265-01 PP-00130 RT v. 96, n. 861, 2007, p. 83-85.

determina que a lei não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o termo lei não é referido na sua acepção estrita, mas abrange todos os instrumentos normativos, inclusive as emendas à Constituição. Argumenta-se que: “se assim não fosse, estaríamos admitindo que só a lei (tomada apenas no sentido formal e restrito) não poderia prejudicar o direito adquirido. [...] Em consequência, os decretos legislativos e as resoluções, por serem destituídos daquele sentido, não estariam incluídos na limitação prevista e determinada pelo inciso XXXVI?”. Em outra linha, argumenta-se que a proteção ao direito adquirido busca conferir eficácia a outro princípio, referido no caput do art. 5º da Constituição – o postulado da segurança jurídica –, reforçando-se a ideia de que uma emenda não está apta para atuar em descaso para com situações consolidadas antes dela... (BRANCO, 2014, p. 157).

O Supremo Federal já decidiu pela impossibilidade de se impor tal garantia ao poder constituinte reformador:

[...] A Constituição tem eficácia imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Para alcançar, porém, hipótese em que, no passado, não havia foro especial que só foi outorgado quando o réu não mais era Prefeito - hipótese que configura retroatividade média, por estar tramitando o processo penal -, seria mister que a Constituição o determinasse expressamente, o que não ocorre no caso. Por outro lado, não é de aplicar-se sequer o princípio que inspirou a Súmula 394. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 168618, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 06/09/1994, DJ 09-06-1995 PP-17260 EMENT VOL-01790-09 PP-01843).²⁸

Contudo, ao revisar a matéria deliberou:

[...] O Supremo Tribunal Federal possui firme jurisprudência no sentido de que o servidor público tem direito adquirido à conversão da licença-prêmio não gozada em tempo de serviço, para fins de aposentadoria, se preencheu os requisitos para a concessão do benefício antes do advento da Emenda Constitucional nº 20/1998. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 852194 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 17/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 13-03-2017 PUBLIC 14-03-2017).

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que somente é possível a cumulação de proventos quando já adquirido o direito antes da vigência da EC 20/1998, que vedou taxativamente essa hipótese. Precedentes. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (ARE 957395 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO,

²⁸ No mesmo sentido: RE 94414, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/1985, DJ 19-04-1985 PP-05456 EMENT VOL-01374-02 PP-00217 RTJ VOL-00114-01 PP-00237.

Primeira Turma, julgado em 28/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 16-11-2016 PUBLIC 17-11-2016).

4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Na digressão que se fez a título de prelúdio, demonstrou-se que as alterações das normas constitucionais devem obedecer a um procedimento previamente estabelecido pelo Poder Constituinte Originário.

Trata-se da limitação procedimental consagrada no texto constitucional que fixa um procedimento próprio para que se operem as alterações em seu texto, conforme se depreende da norma do art. 60 da Carta Política.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com respectivo número de ordem.

§ 5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Contudo, o guardião da Constituição poderá entender que o conteúdo normativo não atende ao fim posto e, assim, alteram-no o sentido, muitas das vezes para atender a reclamos populares.

Consiste, na verdade, em atribuir outra redação ao texto preexistente.

Tal proceder teria amparo no Poder Constituinte Difuso que, como visto em tópico acima, e que, segundo Barroso, seria em “[...] caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais...” (2009, p. 123), ou seja, aquele que permite a modificação da constituição sem observância “às modalidades juridicamente disciplinadas” na expressão de Georges Burdeau.

E sua qualificação como difuso seria “porque não vem formalizado nas constituições”.

Em seu magistério, o Ministro Barroso cunha as seguintes considerações:

[...] Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. [...] Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais... (BARROSO, 2009, p. 123.)

Pontuou que coube à teoria Constitucional alemã cunhar a possibilidade “...alterações na Constituição material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal...”.

Diz Barroso que “[...] ao tempo que a rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer” (BARROSO, 2009, p 127.).

No Magistério do Professor Pedro Lenza:

[...] As mutações, por seu turno, não seriam alterações “físicas”, “palpáveis”, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado. As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional... (LENZA, 2013, p. 174)

A professora Anna Cândida Ferraz desenvolveu uma célebre monografia sobre o tema, afirmando que uma Constituição não está aberta apenas a mudanças formais (poder Constituinte derivado), mas também a mudanças informais, mediante mutações constitucionais (Poder Constituinte difuso).

Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre *reforma constitucional* e *mutação constitucional*; a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através - ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis. Alterações essas que, em geral, 'se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas. (FERRAZ, 2015, p. 9.)

A mutação constitucional se apresenta como fruto da evolução da sociedade, presente sempre que se fizer necessária uma nova interpretação da constituição, cujo texto não se altera com a mutação, sendo vedado ao intérprete extrapolar o processo hermenêutico e aplicar a

constituição fora do que determina seu texto e seu espírito, valendo-se (indevidamente) do processo de *mutação constitucional*, o que caracterizaria uma verdadeira ruptura constitucional conforme ensina Nelson Nery Junior na obra *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, Estudos e homenagem A J.J. Gomes Canotilho*.

Seria um momento de conflito entre o conteúdo da Constituição vigente e a realidade social, denominado por Ivo Dantas, em sua obra “Poder constituinte e revolução”, como “hiato constitucional²⁹” e o fenômeno da mutação constitucional, surge aí, dando outro sentido interpretativo ao texto da Constituição, sem alterá-lo (LENZA, 2013, p. 235).

Leciona Novelino que:

[...] A doutrina mais tradicional sustenta, com fundamento no princípio da separação dos poderes, que os juízes têm legitimidade democrática apenas para a aplicação, e não para a produção de normas. A criação judicial do direito, no entanto, possui adeptos de grande respeitabilidade em todos os quadrantes do mundo jurídico. Inocêncio Mártires Coelho observa que a sobrevivência do princípio da separação dos poderes depende de sua adequação às mudanças impostas pela práxis constitucional, sendo imprescindível sua reinterpretação de forma a “adaptá-lo às exigências do moderno Estado de Direito, que, sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Judiciário, sobretudo das Cortes Constitucionais, mais e mais comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais...

[...] A participação do judiciário na criação e desenvolvimento do direito pode ser constatada não apenas na interpretação dos textos normativos e na concretização dos princípios, mas também nas decisões com eficácia aditiva proferidas pelo Tribunal Constitucional nos casos de omissões inconstitucionais e de interpretação conforme a Constituição... (NOVELINO, 2014, p. 42.)

Ao tratar da interpretação evolutiva, Anna Cândida Ferraz destaca:

[...] Sem contrariar o texto literal da Constituição, admitem-se novos conteúdos ao mesmo, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais, que não estavam presentes na mente dos constituintes quando elaboraram a Constituição. Este o chamado *método evolutivo*, *interpretação evolutiva* ou *critério evolutivo* aplicado à interpretação constitucional. (FERRAZ, 2015, p.45.)

A jurisprudência criada a partir da interpretação ou integração da Constituição feita pelos Tribunais é considerada como fonte do direito constitucional.

²⁹ Instantes em que não ocorre a adaptação e harmonia das normas constitucionais às novas realidades.

Trata-se, pois, de um instituto irrenunciável, mormente frente à evolução e dinamismos das relações humanas, bem como por conta do formalismo na alteração expressa do texto constitucional.

Contudo, tal medida, não pode, *data venia*, substituir o legislador constituinte reformador. Há diferença em dizer o alcance do texto e em alterar o seu sentido.

Não se pode, sob o pretexto de adequar às normas constitucionais, fazer interpretações que implique alteração no próprio texto.

4.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL. SUBORDINAÇÃO ÀS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO PODER REFORMADOR. EFEITO *CLIQUE*. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INCONSTITUCIONALIDADE

A expressão mutação constitucional destina-se a alterar ou modificar o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la, sem malferir a letra e o espírito da norma.

A mutação constitucional se apresenta como fruto da evolução da sociedade quando um novo sentido da norma se fizer necessário, cujo texto não se altera com a mutação, sendo vedado ao intérprete extrapolar o processo hermenêutico e aplicar a constituição fora do que determina seu texto e seu espírito, valendo-se (indevidamente) do processo de *mutação constitucional*, o que caracterizaria uma verdadeira ruptura constitucional.

Os limites da mutação estão ligados à atividade da jurisdição, cabendo ao Supremo Tribunal Federal o cumprimento da *letra expressa* da constituição (na sua tarefa de interpretar) e nos limites dos poderes e das funções impostos pela própria constituição.

Contudo tem-se notado que o STF passou a substituir o texto constitucional, com a justificativa de que está interpretando-o, trazendo para atender aos anseios atuais.

Lembra Barroso que:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação

conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. (BARROSO, 2010³⁰)

A questão da “Mutação constitucional” ganhou destaque no STF, com a reclamação Constitucional n  4335/AC³¹ (Relator Ministro Gilmar Mendes), na qual se pediu para garantir os efeitos da decisão proferida nos autos do *habeas* 82.959/SP e que declarou a inconstitucionalidade do art. 2 ,   2 , da Lei n  8.072/90, o Supremo invocou expressamente a mutação.

Ao apreciar a Reclamação (processo 4.335), o Ministro Gilmar Mendes registrou:³²

[...]   possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu   regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*.

Por sua vez, o Ministro Eros Grau pontuou:

[...] O eminente Relator, jurista sensível à necessidade de adequação da Constituição ao devir social, em seu voto propõe que a promova, no que tange aos efeitos das decisões do Supremo no exercício do controle difuso. E o faz extraindo 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 para dar publicidade   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 forçá normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional... [...] Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade   suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo...]

³⁰ <http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-immune-politica-real-nao-bem-assim> (acessado em 23/04/2017).

³¹ Rel n  4.335/AC, Min. Rel. Gilmar Mendes, Plenário, julgamento 1 .02.2007, DJE 27.04.2007.

³² Rel 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC. 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001, inteiro teor no endereç o <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>.

Ou seja, deixa claro que o STF modifica o texto constitucional, substituindo o poder constituinte pelo poder Judiciário.

Aliás, em obra doutrinária o Ministro Eros Graus registrou: *Interpretar* não é apenas *compreender*. A interpretação consiste em *mostrar algo*: ela vai “do abstrato ao concreto, da fórmula a respectiva aplicação, a sua ‘ilustração’ ou a sua inserção na vida” (Ortiguez 1987/220; na interpretação de fatos, ao contrário, vai-se do concreto ao abstrato, da experiência a linguagem). A interpretação, pois, consubstancia uma operação de *mediação* que consiste em transformar uma expressão em outra, visando a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica (GRAU, 2008, p. 20).

No mesmo julgamento, o então Ministro Sepúlveda Pertence destacou:

[...] Sem saber nadar, é claro que não me aventurarei nas águas procelosas das duas magníficas dissertações: primeira, a do eminente Relator, agora reiterada; e, hoje, do eminente Ministro Eros Grau. Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista...

O Ministro Joaquim Barbosa verberou:

[...] Por esse aspecto, restaria o argumento do relator sobre a ocorrência, no caso, de mutação constitucional. Mas o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação (*Direito Constitucional*, p. 1102). Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva “*désuetude*...” [...] “...a proposta do eminente relator, além de encontrar obstáculo intransponível na literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição, vai na contramão das conhecidas regras de *self restraint* que Alexander Bickel, em sua monumental obra “*The Least Dangerous Branch*”, qualificou de “Virtudes passivas” da justiça constitucional. Bickel preconizava que no exercício da jurisdição constitucional só restam ao Poder Judiciário três alternativas, isto é: a) anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional; c) não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão constitucional. Essa regra de *sagesse politique*, de sabedoria política, tão importante para a vitalidade da democracia constitucional, parece-me plenamente aplicável ao caso ora em exame, sobretudo porque a norma em

causa, a par da sua literalidade quase "ofuscante", em nada limita o exercício por essa Corte da sua missão de guarda da Constituição...³³

Certo é que frente à alteração da realidade e dos anseios da sociedade e a omissão do legislador constituinte (e os processos formais são dificultosos), o STF, como guardião da Carta política, promove as mudanças que, em seu pensar, estariam a atender aos reclamos sociais, contudo, modificando o texto de lei.

Com a devida *venia*, são decisões cujas conclusões são clamadas pela sociedade e os julgadores buscam apenas argumentos para fundamentá-las.

Interessante registrar que em artigo intitulado “No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não”, Barroso afirma:

[...] O poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo [...] A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que divirjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão [...] Em suma: no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. (BARROSO, 2010³⁴.)

Exatamente o que aconteceu com a garantia da não culpabilidade, prevista no art. 5º LVII [ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória].

A norma diz textualmente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado”. Em face disso, o STF passou a analisar a possibilidade de se executar a prisão após decisão de segundo grau, mesmo estando o feito com recursos excepcionais pendentes.

³³ Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da **Decisão**: O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam *habeas corpus* de ofício. Não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que sucederam aos Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar da 98ª Comissão de Veneza, na cidade de Veneza, Itália, e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), que votou em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Plenário, 20.03.2014.

³⁴ <http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim> (acessado em 23/04/2017).

Eis a ementa do julgado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG. 16-05-2016 PUBLIC. 17-05-2016).

O acórdão condutor destacou:

[...] Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória...

Ao proferir voto, o Ministro Edson Fachin registrou:

[...] Na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu.

O Ministro Luis Roberto Barroso destacou em seu voto:

[...] É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado.

[...] Aplicando-se, então, a teoria à realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal.

Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

Em *segundo lugar*, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita, sobretudo, aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

Em *terceiro lugar*, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva.

Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

[...] Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão.

Inclusive, o Ministro sustentou como fundamento para a mutação constitucional o fato de que permitir que as decisões só sejam executadas após o trânsito em julgado “... contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade...”

produzindo “... deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral”.

Registrou, pois que a “mutação constitucional” teve por escopo atender aos anseios sociais.

Com escopo de apresentar respostas aos reclamos sociais (que quase sempre são facilmente direcionados) busca um “jeitinho constitucional”, parafraseando Alexandre Coutinho Pagliarini em seu artigo “O Papel do Estado no Tratado de Lisboa e a Intensificação do Constitucionalismo Supranacional Europeu”.³⁵

Pertinentes às ponderações do professor Ives Gandra da Silva Martins, *in verbis*:

Aos 82 anos, confesso sentir-me politicamente incorreto, pois não consigo adaptar-me a uma realidade em que o descumprimento da Constituição e da lei pode ser praticado com aplausos de parte da mídia e de autoridades respeitadas no País.

Como operador do Direito há quase 60 anos, não me habituo ao atual protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF), cujos ministros, reconhecidamente eminentes juristas, em vez de “guardiões da Constituição” (artigo 102), não poucas vezes a alteram, criando novas normas. A invasão de competências legislativas é proibida pelo artigo 103, § 2.º, ao prever que nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, declarada a omissão do Congresso, cabe ao Supremo apenas solicitar-lhe que produza a norma. Se não pode legislar nessas ações, não o pode também em *habeas corpus*, mandados de injunção ou quaisquer outros veículos processuais não vocacionados a interferência na função legislativa.

Ora, o STF legislou no caso de prisões de parlamentares por crimes no exercício do mandato, sem autorização da Câmara (artigo 53, § 3.º, da Constituição); no caso da interrupção da gravidez de anencéfalos, criando hipótese de impunidade para aborto eugênico não constante do artigo 128 do Código Penal. Legislou ao permitir o homicídio uterino até três meses de gestação sem nenhuma justificativa; ao permitir que a união entre pares do mesmo sexo, o que é legítimo, tivesse o mesmo status que o casamento, instituto que a Lei Suprema apenas admite para a união entre homem e mulher (artigo 226, § 3.º). Legislou quando permitiu que candidato derrotado assumisse governo de Estado, sem novas eleições diretas ou indiretas (artigo 81); desconsiderou a presunção de inocência, o devido processo legal e o instituto da coisa julgada para permitir a prisão em segunda instância (artigo 5.º, inciso LVII).

³⁵ “[...] O poder constituinte *implica* a feitura de uma Constituição; uma Constituição *implica* a estruturação de uma comunidade política e a proclamação de Direitos Fundamentais; a soberania *implica* a crença do Estado delimitado territorialmente, com um governo superior e ordens respeitadas e/ou a serem respeitadas, o que, por sua vez, *implica* o Estado-nação da modernidade. As implicações acima, todas elas, decorrem de abstrações, pois fisicamente não são tácteis, nem o poder constituinte, nem o Estado e muito menos a soberania. Trata-se de criações da inteligência humana que deram vazão à instituição e à manutenção do Estado moderno. Entretanto, mesmo nas coisas referentes às *verdades modernas* tem havido distorções e, ainda assim, a doutrina constitucionalista clássica aceita inovações que, na realidade, não decorrem do criativo processo de interpretação, mas de “*favores axiológicos*” para justificar atitudes inconstitucionais dos donos do poder, verificando-se, então, aquilo que Andreuolo Rodrigues chama de “*jeitinho constitucional*.” Disponível em: <http://www.unimar.br/publicacoes/2010/argumentum_10.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

O Congresso Nacional, acuado pelas denúncias da Lava Jato, não tem coragem de se opor a essa invasão, razão pela qual não tem desobedecido às ordens emanadas daquele Poder, apesar de o permitir o artigo 49 inciso XI da Lei Suprema. Basta lembrar a determinação para anular a votação de projeto de iniciativa popular elaborada pelo Ministério Público contra a corrupção, nos termos em que foi por ele modificado. Criou o STF a obrigação de um projeto de iniciativa popular, assinado por 2 milhões de brasileiros, ser compulsoriamente “homologado” pelo Congresso eleito por 140 milhões de brasileiros, sem alterações!

Em artigo neste jornal, a verdade sobre as ‘10 Medidas’ (contra a corrupção), Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Hamilton Dias de Souza, Renato de Mello Jorge Silveira e eu mostramos como muitas das sugestões lá contidas eliminariam o mais sagrado direito de uma democracia, que é o direito de defesa, inexistente nas ditaduras.

Por outro lado, o Ministério Público, em que atuam bons juristas, incluídos os do Paraná, em certas atuações cinematográficas tem procurado desconstituir o instituto universal *in dubio pro reo*, como se uma investigação bem fundamentada pudesse justificar a pena, mesmo que haja dúvidas. Segundo essa nova interpretação, a dúvida, beneficiaria a acusação, não o réu.

Tenho dito que o Brasil muito deve a Sergio Moro, à Polícia Federal e ao Ministério Público por desventrarem a corrupção e darem novo alento ao País, mas tenho também feito críticas à interpretação dos delitos cometidos – para mim, muitos se assemelham à concussão imposta pelos governos dos últimos 13 anos –, assim como às prisões preventivas prolongadas (artigo 5.º, inciso III, da Lei Maior).

Por outro lado, o Ministério Público não deve presidir os inquéritos policiais, função que a Constituição, no artigo 144, § 4.º, outorga exclusivamente a delegados de polícia.

Minhas “irritações conjunturais” não ficam apenas nesses pontos. Não entendo como invasões de terras, de propriedades públicas e privadas, seguem impunes, sob a alegação de que é uma forma de protesto.

Outro aspecto de ser politicamente incorreto diz respeito à fé professada nas mais diversas Igrejas, sejam elas católicas, evangélicas, ortodoxas, judaicas ou islâmicas. Aqueles que as frequentam, ou são declaradamente delas participantes, constituem mais de 80% da população. Seus espaços na mídia, entretanto, são minúsculos, restando a seus seguidores de maior conceito público o direito de escrever um ou outro artigo nas páginas de opinião. Suas posições são, todavia, claramente ignoradas nas diversas seções dos jornais. Trata-se de uma expressiva maioria silenciosa, considerada conservadora perante a minoria barulhenta dos “progressistas”, para quem a liberdade sem limites e sem critérios merece todos os espaços dos meios de comunicação.

Sendo um advogado e professor que nunca quis ser senão advogado e professor, sinto-me, aos 82 anos, um cidadão politicamente incorreto, pois defendo a democracia do voto, e não das invasões; da independência e autonomia dos Poderes, e não do desrespeito ao limite de competências; da moral familiar e da cidadania, e não da imposição de desejos das minorias sobre os valores da maioria. Entendo também que a advocacia e o Ministério Público são funções essenciais à administração da justiça, como determina a Constituição (artigos 127 a 135), não sendo o Ministério Público um superpoder sem possibilidade de ser responsabilizado.

Por fim, tenho para mim que os cidadãos que acreditam em Deus devem ser respeitados, e não hostilizados pela minoria agnóstica que, à luz de seu

pretendido e mal concebido “Estado laico”, entende que só os que não acreditam em Deus podem ter atuação política e na mídia.

Na esperança de que um dia o Brasil seja uma democracia real em que a maioria do povo tenha sua voz ouvida em seus valores, sem ser silenciada pelos preconceitos ideológicos da minoria, reitero ser um velho advogado e professor “politicamente incorreto”. (MARTINS, 2017³⁶)

A decisão proferida no *habeas* 126292, sob o fundamento, em linhas gerais, de que se necessita restabelecer a credibilidade da justiça e evitar recursos procrastinatórios, modificou a norma constitucional preconizada no art. 5º LVII, CF, ao permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado. E tal garantia configura Cláusula Pétrea.

O poder constituinte reformador não poderia sequer apresentar proposta de emenda constitucional tendente a abolir a referida norma. Mostra-se inconstitucional, sob o manto da mutação, operacionalizar a reforma que o legislador constituinte derivado estava proibido.

Aliás, em Voto no *habeas* 126292, o Ministro Edson Fachin destacou:

[...] Senhor Presidente, eminentes pares, *não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra.* Essas palavras de Robert Jackson, Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954, as quais cito em tradução livre, de certa forma expressam a concepção que tenho do papel que a Constituição reservou a este Supremo Tribunal Federal enquanto Órgão de Cúpula do Poder Judiciário Nacional.

E, neste caso, a Organização dos Estados Americanos³⁷ (OEA), por meio de sua Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi acionada, através de duas petições, sendo uma apresentada por Rômulo Moreira, procurador de Justiça e especialista em direito processual e a outra de autoria do advogado Ivan Jezler. Apresentarem petição na qual se sustentou.

[...] Ao negar o Habeas Corpus nº.126292 na sessão do dia 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional do Brasil, em última instância, não cabendo mais

³⁶ <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,sou-politicamenteincorreto,70001681519> (acessado em 05/03/2017).

³⁷ O Brasil ratificou a Convenção Americana em 25 de setembro de 1992, comprometendo-se a proteger os direitos humanos por ela protegidos. A partir daí, a CIDH passou a ter competência para julgar descumprimentos destes direitos, que tenham ocorrido a partir da data em que o Brasil assinou a convenção, e cujos recursos internos no país já tenham se esgotado. São 35 países membros da OEA, sendo: Antiga e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Saint Kitts e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

qualquer recurso interno, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena, nada obstante ainda ser possível, segundo a Constituição brasileira, a interposição de dois recursos extraordinários, o Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Enquanto não julgados estes recursos a decisão ainda não pode ser considerada definitiva pela legislação brasileira. O acusado só poderia vir a ser preso cautelarmente, por meio da decretação de uma prisão preventiva, nos termos dos arts. 282, 312 e 313 do Código de Processo Penal brasileiro. No julgamento destes dois recursos, a decisão poderá ser anulada ou substituída. A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da Habeas Corpus nº.84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressaltava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. A Suprema Corte brasileira, portanto, incide em reiteradas decisões conflitantes, causando uma séria insegurança jurídica aos jurisdicionados. [...] A decisão do Supremo Tribunal Federal representa afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). A Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte, ficaram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do Habeas Corpus. Agora temos no Brasil uma verdadeira execução provisória da pena ou, se quisermos dar outro nome, uma prisão provisória automática decorrente do acórdão condenatório. Óbvio que não é possível (ou não era). E se o acusado vier a ser absolvido no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal? Se, por exemplo, no Recurso Especial ou no Recurso Extraordinário interposto contra o acórdão condenatório for reconhecida uma nulidade, posteriormente, vier a ser prolatada no Juízo a que uma sentença extintiva da punibilidade pela prescrição? Quem irá remediar o "mal" causado pela prisão (verdadeira pena antecipada) já cumprida? Centenas e centenas de decisões de tribunais regionais brasileiros são modificados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Ora, se o art. 5º, LVII, da Constituição estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", é de todo inadmissível que alguém seja preso antes de definitivamente julgado, salvo a hipótese desta prisão provisória se revestir de caráter cautelar. Soa, portanto, estranho alguém ser presumivelmente considerado não culpado (pois ainda não condenado definitivamente) e, ao mesmo tempo, ser obrigado a se recolher à prisão, mesmo não representando a sua liberdade nenhum risco seja para a sociedade, seja para o processo, seja para a aplicação da lei penal. Assim, uma prisão provisória, anterior a uma decisão transitada em julgado, só se revestirá de legitimidade caso seja devidamente fundamentada (art. 5º LXI, CF/88) e reste demonstrada a sua necessidade. Neste sentido, o art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Se temos a garantia constitucional da presunção de inocência, é evidente que não pode ser efeito de uma sentença condenatória recorrível, pura e simplesmente, um decreto prisional, sem que se perquirira

quanto à necessidade do encarceramento provisório. A prisão somente será uma decorrência de uma sentença condenatória recorrível sempre que for cabível a prisão cautelar, medida excepcional. Descurrou-se o Supremo Tribunal Federal, inclusive, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo menos em dois casos: Herrera Ulloa versus Costa Rica (2004) e Mohamed versus Argentina (2012). Muito possível, inclusive, em razão de algumas colocações feitas pelos Ministros, que a decisão da Suprema Corte tenha sido bastante influenciada por um receio de desagradar a opinião pública e a imprensa. Não foi apenas desta vez que a Suprema Corte mudou radicalmente a sua jurisprudência enquanto outras Cortes Constitucionais levam décadas com o mesmo entendimento (mesmo mudando a sua composição e em respeito à própria Instituição), aqui troca-se de entendimento com uma enorme facilidade, conforme seja do agrado da sociedade, muita vez. Ora, mas não é um Ônus de uma Corte Constitucional ser contramajoritária? Ademais, como ouvir a maioria, se esta não tem conhecimento técnico a respeito da matéria. Quem tem, ou deveria tê-lo, são os Ministros. Mas, não sendo contramajoritários, eles usam a sua prerrogativa constitucional de intérpretes da Constituição contra a própria Democracia...

As petições serão submetidas à análise preliminar, sendo que, caso preenchidos os requisitos necessários, a Comissão admitirá a tramitação, iniciando a fase de admissibilidade que consiste em remetê-las ao Estado para que este apresente suas observações, iniciando um processo de intercâmbio de informações,

Após isso, a Comissão irá decidir se as petições são admissíveis.

A reforma constitucional, seja formal ou informal, há que submeter-se às limitações impostas ao poder reformador.

Há consubstancial abuso configurador de inconstitucionalidade. A Corte suprema, infalível “*por termos a última palavra*” deturpa o Poder Constituinte Difuso, agindo como se Legislador Constituinte Reformador fosse.

Da mesma forma, a mutação constitucional há que evitar o retrocesso. Aplica-se, o efeito *cliquet*,³⁸ evitando que as garantias fundamentais, que custaram caro à sociedade, retrocedam.

A própria limitação material ao poder constituinte de reforma deixa clara a intenção do constituinte Originário em manter determinados conteúdos irredutíveis (insuprimível).

Leciona Novelino:

A vedação de retrocesso está diretamente relacionada ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista que os direitos sociais, econômicos e

³⁸ A expressão *cliquet* é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao mesmo subir, não lhe sendo possível retroceder, em seu percurso. Por isso, a jurisprudência e a doutrina Francesa adoraram a expressão.

culturais devem “implicar uma certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas”. (NOVELINO, 2014, p. 772.)

Esse princípio, de acordo com Canotilho, significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios (CANOTILHO, 2002, p. 336).

Konrad Hesse referiu-se a este princípio ao tratar da teoria da irreversibilidade, defendendo que a cláusula do Estado Social previsto na Constituição alemã vincula o Poder Público.

A Nichtumkehrbarkeitstheorie ou teoria da irreversibilidade, desenvolvida por Konrad Hesse, partiria da afirmação de que não se pode induzir o conteúdo substantivo da vinculação social do Estado diretamente da Constituição, mas uma vez produzidas as regulações, uma vez realizada a conformação legal ou regulamentar deste princípio, as medidas regressivas afetadoras destas regulações seriam inconstitucionais, ou seja, haveria uma irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas. (NETTO, 2010. p. 101-102)

E sobre o aparente conflito entre o princípio da vedação do retrocesso e o Estado Democrático de Direito, BARROSO adverte:

O princípio da proibição do retrocesso decorre justamente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, do princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo existencial (2001, p.158).

O princípio da proibição de retrocesso tem por escopo inicial impedir que o legislador utilize de práticas arbitrárias para remover direitos sociais. Assim, apresenta uma garantia de estabilidade nas relações jurídico-sociais, gerando uma carga de confiança para o cidadão.

A Suprema Corte aceita a incidência do princípio do não retrocesso.

Colhe-se do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello nos autos da STA 175³⁹, o seguinte destaque:

[...] Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as

³⁹ STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor, INGO W. SARLET, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, “in” Revista Público, p. 99, n. 12, 2001).

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses — de todo inócua na espécie — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO, cuja lição, a propósito do tema, estimula as seguintes reflexões (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 1998, Almedina, p. 320/321, item n. 3): “O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contrarrevolução social’ ou da ‘evolução reacionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da atividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efetivados através de medidas legislativas (‘lei da segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática

numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador é inerente autor-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.” (grifei) Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento (“Acórdãos do Tribunal Constitucional”, vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa): “Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objeto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição. Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do ‘Estado social’.” (grifei)...

Eis a ementa do Julgado;

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas.

Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070).

Existem várias outras decisões através das quais a Suprema Corte aplica o princípio do não retrocesso, impedindo o Estado de retroceder em suas políticas públicas.

Há também decisões reconhecendo o referido princípio, mas entendendo que não é caso de sua incidência, conforme se pode auferir do julgamento da ADI 4350, quando o voto registrou:

O princípio da vedação ao retrocesso social revela-se, na compreensão de Felipe Derbli, como uma: “garantia contra a ação erosiva do grau de concretização infraconstitucional de um direito social fundamental definido em uma regra ou princípio constitucional, praticada diretamente pelo legislado, ou mesmo indiretamente pelo titular do Poder Constituinte Reformador, atribuindo-se a esse direito social o status negativo jusfundamental e, com isso, modalidades de eficácia jurídica geralmente atribuídas aos direitos de defesa. (...) Constitui o núcleo essencial do princípio da proibição de retrocesso social a vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização de norma constitucional que trate do núcleo essencial de um direito fundamental social, impedindo a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios. É defeso o estabelecimento (ou restabelecimento, conforme o caso) de um vácuo normativo em sede legislativa. (...) Por óbvio, é permitido ao legislador rever as leis editadas, mas o fundamento para uma *reformatio in pejus*, de acordo com as circunstâncias fáticas em que se a realiza, deve ser, mediante um juízo de proporcionalidade, suficiente para prevalecer sobre um grau de concretização legislativa que já tenha alcançado o consenso básico na sociedade”. [...] O princípio da vedação ao retrocesso social não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamento das garantias sociais.

Eis a ementa:

[...] Os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso social, máxime diante dos mecanismos compensatórios encartados na ordem normativa sub judice, restam preservados na tabela legal para o cálculo da indenização do seguro DPVAT [...] (ADI 4350, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02-12-2014 PUBLIC 03-12-2014).

Tem-se que se respeitarem as conquistas, consistentes em direitos e garantias, já alcançadas (galgadas) pelo cidadão e pela formação social em que ele convive.

Trivial que o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo não o vincula, como estabelece a norma do parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99 e o § 2º do art. 102 da Constituição:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Constituição Federal).

As decisões judiciais, especialmente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, são fontes de direito.

Necessário indagar quando uma decisão do STF garante eficácia aos direitos sociais e a dignidade da pessoa humana, poderia o mesmo STF, em decisões posteriores, relegar tais conquistas sociais ou estaria vinculado ao princípio do não retrocesso?

A guisa de exemplo, quando do julgamento do Recurso extraordinário 591.054 o STF decidiu que é vedado considerar inquéritos ou ações penais em tramitação como maus antecedentes para fixação da pena, por força dos princípios da culpabilidade e da presunção de inocência, quando da fixação da pena,

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015).

Nesta alheta, o STF garantiu efetivação de direitos fundamentais, positivando a dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, posteriormente, precisamente em 24/06/2015, quando do julgamento de dois *habeas* 94.620 e 94.680, o STF retrocedeu. Certo que o entendimento da firmado na repercussão Geral foi aplicado aos dois *habeas corpus*, mas a maioria dos ministros mostrou que não concorda mais com a tese da repercussão geral. E antecipou que, num próximo julgamento, deverá rever a jurisprudência.

Quando dos debates, o relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI pontuou:

[...] Não se trata de reincidência e não se trata também de ofensa ao princípio da presunção de inocência, até porque a própria Constituição determina que

a pena seja individualizada. Ou seja, se, de um lado, nós temos o princípio da não culpabilidade, intronizado no artigo 5º da Constituição, de outro lado, topologicamente situado em mesmo nível, nós temos o princípio da individualização da pena. A individualização da pena – esse comando constitucional – é uma via de duas mãos, quer dizer, ela exige, não apenas dá ao réu o direito de exigir que se fundamente a sua pena, mas também que o juiz, apreciando o caso concreto, os seus antecedentes, a sua vida pregressa, o grau de culpabilidade, fixe a pena de conformidade com o artigo 59. E há nisso uma certa discricionariedade...”

Na oportunidade, frente ao impasse, o presidente do Tribunal sugeriu proclamar o resultado específico para o habeas corpus (repetindo a tese da repercussão geral), mas ressaltando que a Corte mudou seu posicionamento quanto à matéria. Ao final, o Tribunal concluiu que o resultado deveria ser simplesmente proclamado e que aguardaria um novo caso para confirmar a mudança de entendimento em repercussão geral.

A mesma situação ocorreu quando do julgamento do *habeas* 126292.

O STF entendeu que a jurisprudência anterior da Corte permitia a execução do julgado condenatório antes do trânsito em julgado. E registra que evoluiu para não mais permitir.

Disse:

[...] A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível.

[...] Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

[...] A alteração dessa tradicional jurisprudência – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação...

Tais situações causam insegurança Jurídica. O jurisdicionando não sabe, qual o posicionamento da Corte sobre determinados temas, apesar de os precedentes terem por uma das funções consistente em garantirem a segurança jurídica.

A Carta Política vigente concede ao STF a função de “Guardião da Constituição”. Como dito alhures, diz expressamente que os efeitos vinculantes das suas decisões não o alcançam. Entrementes, há que se vergar frente ao texto Constitucional.

Não há possibilidade jurídica de um Tribunal, mesmo sendo a Corte Suprema, desrespeitar normas e princípios constitucionais, ainda que para atender aos anseios populares, apelo popular que, sem ressabio de dúvida, vem pautando o entendimento da Corte Suprema, *data venia*.

E muitas das vezes, as aspirações sociais apresentam-se em descompasso com a norma Constitucional.

Aliás, abre-se um parêntese para registrar que quando do julgamento das ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4578, sobre a Lei Complementar 135/2010, quando o Ministro Fux verberou:

[...] nossas decisões, elas têm que se legitimar democraticamente a partir do momento em que ela converge para a aspiração popular. Afirmação de que o Supremo Tribunal Federal é um tribunal contramajoritário par abater no peito que ele julga contra a vontade do povo isso não tem a menor procedência. O supremo Tribunal Federal pode ser contramajoritário quando ele decide contra a maioria parlamentar. Quando ele decide Direitos da minoria previstos na Constituição [...] evidentemente que ela não nos pauta, mas nós temos que ouvi-la...”⁴⁰

Não se olvida, também, o debate levado a cabo pelos Ministros da mais alta Corte. Ao cobrar celeridade na ação penal 470 (mensalão) a um dos seus pares, o relator, então Ministro Joaquim Barbosa, frisou:

A nação não aguenta mais. Está na hora de acabar, está na hora. Como diriam os ingleses: *Let's move on*.

Os julgamentos do STF devem ser guiados pela Constituição e para garantir os direitos nela previstos mesmo que desagrade à opinião da maioria e as aspirações sociais.

⁴⁰ Vídeo da sessão disponível no endereço <https://www.youtube.com/watch?v=CrCFvbEBynU&feature=youtu.be&t=9m32s> (acessado em 03/05/2017)

A Suprema Corte deve pautar suas decisões nas normas constitucionais vigentes e instituídas pelo Poder Constituinte Originário. E isso não significa impedi-lo de interpretar as normas.

Ao revés, defende-se a impossibilidade de decisões futuras retirarem da sociedade garantias e direitos já assegurados e reconhecidos pelo próprio STF através de julgados anteriores ao interpretar a mesma norma constitucional, como vem acontecendo, malferindo o princípio da proibição de retrocesso.

As decisões do Supremo, ao lançar uma interpretação das normas constitucionais, modificando-as através do processo informal, deve ater-se às cláusulas pétreas. Certo que a norma do art. 60, §4º da CF, trata da “emenda” Constitucional.

Em uma interpretação restritiva, poder-se-á defender que a limitação refere-se tão somente ao processo formal de modificação das normas constitucionais.

Aliás, o Supremo já decidiu:

As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao poder constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio poder constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.[ADI 815, rel. min. Moreira Alves, j. 28-3-1996, P, DJ de 10-5-1996.]

O Supremo interpreta o referido comando constitucional (art. 60, § 4º, CF) de forma restritiva.

Quando do julgamento do Mandado de segurança 32033⁴¹, impetrando por Senador da República objetivando a suspensão da tramitação e o arquivamento de projeto de lei que, após aprovação na Câmara, encontrava-se tramitando no senado sob nº 14/2013.

Inobstante não se tratar de projeto de Emenda Constitucional, o relator, Ministro Gilmar Mendes, destacou:

[...] Se é certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de exercer essa espécie de controle prévio de constitucionalidade de propostas legislativas que atentem contra as cláusulas pétreas da Constituição, também é verdade que a Corte é extremamente prudente na utilização dessa competência, visto que a mantém como uma espécie de competência reserva, a ser utilizada apenas quando a proposição for realmente ofensiva às cláusulas pétreas

⁴¹ MS 32033, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00330.

parlamentar de não se submeter a processo legislativo veiculador de proposição tendente a abolir cláusulas pétreas.

[...]

Observe-se, ademais, que a lesão às cláusulas pétreas pode ser efetuada não apenas por propostas de emendas constitucionais, mas também mediante a utilização de projetos de lei. Basta que imaginemos, à guisa de exemplo, que uma maioria parlamentar, por meio de projeto de lei, decida aprovar a pena de morte ou, por absurdo, a descriminalização da pedofilia ou, ainda, estabelecer a censura prévia a jornais, livros e periódicos.

[...]

a Constituição veda o próprio processamento de proposição ofensiva às cláusulas pétreas. Quer evitar-se a deliberação, o debate a respeito de proposta legislativa que viole o núcleo essencial da Constituição. Dessa forma, ante a clareza do texto constitucional e a firmeza da jurisprudência da Corte sobre o tema, não há como admitir a tese de que o mandado de segurança, nesses casos, só deve ser conhecido nas hipóteses de existência de vício formal no processo legislativo.

O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na práxis constitucional não está imune a controvérsias. Caso se entenda que elas contêm uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais"(Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot), tem-se de admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (Revolutions – und Verfassungsbeseitigungsverbot (trechos do voto do relator).

Por seu turno, o Ministro Teori Zavascki, abiu a divergência,

[...] 3. É sabido que nosso sistema constitucional não prevê nem autoriza o controle de constitucionalidade de meros projetos normativos. A jurisprudência desta Corte Suprema está firmemente consolidada na orientação de que, em regra, devem ser rechaçadas as demandas judiciais com tal finalidade

[...]

Somente em duas situações a jurisprudência do STF abre exceção a essa regra: a primeira, quando se trata de Proposta de Emenda à Constituição – PEC que seja manifestamente ofensiva a cláusula pétrea; e a segunda, em relação a projeto de lei ou de PEC em cuja tramitação for verificada manifesta ofensa a alguma das cláusulas constitucionais que disciplinam o correspondente processo legislativo. Nos dois casos, as justificativas para excepcionar a regra estão claramente definidas na jurisprudência do Tribunal: em ambos, o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa. Assim, a impetração de segurança é admissível, segundo essa jurisprudência, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não

[...]

Registre-se que a Constituição de 1988, ao tratar das cláusulas pétreas, reproduz a mesma linguagem proibitiva, no seu art. 60, § 4º (“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...)”). Justifica-se essa cláusula limitadora, que não existe para projetos de leis, não apenas porque se trata de proposta de norma com suprema hierarquia no ordenamento jurídico, mas sobretudo porque, ao contrário das outras espécies normativas – cuja aprovação está subordinada a uma segunda instância de Poder, a do Executivo, que poderá vetá-las –, a proposta de

emenda constitucional é aprovada por deliberação de instância única, apenas a do Poder Constituinte reformador, de que se investe, com exclusividade, o Congresso Nacional. Na outra situação - de projetos de lei ou de PEC em cuja tramitação não seja observado o processo legislativo disciplinado na Constituição -, a justificação é a mesma: em casos tais, a ofensa à Constituição se manifesta desde logo, no curso da própria tramitação do projeto, independentemente de aprovação ou não.

[...]

Outra relevante consequência da prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento é a de subtrair, dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de, eles próprios, exercerem o controle preventivo da legitimidade das normas...” (trecho do voto do Ministro Teori Zavascki).

O ministro Luiz Fux, registou:

É inelutável a conclusão a que se chega depois desse inventário jurisprudencial: inexistente precedente na Corte autorizando, de forma expressa e categórica, o controle preventivo de constitucionalidade de projeto de lei por vício material, ainda que supostamente tendente a abolir cláusula pétreas.

Ministro Dias Toffoli, ao debruçar sobre o tempo destacou:

Senhor Presidente, o tema aqui em discussão, diante da divergência aberta, é, de um lado, a possibilidade de atuação da Suprema Corte em relação a tema em tramitação no Congresso Nacional que atente contra cláusulas pétreas e, de outro lado, os limites de atuação da Corte em relação ao debate político no Parlamento.

[...]

Como disse nos apertes, Senhor Presidente, aquelas críticas feitas à liminar dizendo que ela configuraria uma intervenção no Parlamento, na verdade, se aplicariam ao Poder Legislativo, pois o objeto material do projeto de lei, como disse, que caracteriza uma intervenção, uma verdadeira rescisória da decisão desta Suprema Corte tomada na ADI nº 4.430, de minha Relatoria. Ficaram vencidos, naquela oportunidade, Vossa Excelência, Senhor Presidente, juntamente com a Ministra Cármen Lúcia. Julgavam procedente a ação, em maior amplitude, o Ministro Cezar Peluso e o Ministro Marco Aurélio.

Ricardo Lewandowski:

A questão central versada no presente mandado de segurança é saber se a tramitação de projeto de lei - que discute a tese segundo qual “a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão” – vulnera, ou não, o direito líquido e certo do impetrante.

[...]

Daí a vedação imposta pelo art. 60, § 4º, da Constituição, que impede deliberação desse tipo de PEC e silencia, eloquentemente, sobre a tramitação de projetos de lei infraconstitucionais.

O “silêncio eloquente” da Constituição, nesse ponto, se justifica, em primeiro lugar, porque um mero projeto de lei em discussão, ainda que possa vir a ser aprovado, não tem a força de alterar as balizas constitucionais que configuram paradigmas para o

controle judicial repressivo de constitucionalidade. Quer dizer, um simples projeto de lei, ainda que aprovado, sancionado e publicado, não ameaça, em absolutamente nada, a higidez da Carta Maior.

[...]

Com efeito, uma interpretação desse dispositivo constitucional menos harmônica com a independência e os limites dos poderes da República poderia levar ao entendimento – francamente errôneo a meu sentir - de que o Judiciário estaria autorizado a barrar a tramitação, no Legislativo, de todo e qualquer projeto de lei que discuta temas supostamente ameaçadores às cláusulas pétreas, com base no velho brocardo latino “*in eo quod plus est semper inest et minus*” ...

Eis a ementa do julgado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificção plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido. (MS 32033, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00330).

Portanto, o STF tem como excepcional a possibilidade de buscar arquivar tramitação de projeto de emenda Constitucional, mesmo quando o seu conteúdo tende a abolir garantias fundamentais.

Mas isso não impede que tal limitação tenha incidência na interpretação evolutiva da Constituição (mutação constitucional).

E, como se registrou alhures, o STF, sob o manto da “Mutação Constitucional”, afastou garantias fundamentais, qual seja, o princípio da não culpabilidade que, conforme a Carta Política vigente, deve só sucumbir após o trânsito em julgado.

Há que se ter em mente que as Cláusulas pétreas são indispensáveis para manter o sistema Constitucional, garantindo a integridade da Constituição. E aqui, cumpre confrontar o princípio da rigidez em consonância com a mutabilidade informal. O processo formal de emenda constitucional, previamente estabelecido pelo constituinte originário, curva-se frente à rigidez da Constituição, não há como admitir que o procedimento informal a desrespeite.

O STF não está autorizado a desrespeitá-las, mesmo com o fundamento de que apenas as interpreta para saciar os anseios sociais.

Ao tratar do tema, Barroso (BARROSO, 2009, p 283/284) registra:

[...] O plano da justificação política lida, substancialmente, com a questão da separação de Poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais. É no seu âmbito que se procuram resolver as tensões que muitas vezes se desenvolvem entre o processo político majoritário - feito de eleições, debate público, Congresso, Chefes do Executivo- e a interpretação constitucional. Essa tensão se instaura tanto quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes- e.g., na declaração de inconstitucionalidade - como quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação constitucional ou da integração das omissões constitucionais. É nesse ambiente que se colocam discussões como ativismo judicial e autocontenção, supremacia judicial, supremacia legislativa e populismo constitucional, dificuldade contramajoritária e soberania popular.

E prossegue o professor:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Pontua Pedro Lenza:

O intérprete máximo da Constituição, no caso brasileiro o STF, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a força normativa da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário, como é o caso da separação de poderes, no sentido de preservação do Estado de Direito (LENZA, 2013, 187).

Referindo-se ao Limite interpretativo Pedro Lenza dispara:

Diante das premissas de interpretação postas, surge a necessidade de se estabelecerem parâmetros objetivos e critérios firmes de interpretação, à luz da ideia de certeza e segurança jurídica.

Não se pode desconhecer a realidade atual e inevitável de, muitas vezes, criação judicial do direito, já que entre a declaração de nulidade absoluta total da lei ou ato normativo ou o não conhecimento da ação, em termos de segurança, preferem-se as decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos.

Nesse sentido, o texto constitucional apresenta-se como porto seguro para os necessários limites da interpretação, destacando-se a interpretação conforme a Constituição como verdadeira técnica de decisão. (LENZA, 2013, 190).

Deve-se observar o princípio da eficiência ou da interpretação efetiva da Constituição. Mas a interpretação não pode criar algo novo, sob pena de inconstitucionalidade, inclusive por violação as funções do Poder.

Certo é que o STF admite as mudanças informais da Constituição através da mutação constitucional, que nada mais é que um processo interpretativo e que, efetivamente, é autorizado pelo Poder Constituinte Difuso.

Anna Candida da Cunha Ferraz leciona:

[...] Dentre os processos de mutação constitucional a doutrina aponta, de modo constante e uniforme, a interpretação constitucional.

[...]

Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da mutação constitucional. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional. Em resumo, ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição (FERRAZ, 2015, p.56/57).

Entretanto, não pode o julgador agir como se legislador fosse.

Entrementes, há situações em que tais modificações informais - como acontece (e com frequência) no processo de mutação constitucional formal (emenda Constitucional) – encontram-se evadas de inconstitucionalidade, seja porque a decisão representa um retrocesso aos direitos sociais; seja porque, a nova interpretação da norma limita a efetivação dos direitos fundamentais, reduzindo-os.

Vivencia-se um ativismo judicial nem sempre benéfico. Pois, efetivamente não se pode permitir ao julgador substituir o constituinte derivado e muito menos o originário, ao modificar cláusulas pétreas sob o manto da mutação constitucional.

Ao ventilar o tema, Anna Candida da Cunha Ferraz destaca:

Não se pode desconhecer, na prática, que os processos informais de mutação constitucional, podem, facilmente, desbordando os limites que lhes são impostos, resvalar para mudanças verdadeiramente inconstitucionais que persistem, de fato, diante da inexistência ou ineficácia de um controle de constitucionalidade.

Por outro lado, a experiência constitucional revela outras modalidades de processos informais, que conduzem também a mudanças não admitidas pela Constituição. A inconstitucionalidade desses processos, nesses casos, decorre principalmente da ideia de que a Constituição nasce para ser aplicada e que qualquer obstáculo que se anteponha à sua efetiva aplicação é incompatível com ela. Esses dois grupos de processos informais são reunidos sob a denominação comum de mutações inconstitucionais. (FERRAZ, 2015, p.13)

Kildare Gonçalves arremata:

Pode-se dizer que as mutações constitucionais abrigam dois tipos: as que não violam a Constituição e que, portanto, não se revelam inconstitucionais, e as que contrariam o texto constitucional – mutações inconstitucionais. (Carvalho, 2008, p.312)

E, como demonstrado acima, quando do julgamento da reclamação 4.335, o então Ministro Eros Grau, disse expressamente que estaria a modificar o texto constitucional.

Adverte Anna Candida da Cunha Ferraz:

A mutação constitucional por via interpretativa não atinge a letra da Constituição; também, não altera o conteúdo positivado expressamente na norma constitucional. Apanha, porém, o significado, o sentido ou o alcance das disposições constitucionais. A mudança da letra do texto constitucional, nas Constituições rígidas, somente se admite, quando decorrente de reforma, mediante processo previsto na própria Constituição. (FERRAZ, 2015, p.58)

E aqui, surge uma questão prática incontornável. Pois o STF, ao proferir os julgados olvidando o princípio do não retrocesso e o núcleo das cláusulas pétreas, jamais concordará que está a desrespeitar a Constituição.

Por se tratar de Órgão de Cúpula do Poder Judiciário em matéria Constitucional, a decisão do STF não será sindicada.

Considerando que o Brasil ratificou a Convenção Americana, poderá ser formalmente representado junto à Organização dos Estados Americanos, por violação a garantias fundamentais de proteção aos direitos humanos, conforme relatado alhures.

Inquestionável é o fato de que internamente não tem como se questionar a inconstitucionalidade de uma decisão do STF.

Necessário destacar que não se está aqui a defender que o STF não pode revisitar temas decididos. Até porque de sã sabença comum, que o efeito vinculante das decisões do STF não o atinge.

E a própria ordem processual admite que os precedentes obrigatórios sejam revistos, através de um procedimento previamente estabelecido.

Destarte, o STF poderá revisitar tema decidido. Contudo, ao proferir nova decisão não poderá restringir direitos sociais e fundamentais, concedidos/reconhecidos através de decisão anterior, como o fez nos *habeas* 126292 e 94.620.

Iniludivelmente há mutações que contrariam a Constituição e geram mudanças inconstitucionais.

E, nesta linha de intelecção, surge à indagação se poderia o legislador constituinte reformador atuar para desconsiderar (reverter) a mutação imposta pelo STF.

A questão foi posta quando do julgamento do *mandamus* nº 32033⁴². Como dito, a impetração visou impedir a tramitação do projeto de lei que já tinha sido aprovado na Câmara dos Deputados e estava a tramitar no congresso. O cerne da questão circunda no fato de que o STF julgou a ADI nº 4.430⁴³ e, assim, sustentou que o legislador valeu-se da função legiferante para burlar a decisão proferida na referida ação de inconstitucionalidade.

O Ministro Dias Toffoli destacou quando do voto:

No caso, não há que se falar em interdição do debate parlamentar, porque, na verdade, aquelas críticas que foram feitas à decisão liminar, de que era uma

⁴² Já identificado acima.

⁴³ Teve por objeto as norma do Art. 45, § 6º, e art. 47, incisos I e II, da Lei nº 9.504/97.

intervenção em outro Poder etc., só podem ter sido feitas por aqueles que não leram o texto do projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados. Ou seja, esse projeto de lei já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e é, na prática, uma rescisória da Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada por essa Suprema Corte, de nº 4.430. É disso que se trata aqui. Mesmo que o Senado aprove um outro texto, esse texto volta à Câmara, e a Câmara já aprovou um texto de chapada inconstitucionalidade. Ou seja, quem está invadindo a competência de outro Poder, na verdade, é o Legislativo, e não esta Corte.

[...]

Essa interpretação que o parlamento está dando, já aprovada na Câmara dos Deputados, está interdita, de acordo com a interpretação dada pela maioria do Supremo. É isso.

No mesmo sentido verberou o Ministro Gilmar Mendes:

Essa é uma questão seríssima, porque isso está invadindo a competência fixada pelo Supremo neste caso, porque a interpretação conforme que foi definida. Portanto, é a coisa julgada da decisão do Supremo que está, de fato, sendo rescindida, vilipendiada nesse projeto. E não se trata de um projeto qualquer

O Também ministro Luiz Fux se opôs aos argumentos lançados, verberando:

Isso significa dizer que a elaboração de um projeto de lei não faz as vezes de uma ação rescisória. E isso não é dito por nenhuma doutrina de escol, isso é dito pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal. Por que a Constituição Federal estabelece que a decisão da ação declaratória de inconstitucionalidade vincula o Poder Judiciário e a Administração e não inclui, aí, na função materialmente legislativa, o Legislativo? Porque há casos inúmeros de correção legislativa de decisões adotadas em sede de controle de constitucionalidade.

Ao se manifestar, o então presidente Joaquim Barbosa destacou:

Num sistema como esse, é bizarra a intervenção de uma Corte Judiciária no sentido de proibir o Legislativo de deliberar. Essa é a questão.

De fato, são inúmeros os julgados do STF neste sentido:

[...] Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal n. 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão” (Rcl 2.617 AgR/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 23-2-2005). A mesma posição foi mantida na Rcl 5.442 MC/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31-8-2007 (cf. Informativo do STF n. 477).

[...]

EMENTA: I. Reclamação: cabimento para garantir a autoridade das decisões do STF no controle direto de constitucionalidade de normas: hipóteses de cabimento hoje admitidas pela jurisprudência (precedentes), que, entretanto, não abrangem o caso da edição de lei de conteúdo idêntico ou similar ao da anteriormente declarada inconstitucional, à falta de vinculação do legislador à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente, que há de ser objeto de nova ação direta. II. Medida cautelar: implausibilidade da arguição de inconstitucionalidade fundada na concessão de cautelar em outra ação direta sobre lei similar, que, no entanto, a decisão definitiva veio a declarar constitucional (ADI 1591). III. Concurso público: não contraria a exigência do concurso público a criação de carreira por fusão de carreiras precedentes: o que pode afrontá-la é a forma de provimento dos cargos da carreira nova pelos integrantes das carreiras anteriores.(ADI 1850 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/1998, DJ 27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-02 PP-00309).

Portanto, nesta senda, o magistério da Jurisprudência do STF deixa extrema de dúvida que a decisão proferida pelo Supremo não vincula o poder legislativo.

Como se nota, houve divergência. Ministros defenderam que já é chegada a hora de rever a jurisprudência da Corte para, em mais uma mutação constitucional inconstitucional, inovar a Carta Política para entender que as decisões proferidas em processos objetivos também vinculam do poder Legislativo.

Pois, a Constituição diz expressamente que o efeito vinculante não alcança o poder legislativo, como se pode auferir da redação do § 2º do art. 102, CF, transcrito acima.

Portanto, inexistindo o efeito vinculante para o legislativo, como de fato inexistente, o legislador poderá, através de lei ou emenda constitucional, corrigir as distorções derivadas das decisões judiciais proferidas sob o argumento de mutação constitucional, para atender aspirações sociais e que se apresenta de forma inconstitucional: seja porque modificou o sentido do texto constitucional; ou atingiu (diminuindo ou extirpando) direitos fundamentais, bem como porque desconsiderou as conquistas sociais obtidas com a decisão anterior.

Certo é que, ineludivelmente, há decisões do STF que ao aplicar a interpretação evolutiva, incidem em inconstitucionalidade.

E, como visto, a única alternativa para se buscar correção é uma representação, através do governo, na Organização dos Estados Americanos, ou se pessoa jurídica, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), bem como através do legislador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta Linha de intelecção, não se pode refutar a existência do Poder Constituinte Difuso, exercido, também, através da “Mutação Constitucional” ou interpretação evolutiva.

Ocorre que o instituto vem sendo desvirtuado pela Corte Suprema, infalível por ter a última palavra na expressão de Robert Jackson.

O STF não admitir  que esteja a decidir de forma inconstitucional. E isso seria até incongruente, pois, se trata do “Guardião da Constituição”.

Suas decisões, em verdade, são tidas por constitucionais, eis que proferida por quem tem a última palavra.

Ocorre que, há situações nas quais se constada que há malferimento da norma constitucional pelo Próprio STF.

Deveria ser limitado a uma interpretação evolutiva da norma posta, e, jamais modificar o sentido do texto, como expressamente dito pelo então Ministro Eros Grau, quando do julgamento da reclamação Constitucional n  4335-5.

Não se olvida que o Tribunal deve estar atento   opinião Pública e aos anseios sociais, pois, em última linha, é a destinatária de seus pronunciamentos.

Contudo, não se deve ignorar o direito posto para decidir no intuito de atender aos reclamos populares para o que, muitas das vezes, relegam normas e princípios constitucionais.

A ingerência da Opinião Pública teria maior sentido junto ao legislador e jamais junto ao Judiciário.

Com a devida v nia, mostra-se inadequado para com nosso sistema constitucional o fato de o judiciário, sob o mando do poder constitucional Difuso/mutação constitucional, modificar a Constituição, inclusive sem observância das limitações imposta ao Poder Constituinte derivado. Trata-se, pois, de mutação inconstitucional.

Resta malferida a norma do art. 5 , XXXV da CF, bem como a segurança jurídica. Não se sabe qual a interpretação que o STF irá emprestar a dispositivos constitucionais claros.

O jurisdicionado baseia suas condutas nas regras jurídicas (constitucionais) previamente estabelecidas. E, ao emprestar novo sentido ao texto, como interpretação que significa modificação de texto, o STF assume a função do legislador constituinte, em usurpação de atribuições.

Torna-se sem qualquer efeito a norma constitucional que estabelece: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário* (art. 2º, CF).

Ainda, tais modificações na interpretação, com efetiva modificação no texto, não poderiam está imune das limitações impostas pelo poder constituinte originário ao poder derivado.

Não fosse isso, as decisões deveriam observar as regras do princípio do não retrocesso. Assim, evitaria que decisões posteriores, no afã de melhor interpretação da norma, desconsiderem garantias e direito sociais já estabelecidos por julgamentos anteriores.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo. Saraiva, 2009, 2ª ed., pp. 123-127.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 5.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26ª edição, Editora Malheiros: 2011. pp. 652-653.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 125.
- BRASIL. Ementa: **Controle Normativo Abstrato.** Brasília, 2014.
- CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed., Livraria Almedina: Coimbra, 2003.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 14 ed., ver. atual. e ampl. – Belo Horizonte; Del Rey, 2008.
- _____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** 2. ed., Almedina: Coimbra, 2008. p. 265-266.
- CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 6º. edição, Salvador: Editora *Juspodivm*, 2012, p. 249.
- DANTAS, Ivo. **Constitucionalismo brasileiro: ontem, hoje e amanhã.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 35, 1995, p. 245.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de Mudança da Constituição.** 2ª edição, Editora IFIEO, Osasco, 2015, p. 9-15.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição.** 1ª edição, Saraiva, 2004, p. 81.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 7ª edição revista e ampliada, Editora Malheiros, 2008, p. 20.
- GUIMARÃES, Ulisses. **Discurso histórico de promulgação da Constituinte.** Revista Veja, São Paulo, outubro, p. 42-51, 1988.
- HANS, Kelsen. **Teoria geral do direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 171.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. México: Fondo de cultura econômica, 1998.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução de MENDES, Gilmar Ferreira, Editor Sérgio Antônio, Porto Alegre, 1991.

Hesse, Konrad, Temas fundamentais do direito constitucional; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. — São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002. p.48 e 68.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 174-235.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p.124.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed., Coimbra: Ed. Coimbra, 1988. p. 155.

MORAIS, Carlos Blanco de. Carl Schmitt revisitado. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, Lisboa, p.33.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional - Teoria da Constituição**. 1ª edição, Editora Lumen Juris, 2006, p. 59.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O princípio de proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, pp. 42-105.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 89.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. **Poder Constituinte Supranacional**: esse novo personagem. Porto Alegre, S. A. Fabris, 2000, p. 96.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 418.

STF, ADI 4222 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG. 01-09-2014 PUBLIC. 02-09-2014).

STF, ADI 981 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/1993, DJ 05-08-1994 PP-19299 EMENT VOL-01752-01 PP-00030.

STF, STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

STF, RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015.

STF, ADI, rel. min. Moreira Alves, j. 28-3-1996, P, DJ de 10-5-1996.

STF, ADI 4350, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02-12-2014 PUBLIC 03-12-2014.

STF, MS 32033, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00330.

STF, ADI 1850 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/1998, DJ 27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-02 PP-00309.