



**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –**  
**MESTRADO**

**GERMANO HENRIQUE ROEWER**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS:**

limites à mutação constitucional e ao ativismo judicial

**Porto Alegre**

**2018**

**GERMANO HENRIQUE ROEWER**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS:**

limites à mutação constitucional e ao ativismo judicial

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado, da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Orientadora: Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger.

Porto Alegre

2018

**FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU***

**MESTRADO EM DIREITO**

**DIRETORIA**

Fábio Roque Sbardellotto – Diretor da Faculdade

Anizio Gavião Filho – Coordenador do Curso

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
CIP-Brasil. Catalogação na fonte

U22d Roewer, Germano Henrique

Direitos Fundamentais: limites à mutação constitucional e ao ativismo judicial/ Germano Henrique Roewer. – 2018.

154 fls.; 30cm.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Programa de Pós Graduação em Direito. Porto Alegre, 2018.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

1. Mutação Constitucional. 2. Ativismo Judicial. 3. Juristocracia. I. Sparemberg, Raquel Fabiana Lopes – Orientadora. II. Título.

CDU: 342.7

Bibliotecária Responsável: Patrícia B. Moura Santos – CRB 10/1914

**Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público**

Inscrição Estadual: Isento

Rua Cel. Genuíno, 421 - 6º, 7º, 8º e 12º andares

Porto Alegre - RS- CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

**e-mail:** fmp@fmp.com.br

**home-page:** www.fmp.edu.br

GERMANO HENRIQUE ROEWER

**DIREITOS FUNDAMENTAIS:**

limites à mutação constitucional e ao ativismo judicial

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, pela Comissão formada pelos professores:

Porto Alegre, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, de 2018.

**Banca Examinadora**

Prof. Dr<sup>a</sup>.Raquel Fabiana Lopes Sparemberger  
Fundação Escola Superior do Ministério Público  
Orientador

Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho  
Fundação Escola Superior do Ministério Público  
1º Examinador

Prof. Dr. Vinícius de Melo Lima  
Universidade Luterana do Brasil - ULBRA  
2º Examinador

Aos meus filhos,  
A minha esposa.

## AGRADECIMENTOS

A Deus.

Aos meus filhos, Ana Catharina e Henrique, por me ensinarem o sentido do amor incondicional, a alegria de viver e que desistir nunca será uma opção.

A minha amada esposa Luziharin, companheira de todas as horas, com quem posso compartilhar as alegrias das vitórias e a tristeza das derrotas.

A minha família, em especial meus avós, Edmundo Roewer (*in memoriam*) e Olinda (*in memoriam*); meus pais, Cyro (*in memoriam*) e Geni; meu irmão Edmundo e meu sobrinho Marco Antônio; meu primo e amigo Luciano; minha sogra Arilus e a Lorena; a querida Julie (*in memoriam*); pois, de alguma forma, cada um forjou a pessoa que, hoje, sou.

A minha orientadora Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Raquel Fabiana Lopes Sparemberg, pela inspiração que abriu-me as portas de um mundo novo; pelo incentivo, amizade e, principalmente, pela paciência e confiança durante toda essa jornada.

A todos os Professores do Mestrado, cuja generosidade em compartilhar conhecimento foi essencial para minha evolução.

Aos amigos que conquistei ao longo dessa caminhada e levarei para vida - meus colegas de Mestrado. Muito obrigada por dividirem conhecimento, experiências, angústias e alegrias durante esses anos; em especial, aos colegas Alexandre Sikinowski Saltz, Alexandre Lipp, Lia Sarti, Janine Faleiro, Flávia Hagen, Marcus Reis, Carlos Reis, Erildo Júnior, Daniele Ferron e Emanuela Damo pela amizade e apoio, sempre.

A Fundação Escola Superior do Ministério Público pela acolhida, oportunidade e compreensão.

## RESUMO

A crescente judicialização das políticas públicas trouxeram à lume a preocupação com a manutenção do Estado Democrático de Direito e das garantias fundamentais, representados pelo equilíbrio entre os poderes constitucionalmente instituídos. Assim, este estudo busca responder à indagação sobre os limites à mutação constitucional e ao ativismo judicial, em contraponto aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988. Utiliza o método de abordagem dialético, com análise do discurso e procedimentos comparativo e histórico, técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Insere-se na linha de pesquisa Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais, tendo como pano de fundo a conceituação da mutação constitucional e do ativismo judicial, delineados pelas sentenças normativas manipulativas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Essa concepção hipertrófica atribuída ao Poder Judiciário não decorre de uma apropriação estanque, mas através de uma sistemática e evolutiva atribuição de competências pelo Poder Legislativo, em especial a partir da Constituição da República de 1988, resultando em uma atividade interventiva da Corte nas chamadas políticas públicas, ao contrário da tradicional autorrestrrição que vingou até pouco tempo, nominando o movimento de juristocracia pela doutrina, em clara alusão a sua sobreposição aos demais poderes instituídos. O controle dessa atividade encontra como limite apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que na condição de princípios, sujeitam-se às regras de ponderação. A teoria desenvolvida encontra-se aplicada no estudo de caso desenvolvido na análise do julgamento da medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nºs 43 e 44/DF, conhecida no âmbito jurídico como a modificação de posicionamento do STF que passou a permitir a prisão após condenação em segunda instância.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Mutação Constitucional. Ativismo Judicial. Sentenças Manipulativas. Juristocracia.

## ABSTRACT

The increasing judicialization of public policies brought to the fore the concern with the maintenance of the Democratic State of Law and the fundamental guarantees represented by the balance between the constitutionally instituted powers. Thus, this study seeks to answer the question about the limits to constitutional mutation and judicial activism, as opposed to the fundamental rights guaranteed by Federal Constitution the 1988. Using the method of dialectical approach, with discourse analysis and comparative and historical procedures, it inserts in the line of research Tutorship to the realization of Transindividual Rights, having as background the conceptualization of the constitutional mutation and of the judicial activism, delineated by the normative manipulative sentences pronounced by the Supreme Court of Justice. This hypertrophic conception attributed to the Judiciary does not derive from a watertight appropriation, but through a systematic and evolutionary attribution of competences by the Legislative Power, especially from the Constitution of the Republic of 1988, resulting in an interventive activity of the Court in the flames of public policies, as opposed to the traditional self-restraint that until recently had been the name of the juristocracy movement for doctrine, clearly alluding to its overlap with the other instituted powers. The control of this activity is limited only to the essential core of fundamental rights, which, under the condition of principles, are subject to weighting rules. The developed theory is applied in the case study developed in the analysis of the judgment of the precautionary measure in the Declaratory Action of Constitutionality nº 43 and 44 / DF, known in the juridical scope as the modification of position of the STF that allowed to the prison after condemnation in the second instance.

Keywords: Fundamental Rights. Constitutional Mutation. Judicial Activism. Manipulative senses. Juristocracy.

## LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

§	Parágrafo
AC	Acre
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
AResp	Agravo em Recurso Especial
Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
CF	Constituição Federal de 1988
CFB	Constituição Federal Brasileira
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
DF	Distrito Federal
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
DJU	Diário da Justiça da União
EC	Emenda Constitucional
ECJ	Corte Europeia de Justiça
EDRR	Embargos Declaratórios em Recurso de Revista
HC	Habeas Corpus
IDH	Internacional de Direitos Humanos
j.	Julgado
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
Nº	Número
Nºs	Números
RE	Recurso Extraordinário

Rel.	Relator
Resp	Recurso Especial
RS	Rio Grande do Sul
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
TST	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ATIVISMO JUDICIAL E AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS .....</b>	<b>15</b>
<b>2.1</b>	<b>Mutação constitucional.....</b>	<b>16</b>
2.1.2	Conceito de Mutação Constitucional.....	17
2.1.3	A mutação constitucional como espécie normativa – Escola Alemã .....	19
2.1.3.1	<i>Paul Laband</i> .....	21
2.1.3.2	<i>Georg Jellinek</i> .....	22
2.1.3.3	<i>Hermann Heller</i> .....	23
2.1.3.4	<i>Rudolf Smend</i> .....	24
2.1.3.5	<i>Hsü Dau-Li</i> .....	25
2.1.4	Mutação constitucional no Brasil.....	26
<b>2.2</b>	<b>Ativismo judicial .....</b>	<b>28</b>
2.2.1	Origem do termo ativismo judicial.....	29
2.2.2	Conceito de ativismo .....	32
2.2.3	Dimensões do ativismo.....	34
2.2.3.1	<i>Ativismo judicial e interpretação constitucional</i> .....	34
2.2.3.2	<i>Ativismo judicial e criação “legislativa”</i> .....	36
2.2.3.3	<i>Ativismo judicial e deferência aos demais poderes</i> .....	36
2.2.3.4	<i>Ativismo judicial e afirmação de direitos</i> .....	37
2.2.3.5	<i>Ativismo judicial e políticas públicas</i> .....	38
2.2.3.6	<i>Ativismo judicial e autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios</i> ..	38
2.2.3.7	<i>Ativismo judicial e superação de precedentes</i> .....	38
2.2.3.8	<i>Ativismo judicial e maximalismo</i> .....	39
2.2.3.9	<i>Ativismo judicial e partidarismo</i> .....	39
2.2.3.10	<i>Ativismo judicial e a soberania judicial</i> .....	40
2.2.4	O ativismo judicial no Brasil .....	40
<b>2.3</b>	<b>Sentenças interpretativas, ênfase nas decisões manipulativas .....</b>	<b>44</b>
2.3.1	Origens das sentenças manipulativas .....	46
2.3.2	Classificações das sentenças manipulavas .....	48
2.3.2.1	<i>Sentença manipulava aditiva</i> .....	49
2.3.2.2	<i>A sentença aditiva de princípio</i> .....	51

2.3.2.3	<i>A sentença substitutiva</i> .....	52
<b>3</b>	<b>A HIPERTROFIA DO PODER JUDICIÁRIO E A CRISE ENTRE OS PODERES: DA BUSCA PELO SOBERANO À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	<b>54</b>
3.1	A teoria do poder soberano: contribuição de Hart.....	54
3.2	A Constituição Federal de 1988 como marco da instrumentalização do Supremo Tribunal Federal .....	57
3.3	A adoção do sistema de precedentes pelo Supremo Tribunal Federal.....	60
3.4	Vinculação decisória: entre o discurso de justificação e discurso de aplicação .....	63
3.5	As razões do protagonismo da Corte Constitucional .....	67
3.6	O STF como legislador positivo .....	70
3.7	Judicialização da política, sob o risco de uma juristocracia.....	73
<b>4</b>	<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROBLEMÁTICA DA FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>81</b>
3.1	A teoria dos direitos fundamentais como guia de interpretação .....	81
4.2	Estrutura das normas de direitos fundamentais .....	83
4.3	As características dos princípios e a proporcionalidade .....	86
4.3.1	Lei da Ponderação .....	87
4.3.2	Crítica à irracionalidade da ponderação.....	90
4.3.4	Proposições de adequação a teoria da proporcionalidade.....	92
4.4	A Solução da colisão entre direitos fundamentais pela teoria dos princípios .....	94
4.5	O controle dos direitos fundamentais pela Corte Constitucional, o limite da ponderação e o déficit democrático: contribuição de Robert Alexy .....	102
4.5.1	O déficit democrático de representação.....	104
<b>5</b>	<b>LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E AO ATIVISMO JUDICIAL: ESTUDO DE CASO</b> .....	<b>107</b>
5.1	Resumo dos votos dos ministros .....	108
5.1.1	Voto do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (Relator).....	108
5.1.2	Voto do Ministro Luiz Edson Fachin.....	110

5.1.3	Voto do Ministro Luís Roberto Barroso .....	113
4.1.3.1	<i>Contextualizando o debate</i> .....	114
5.1.3.2	<i>A constitucionalidade da execução da condenação penal após a decisão de segundo grau</i> .....	116
5.1.3.3	<i>O artigo 283 do Código de Processo Penal não obsta a execução da condenação penal após a decisão de segundo grau</i> .....	119
5.1.4	Voto do Ministro Teori Zavascki.....	121
5.1.5	Voto da Ministra Rosa Weber .....	125
5.1.6	Voto do Ministro Luiz Fux .....	125
5.1.7	Voto do Ministro José Antonio Dias Toffoli.....	126
5.1.8	O voto do Ministro Ricardo Lewandowski .....	128
5.1.9	O voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes .....	131
5.1.10	O voto do Ministro Celso de Mello .....	134
5.1.11	O voto da Ministra Cármen Lúcia.....	136
<b>5.2</b>	<b>Análise dos votos e da decisão por maioria com base nas teorias desenvolvidas nos capítulos anteriores</b> .....	<b>137</b>
5.2.1	O julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43 e 44/DF como mutação constitucional.....	137
5.2.2	O acórdão das Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43 e 44/DF como sentença interpretativa,manipulativa com resultado não ativista ....	139
5.2.3	O acórdão reduz ou limita as garantias fundamentais? .....	141
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>144</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>146</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, contando com quase 30 anos da sua promulgação, até hoje apresenta particularidades que dificultam o estudo sobre o tema relacionado à eficácia dos direitos fundamentais. A interpretação sobre o assunto resta cabendo ao Poder Judiciário, que, com passar dos anos, modifica o posicionamento de suas decisões causando alterações profundas na aplicabilidade das normas constitucionais. Assim, este estudo busca responder à indagação sobre os limites à mutação constitucional e ao ativismo judicial, em contraponto aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Utilizando a metodologia de abordagem dialética e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, o trabalho estrutura-se em um primeiro capítulo conceitual, abordando as teorias da mutação constitucional, do ativismo judicial e das sentenças manipulativas, todas como elementos interpretativos transformadores do sentido atribuído ao texto constitucional, por parte do Supremo Tribunal Federal, a quem, por atribuição da Lei Maior, cabe a sua interpretação. Nesse capítulo, em razão da especificidade, utiliza-se a sistemática das obras dos seguintes autores: Pedra (2017), Vargas (2014) e Campos (2014).

O segundo capítulo desenvolve a hipertrofia do Poder Judiciário e a crise entre os Poderes, apresenta a teoria do soberano e do súdito de Thomas Hobbes, desenvolvida por Hart (1961), buscando demonstrar que a história aponta para a preponderância de um poder em relação aos demais, a quem cabe à última palavra, com alternância do soberano em face do reconhecimento pelos súditos que dele obedecem. Essa hipertrofia do Judiciário não seria possível sem a instrumentalização do Supremo Tribunal Federal instituída pela Constituição Republicana de 1988 e a adoção do sistema de precedentes, por influência norte americana do *judicial review*, que torna indispensável a análise dos discursos de justificação e vinculação como forma de controle das decisões judiciais. Esses instrumentos legais de interpretação conferidos pelo Poder Constituinte, com força cogente e vinculante em relação aos jurisdicionados e a própria administração pública, resultam no protagonismo e na função atípica legiferante por parte da Corte, judicializando-se a política em face da omissão dos demais Poderes institucionalizados, sob risco de uma juristocracia.

O terceiro capítulo, após conceituação da teoria dos direitos fundamentais e sua estrutura normativa, analisa a problemática da fiscalização da constitucionalidade, termo utilizado pela literatura portuguesa equivalente ao controle de constitucionalidade brasileiro, à luz da teoria dos princípios. Apresenta o entendimento de Alexy (2011) sobre o controle dos direitos fundamentais pela Corte constitucional, o limite da ponderação e o déficit democrático deste controle pela via judicial.

O quarto capítulo traz o julgamento da Medida Cautelar nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, julgadas em 05 de outubro de 2016, composta de 250 páginas, cuja decisão ficou conhecida por modificar a interpretação que impedia a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, salvo nas condições legais previstas para a prisão provisória, mesmo que proferida em grau de recurso em segunda instância.

A importância desse julgado para o presente trabalho mostra-se patente nos votos proferidos pelos ministros, perpassando por todas as teorias apresentadas do primeiro ao terceiro capítulo, atuando como aplicação prática à teoria desenvolvida, permitindo, ao final, que se disponha um arremedo classificatório do conjunto sentencial materializado no acórdão colegiado.

## **2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ATIVISMO JUDICIAL E AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS**

Este capítulo apresenta, de forma conceitual, as teorias da mutação constitucional, do ativismo judicial e das sentenças manipulativas, levando em conta que todas atuam como mecanismos de externalização da atividade judiciária.

No caso da mutação constitucional, que será aprofundada de imediato, tem como atividade a reforma informal do texto da Lei Maior através da interpretação adequada, dependente de requisitos normativos e de normalidade para a sua construção, delimitados pelo quadro normativo representado pelo próprio sentido do texto. Tais aspectos estruturantes da mutação foram amplamente estudados pela Escola Alemã de Direito Público, despontando autores como Paul Laband, Georg Jellinek, Hermann Heller, Rudolf Smend e Hsü Dau-Li. No Brasil, mesmo que mais recentes, há profícuos trabalhos realizados sobre esse tema por Paulo Bonavides, Inocêncio Mártines Coelho, Anna Cândida da Cunha Ferraz, Uaudi Lammêgo Bulos, Adriano Sant'Ana Pedra, Wellington Márcio Kubliskas, Luís Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes e Denise Soares Vargas.

No mesmo passo da mutação constitucional, porém, carregando altivos interesses e polêmicas, tem-se o ativismo judicial, caracterizado pela doutrina, ainda que de forma controversa, como um fenômeno interpretativo que não se limita a autorrestrição, mas participa ativamente da criação normativa através de decisões que extravasam o sentido literal do texto Constitucional. Disposto em dimensões, na atualidade, o ativismo mostra-se presente nas cortes constitucionais pelo mundo, o que não seria diferente no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

As decisões mutacionais e ativistas guardam uma simetria em seu sistema interpretativo que se externaliza através das sentenças manipulativas, sejam elas aditivas, aditivas de princípios ou substitutivas, que, em comum, em alguma proporção, importam na interferência do conteúdo normativo dos dispositivos legais fiscalizados, todos funcionando como complexa engrenagem que compõe a teoria do controle de constitucionalidade a ser estudado.

## 2.1 Mutação constitucional

Este item trata das mudanas informais denominadas mutao constitucional, originariamente objeto de estudo da doutrina alemã, tal como a Teoria da Norma Jurídica de Friedrich Müller, para quem a norma jurídica não decorre do texto legal ou da disposio normativa, mas do ato de concretizao. Nesse entendimento, a mutao constitucional ultrapassa a interpretao jurídica que é realizada pelos operadores do Direito, inclusive pelo Poder Judiciário que concorre para a criao da norma no seu ato de concretizao (MÜLLER, 2008, p. 10).

O método racionalista v  a Constituio como um sistema jurídico aberto, como algo a ser interpretado e concretizado, recoloca a norma jurídica como elemento volitivo sujeito   adaptaes decorrentes da faticidade e limitado às condicionantes impostas pelos princípios estruturantes (VARGAS, 2014, p. 14). A rigidez e a supremacia constitucional, embora possam encontrar raízes remotas na distino entre *m moie psef smata*, do direito ateniense (VARGAS, 2014, p. 20), teve como norte o liberalismo e a busca pela limitao do poder e a criao dos poderes constituintes e constituídos.

A política não   senão a luta pelo poder, e a história do Direito pode ser lida como o lento, difícil e controvertido trabalho de limitao do poder, como a progressiva substituio do governo dos homens pelo governo das leis. Essa substituio utilizou-se de técnicas de limitao do poder, tais como: a adoo do princípio da legalidade, a separao dos poderes e a submissão à lei, criando o Estado Constitucional “surgido após a Revoluo de Independência dos Estados Unidos e Francesa, aliceradas em obras contratualistas de Locke, Montesquieu, Rousseu e Si yes” (VARGAS, 2014, p. 22), tendo como ideário a Separao dos Poderes, evitando a concentrao de funes em uma única unidade orgânica do Estado.

Nesse ponto, a Constituio emerge como lei de organizao e autolimitadora do poder político, ao declarar formalmente os direitos e garantias individuais, ideários apregoados pelo positivismo jurídico-estatal, dotada de formalidade e rigidez. Entretanto, a realidade político-social demonstra claramente que a Constituio, ainda que dotada de rigidez e formalidade, sofre constantes mudanas que não decorrem do processo natural de conformidade legislativa, mas, conforme já

previsto por Loewenstein<sup>1</sup> (1965, p. 208), de um processo informal e silencioso de modificação de significados, textuais justificando o seu caráter mutacional.

Segundo a “Teoria da Constituição”, apresentada por Loewenstein (1965, p. 165), as modificações de procedimentos e regras previstos na Constituição se dão sob o manto da “reforma constitucional”, assim definindo:

O conceito de reforma constitucional tem um significado formal e material. Em sentido formal se entende, sob esta denominação, a técnica por meio da qual se modifica o texto, tal como existe no momento de realizar-se a modificação constitucional. A reforma constitucional em sentido material, de outra parte, é o resultado do procedimento de emenda constitucional, isto é, do objeto do procedimento retro-referido.

Nesse sentido, Vargas (2014, p. 28) conceitua mutação constitucional como um fenômeno de mudança informal:

O fenômeno de mudança informal da constituição, independentemente do procedimento legislativo complexo contemplado em seu texto para que seja empreendida uma reforma, é denominada pela maioria da doutrina como mutação constitucional.

Esses posicionamentos apresentam a Constituição como um “organismo vivo, porém, peculiar, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade.” (GRAU, 2009, p. 59), e o Direito, sendo dinâmico, apresenta um movimento constante de modificação interpretativa.

### 2.1.2 Conceito de Mutação Constitucional

O conceito de mutação constitucional tem como nascente a doutrina publicista alemã do final do século XIX e início do século XX, e vem em resposta ao problema da “ausência de coincidência entre a realidade constitucional e a Constituição formal” (PEDRA, 2017, p. 100). Na mutação constitucional há uma alteração informal decorrente da interpretação judicial, que deixa o texto intacto, modificando-se apenas o sentido que originalmente foi atribuído como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais, regulado por fatos sociais “urgentes” de uma

---

<sup>1</sup> A constituição contém um documento que se adapta às transformações não apenas através de uma emenda constitucional formal, mas também pelo uso constitucional, as regras convencionais e a interpretação através das instâncias governamentais, o parlamento e os tribunais. (LOEWENSTEIN, 1965, p. 165).

sociedade complexa, globalizada e plural que não pode esperar pela morosidade do formalismo (VARGAS, 2014, p. 32).

A nomenclatura mutação constitucional foi originariamente descrita por Paul Laband que, mesmo tendo uma visão normativista de Constituição, reconhecia a possibilidade de modificação sem que houvesse a necessidade de alteração formal do texto, em especial dos elementos essenciais do Estado (VECCHI, 2005, p. 56). Por sua vez, Bulos (1997, p. 118), buscando um conceito apropriado de mutação constitucional, a descreve como o “fenômeno pelo qual os textos constitucionais são alterados sem revisões ou emendas”. Para o autor,

O fenômeno das mutações constitucionais, portanto, é uma constante na vida dos Estados. As constituições, como organismos vivos que são, acompanham o evoluir das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no na substância, no significado, no alcance e nos seus dispositivos (BULOS, 1997, p. 118).

Nas palavras de Bonavides (2006, p. 187), há um segundo poder constituinte originário, “o qual, não tendo titularidade definida, é difuso, anônimo e político. Só achará explicação plausível se admitirmos a força normativa da realidade e do meio social, ou seja, a facticidade que transforma as Constituições e as rejuvenesce”.

Conforme observa Kubliskas (2009, p. 70), essas modificações de posicionamentos da Corte recebem o nome de “mutação constitucional”, termo inicialmente usado, em 1895, por Paul Laband que, após fazer um aprofundamento sobre o tema, chegou à seguinte conceituação:

Assim, com fundamento no conceito restrito atualmente aceito em larga escala na doutrina, é possível definir a mutação constitucional como sendo o fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudança da Constituição), são introduzidas, no processo de concretização/aplicação, por meio da interpretação constitucional e/ou da integração pelos costumes, alterações no sentido, significado ou alcance de determinadas normas constitucionais (que tenham o conteúdo minimamente aberto/elástico), desde que estas alterações sejam comportadas pelo programa normativo, ou seja, promova o desenvolvimento, complementação, esclarecimento etc., das normas constitucionais escritas, mas não violem nem a sua letra e tampouco o seu espírito.

Buscando sintetizar o conceito de mutação constitucional Silva (2014, p. 61) apresenta o fenômeno como um processo não formal de mudança das constituições rígidas, “por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura

orgânica do estado”. O autor ainda pondera que não sendo perene a estrutura do Supremo, a posse e a substituição de ministros com ideias e valores diversos acarretam, também, o “novo entendimento do Supremo”.

Igualmente, merece destaque o conceito trazido por Ferraz (1986, p. 10-11), segundo o qual:

[...] a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. [...] Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior [...]. Em resumo, a mutação constitucional, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa mutação não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, constitucional. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.

Da mesma forma, aponta-se a concepção de Canotilho (2007, p. 231) acerca do problema das transições ou mutações constitucionais:

Considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.

Entretanto, o veículo e a nomenclatura não guardam consenso na doutrina pátria ou mesmo na estrangeira. “Jorge Miranda a denomina de vicissitude constitucional tácita. Canotilho, de transição constitucional. Anna Cândida, de processos informais, indiretos e não formais. Milton Campos, de processos oblíquos. Pinto Ferreira, de mudança material” (VARGAS, 2014, p. 34).

A opinião dos citados autores, tem em comum o entendimento de que, na mutação constitucional, a modificação interpretativa do texto constitucional ocorre sem a necessária adequação ou participação legislativa.

### 2.1.3 A mutação constitucional como espécie normativa – Escola Alemã

A mutação constitucional é um processo interno, pois após a edição do texto normativo pelo legislador, experiências sociais são introjetadas de maneira a modificar a tábua de valores ou a incidência sobre relações sociais que lhes servem

de substrato, independente da natureza da lei (ordinária ou constitucional) (REALE, 1992, p. 210).

A Constituição, como texto normativo por excelência, deve ser compreendida, interpretada e concretizada, não se limitando como obra acabada, mas como norma que acompanha o desenvolvimento social que lhe anima. Conforme o entendimento de Vargas (2014, p. 37), é nesse

[...] substrato da realidade política que ocorre a mutação constitucional, em que o texto fica inalterado, muda-se o sentido, o alcance para adequar o documento formal à realidade que lhe é subjacente, para que o documento esteja em harmonia com o espírito jurídico da sociedade.

O tema passou a ser estudado com maior profusão na Escola Alemã de Direito Público, fundada por Gerber e Gierker, que inseriu doutrinadores como Laband e Jellinek, a qual propugnou como ponto de partida metodológico a separação entre direito e política (PEDRA, 2013, p. 108).

As diferentes acepções a respeito da mudança constitucional ocorrida no período da república de Weimar, a caracterizam como antecedente dos elementos da fenomenologia da mutação constitucional, uma consequência da instabilidade da época, onde se busca compreender a dinâmica da política e a Constituição escrita.

Essa busca por respostas aos postulados da Escola Alemã, apresentou resultados distintos (PEDRA, 2013, p. 109). Ao analisar as mudanças informais da Constituição do *II Reich* alemão de 1871, reconheceu-se que a “mutação constitucional ocorre na medida das mudanças empreendidas no âmbito da Administração, da Fazenda e da Justiça Federal (VARGAS, 2014, p. 38), levado ao surgimento de uma situação de incompatibilidade com a Constituição, imposta por questões de fato.

Dessa forma, a mutação constitucional se daria de três maneiras:

a) regulação por parte das leis do *II Reich* de elementos centrais do Estado não previstos na Constituição; b) modificação de elementos centrais do Estado por meio de leis que contradizem o conteúdo da Constituição; e c) alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos poderes públicos (VARGAS, 2014, p. 39).

A mutação constitucional, na visão de Hesse (2009, p. 154-164) poderia ser classificada em três momentos, sendo o primeiro de caráter clássico, fundamentado

nos estudos de Paul Laband e George Jellinek; o segundo desenvolvido por Hsü-Dau-lin, publicando em 1930, e o último por Herman Heller.

### 2.1.3.1 Paul Laband

Paul Laband (1838-1918), partindo da ideia de que a Constituição é um ente normativo, formado por um conjunto de significados subordinados e passageiros, “de escasso interesse para a maioria do povo”, mas essencial ao Real Direito do Estado (PEDRA, 2017, p. 102), concebe que a Constituição pode se transformar ao largo dos mecanismos formais. De tal modo, entende-se que é possível uma modificação acentuada na interpretação constitucional, sem a necessidade de modificação do texto escrito, mantendo-se assim a estabilidade do Direito.

Analisando as demandas mais importantes da época, Laband concebeu possíveis caminhos para a ocorrência de mutações constitucionais: *i)* por meio de leis que regulavam elementos centrais do Estado, não previstos ou previstos de maneira colateral pela Constituição; *ii)* por meio de leis que modificavam elementos centrais do Estado em contradição com o texto da Constituição; e *iii)* pelos usos e costumes dos poderes públicos que modificavam elementos centrais do Estado (VECCHI, 2005, p. 56).

Entretanto, segundo Laband a ausência de regulação constitucional de instituições centrais do Estado facilitou para que houvesse o “aperfeiçoamento e a transformação da situação constitucional do *Reich*”, motivando situações como:

A inexistência de definição da posição política dos ministros do *Reich*, a não previsão de um procedimento de incorporação de novos territórios à união alemã, a regulação constitucional imperfeita e escassa das finanças do *Reich* e a vaga e incompleta previsão constitucional dos critérios de distribuição de competências entre os *Ländere* o *Reich* supunham que a situação real somente pudesse ser deduzida do conteúdo das Leis do *Reich* (PEDRA, 2017, 102).

Dessa forma, havia diversas lacunas normativas que autorizavam, na prática, a mudança da interpretação constitucional do *Reich* e referendavam os atos do *Kaiser* pela via legislativa e a prática política (PEDRA, 2013, p. 102), manipulando em conformidade com os interesses do governante.

### 2.1.3.2 Georg Jellinek

Por seu turno, “ao constatar que a rigidez constitucional, em muitos casos, constitui uma garantia insuficiente para assegurar a força normativa da Constituição” (PEDRA, 2013, p. 103), Jellinek desenvolve o conceito de mutação constitucional. Tal conceito, embasado em dados principiológicos, surge como um paradoxo à reforma constitucional, utilizando o critério de intencionalidade para distinguir reforma de mutação constitucional.

Sob o ponto de vista de Jellinek, a mutação constitucional apóia-se em uma modificação interpretativa que não altera o texto da Constituição mediante fatos desacompanhados de intenção, consciência da mutação decorrente das legislações, práticas legislativas, administrativo-governamentais e judiciais que, com o passar do tempo, declinam da interpretação conforme, passando a exigir a adequação do interprete (VARGAS, 2014, p. 39).

Nesse período histórico, quando Jellinek refere que “na América, o juiz ocupa efetivamente o lugar do legislador constitucional. Não sem razão, na América, os tribunais são qualificados como terceira câmara legislativa” (PEDRA, 2017, 104), vale ressaltar que apenas os Estados Unidos da América possuía controle de constitucionalidade.

Aqui nota-se uma diferença fundamental entre o sistema alemão e o norte-americano, levando em conta que o primeiro interpretava a constituição pela via legislativa infraconstitucional, referendando os atos do *Reich e do Kaiser*, e o segundo adotava o controle judicial da constitucionalidade, porém, os efeitos normativos de ambos, segundo interpretação de Jellinek, ficam evidenciados.

Nas explicações de Hesse (2009, p. 159), Jellinek identifica fatores para a mutação constitucional alicerçados na interpretação incorreta da norma constitucional pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, levando a uma atuação contrária à Constituição, restando por modificá-la. Também, pelo desuso das atribuições estatais, assim como a necessidade de preencher lacunas interpretativas.

### 2.1.3.3 Hermann Heller

Hermann Heller, assim como Rudolf Smend, descreve a constituição com algo dinâmico, que se retroalimenta continuamente com a realidade política que a circunda, convertendo-a em um elemento constitucional, conforme os conceitos apresentados por Jellinek e Laband. Por sua vez, outra corrente, defendida por Hsü Dau-Lin, tenciona modificar o conceito de uma maneira sistêmica (PEDRA, 2013, p. 110).

A posição adotada por Herman Heller (1891-1933) traz a ideia de Constituição como um elemento material de organização do Estado:

Uma constituição política só se pode conceber como um ser que dá forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideraram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser ou atualizam (VARGAS, 2014, p. 40).

Observa-se que o pensamento de Heller (1968, p. 295), ao considerar que “a Constituição de um Estado coincide com a sua organização enquanto esta significa a Constituição produzida mediante atividade humana consciente e só ela”, coincide com o raciocínio de Ferdinand Lassalle, que também influenciou Georg Jellinek, de que a Constituição é determinada pelas relações de poder que se encontra em uma constante e sistemática movimentação. Tais movimentos restam por ocasionar modificações que, mesmo não gerando um caos, dão origem as organizações e constituições, a unidade e a ordenação do Estado, perdurando enquanto constantemente se renova (HELLER, 1968, p. 295).

Neste sentido, Heller destaca que os alemães, no período entre a Primeira e Segunda Guerra, enxergavam a modificação informal da Constituição como elemento que a integrava, introjetando elementos normados não jurídicos que auxiliavam na transformação da Constituição, sem que para isso ocorresse a sua modificação formal (PEDRA, 2013, p. 120-121). A teoria de Heller sobre a mutação constitucional, segundo Pedra (2013, p. 121), pode ser resumida da seguinte forma:

[...] a mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) como a mudança que pode ultrapassar o conteúdo da Constituição normada, ou seja, como aquela mudança que rompe a desejável relação harmoniosa entre a “realidade constitucional” e o constitucionalmente normado.

Para Heller (1968, p. 296), a admissão da mutação constitucional depende da presença de dois fatores: a normalidade e a normatividade. A normatividade depende da obediência a critérios positivos de valor da norma. Já a normalidade adota a “regra de previsão”, significando a probabilidade da repetição de acontecimentos a serem prevenidos. Assim, em sua definição, Heller classifica a normalidade como a “concordância com uma regra de previsão baseada sobre observação do que acontece por termo médio em determinados períodos de tempo”.

Assim, Hermann Heller (PEDRA, 2013, p. 110) formula seu sistema de conceitos afirmando que a transformação Constitucional pode se dar de formas distintas, mediante a modificação de elementos normados não jurídicos (princípios constitucionais e princípios gerais de Direito), ou como consequência das mutações, o que pressupõem a superação dos elementos normados pela normalidade.

Desta forma, entende-se que a normatividade do sistema busca incessantemente adequar-se à normalidade e, quando ocorre esse encontro, preserva-se a continuidade do ordenamento. Por outro lado, não havendo a incorporação da normatividade à normalidade, esta perde a sua finalidade normalizadora e seu uso social. A ocorrência de tal descompasso pode superar a norma estatal, exigindo que a mutação se dê à margem da norma constitucional.

#### *2.1.3.4 Rudolf Smend*

Conforme Rudolf Smend (1882-1975), o “Estado é integração e a Constituição é o ordenamento jurídico desta integração. A norma constitucional não deve abarcar tudo, mas é um elemento controlador das forças sociais que estão em constante mudança” (PEDRA, 2013, p. 112). Há uma diferenciação entre a norma jurídica ordinária e a constitucional, enquanto aquela deve ser rígida no ponto de vista da pacificação social, esta deve ser flexível. Desse modo, a norma constitucional, em razão da sua característica expansiva e elástica, cria a teoria dinâmica de Constituição, propondo uma reformulação na Filosofia e na Teoria do Estado.

Para Rudolf Smend, a “Constituição contém os elementos para a sua própria transformação por meio da mutação constitucional”, ela não é somente norma, mas realidade que não permanece estática na vida estatal, ou seja, permanece em constante renovação que não se esgota no ato do legislador constituinte (PEDRA, 2013, p. 112). Nesse contexto, o Estado passa a ser visto a partir da teoria de fluxo

circular, a qual apresenta “uma tensão dialética entre indivíduo e sociedade”, que não pode ser visto de forma ideológica, mas apenas descrita. Em outras palavras, “o objeto da teoria do Estado e do Direito Constitucional é o Estado enquanto parte da realidade espiritual” (SMEND, 1982, p. 62).

Essa ideia de realidade espiritual corresponde ao grupamento de pessoas e a constante assimilação da diferença existente entre seus membros, a exemplo dos relacionamentos não normatizados, tal como os amorosos ou amigáveis. Por outro lado, onde existe a ideia de normatização jurídica, há a mentalidade típica de estagnação, que tende a considerar a união de membros de um mesmo grupo como algo posto, reduzindo a dinâmica de interação ao próprio pressuposto, passando a ser um requisito pré inter-relação mútua dos membros do mesmo grupo (SMEND, 1982, p. 61).

Da teoria da interpretação de Rudolf Smend, é possível extrair a ideia de movimento como parte integrante da Constituição, a qual deve ser levada em conta no momento de sua interpretação, assim como a noção de globalidade. Aqui se deve ter a consciência de que cada elemento pertence a um todo, “que só é possível uma completa compreensão levando-se em consideração esta globalidade à qual pertence” e que os maiores problemas nas mudanças constitucionais surgem da “incapacidade das normas jurídicas de dominar, de modo efetivo, a distribuição do poder político”. Vale destacar que tal entendimento já havia sido apontado por Georg Jellinek, em face da evolução social (PEDRA, 2013, p. 115).

#### *2.1.3.5 Hsü Dau-Li*

Por seu turno, Hsü Dau-Li (1906-1973), de origem chinesa e discípulo de Rudolf Smend, sistematiza e define a mudança constitucional decorrente da separação entre o preceito constitucional e a realidade, permanecendo a última como mais ampla do que a normatividade constitucional (PEDRA, 2013, p. 117).

A principal contribuição de Hsü Dau-Li com o estudo da mudança constitucional se deu fora do conceito corrente na época, quando o fenômeno era conhecido apenas de maneira genérica e como parte integrante do conceito de Constituição (Rudolf Smend), sendo que os que descobriram a sua existência se mostraram irredimidos diante do tema (Paul Laband e Georg Jellinek) (PEDRA, 2013, p. 127).

Neste sentido, Dau-lin (1998, p. 176) defendia que:

[...] há mutações constitucionais permitidas e exigidas pela Constituição. São precisamente, complemento e ampliações do sistema significativo proposto por ela de maneira ideal. E há mutações constitucionais que, por certo, não são intencionadas ou desejadas pela Constituição, mas que não podem ser impedidas ou suprimidas: são mutações do sistema de sentido proposto por ela ou de algumas instituições normatizadas de intenções manifestadas no sistema.

O estudo de Dau-Lin sobre as distintas relações entre as normas constitucionais e a realidade levaram-no as seguintes proposições:

(a) Uma possibilidade consiste na congruência entre a norma e a realidade. Isto pode corresponder a duas dinâmicas distintas: (a.I) que a realidade siga a norma, o que supõe a plena vigência do direito constitucional, ou (a.II) que a norma constitucional siga a realidade, como ocorre em uma reforma constitucional. (b) A outra possibilidade consiste na incongruência entre a norma e a realidade. Para Hsü Dau-Lin, é nessa incongruência que reside a mutação constitucional. Na visão do autor, de acordo com a relação entre a norma e a realidade, podem existir quatro classes de mutação constitucional: (b.I) mutação constitucional mediante prática que não vulnera formalmente a constituição escrita; (b.II) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição descrita na Constituição; (b.III) mutação constitucional em razão da prática que contraria a Constituição e (b.IV) mutação constitucional mediante interpretação da Constituição (PEDRA, 2013, p. 119).

Nesse ponto, Pedra (2013, p. 119) registra a crítica feita por Streck, Catoni de Oliveira e Barreto Lima quanto a classificação estabelecida por Hsü Dau-Lin. Tais autores consideram que a classificação proposta não considera o caráter principiológico do Direito e a integridade que o Direito democrático exige, assunto que foi o tema central para o Pós-Segunda Guerra.

#### 2.1.4 Mutação constitucional no Brasil

A doutrina constitucionalista brasileira não costuma deter-se sob o tema mutacional, porém há importantes contribui es dos professores Paulo Bonavides, Inocêncio M rtines Coelho, Anna Cândida da Cunha Ferraz, Uaudi Lammêgo Bulos, Adriano Sant'Ana Pedra, Wellington Márcio Kubliskas, Luis Roberto Barro, Gilmar Ferreira Mendes e Denise Soares Vargas.

Na visão de Bonavides (2006, p. 458-459), a muta o parte do pressuposto de que quanto mais rígida uma constitui o, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos de interpreta o, permitindo que seus mandamentos se adaptem ao

meio político e social. Assim, a hermenêutica passa a atuar como fator de atualização das normas constitucionais, parte contida no texto e outra na realidade.

Por seu turno, Inocêncio Martins Coelho, demonstrando influência de Dau-Lin, refere a mutação como alterações de sentidos dos preceitos da Constituição, as quais decorrem da análise histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza sua aplicação e é provocada pelas seguintes circunstâncias:

- a) mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição;
- b) pela impossibilidade de se exercerem certos direitos estatuídos constitucionalmente;
- c) por uma prática estatal contraditória com a Constituição;
- e d) por meio de interpretação, situação de anormalidade, que se normaliza ou se ultrapassa no curso da própria *praxis* constitucional (VARGAS, 2014, p. 44).

Influenciada pela classificação desenvolvida por Biscarettidi Rufia, Anna Cândida assevera a “ocorrência da mutação constitucional pela interpretação constitucional judicial, administrativa e legislativa, bem como os usos e costumes”, além do processo anômalo de mudança, tais como a inércia e o desuso no plano constitucional e a mudança tácita da Constituição (VARGAS, 2014, p. 44). Anna Cândida divide a mutação em constitucional e inconstitucional. A primeira refere-se a todo processo informal que altere o sentido, significado e alcance da Constituição, sem contrariar sua letra e espírito. A segunda consiste em toda a mudança que venha alterar a letra, o espírito e práticas da Constituição, que obstem ou dificultem a aplicação plena das normas constitucionais (FERRAZ, 1986, p. 13).

Em sua obra, Uaudi Lammêgo afirma que a mutação decorre da interpretação constitucional, por construção constitucional e pelas práticas constitucionais (VARGAS, 2014, p. 44). Por sua vez, Wellington Márcio Kubliskas (2009, p. 251-261) traz os seguintes exemplos práticos de situação em que o Supremo Tribunal Federal realizou modificações mutacionais na interpretação das normas Constitucionais:

- **Mutação constitucional e direitos fundamentais:** a) HC nº 82.424/RS e a definição do alcance do termo “racismo” (art. 5º, XLII); b) HC nº 82.959-7/SP e a progressão de pena nos crimes hediondos (art. 5º, XLVI); c) RE nº 251.445/GO e a abrangência do termo “casa” (art. 5º, XI); d) HC nº 74.051-3/SC e a proteção do estrangeiro não residente no Brasil (art. 5º, caput);
- **Mutação constitucional e princípio federativo:** a) ADIN nº 276/AL e a adoção das regras do processo legislativo da União pelos Estados-membros (art. 11 do ADCT); b) ADIN nº 1.704/MT, ADIN nº 3.323/DF e o art. 22, XI, da Constituição Federal; c) ADIN nº 2.948/MT e a competência para legislar sobre bingos (art. 22, XX); d) ADIN nº 3.035 MC/PR e a competência sobre

produtos geneticamente modificados (art. 22, I, VII, X e XI, e art. 24, I e VI); e) alcance das competências municipais – “assuntos de interesse local” (art. 30, I): AI nº 622.403-AgR e RE nº 182.976 – que reafirmaram que o Município é competente para regular o horário do comércio local; RE nº 397.094 – que fixou que o Município detém competência para impor limites ao tempo de espera em fila dos usuários dos serviços prestados pelos cartórios; ADIN nº 1842/RJ e ADIN nº 2077/BA – referente à definição da competência para saneamento básico, como a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em regiões metropolitanas;

–**Mutação constitucional e regras do processo democrático:** Nesse ponto, o STF tem promovido uma reforma política informal, ao definir, independentemente da atuação do Parlamento, algumas regras importantes ao funcionamento do jogo democrático: a) RE nº 197.917-8/SP e a fixação proporcional do número de vereadores (art. 29, IV); b) MS 26.603-1/DF e a fidelidade partidária (art. 17, § 1º);

Por seu turno, Barroso (2009, p. 123-125) entende que a mutação constitucional decorre de um mecanismo que autoriza “a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto”. Segundo o autor, “A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais”.

À vista dos elementos até aqui expostos, permite-se dizer que a mutação constitucional consiste em uma modificação do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, indo além, sem que tenha havido qualquer modificação efetiva de seu texto. Segundo Barroso (2009, p. 126), esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma modificação na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. “Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular”.

Frente às diversas vertentes aptas a resultarem na mutação constitucional, o presente estudo concentrará esforços na análise da interpretação judicial dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional, em paralelo ao tema do ativismo judicial.

## 2.2 Ativismo judicial

Embora há muito venha sendo debatido, o ativismo judicial permanece tema corrente, despertando altivo interesse e gerando polêmicas, justamente pelo

tensionamento decorrente das decisões proferidas pela Corte Constitucional que descola da ideia de poder restritivo, voltado à limitação da atividade dos demais Poderes constituídos. Contudo, Nery Junior e Abboud (2013, p. 190) referem que “o termo ativismo tem sido empregado com verdadeira poluição semântica, ora descrevendo fenômenos distintos, ora sendo utilizado para legitimar decisões judiciais apenas na fundamentação do resultado”.

A análise do tema requer enfrentamento de forma aprofundada, investigando suas origens e relações com o *judicial review* e o *common law*, adaptado para o sistema do *civil law* adotado pelos países de tradição jurídico-germânica, tal como o Brasil.

### 2.2.1 Origem do termo ativismo judicial.

O uso do termo ativismo judicial tem seus primórdios na dogmática jurídico-processual, nas bases da doutrina tedesca, em 1880, através de Anton Menger, ao publicar a obra “*Das burgerlicherechund die Besitzolen Volklassen*” (O direito civil e os pobres), criticando as ideias liberais, afirmando que nos litígios os pobres padeciam da passividade judicial, uma vez que os ricos eram beneficiados com a igualdade formal (SILVA, 2013, p. 148).

Todavia, é com Franz Klein, discípulo de Anton Menger, mentor das alterações promovidas no ordenamento processual civil do Império Austro-Húngaro (ÖZPO) de 1885, reconhecida como a “primeira legislação tipicamente socializadora”, que o termo “ativismo judicial” ou “juiz ativista” passa a ter um contexto de uso. Franz Klein propõe maior participação do juiz na atuação processual, como forma de diminuir ou suprimir as diferenças fáticas no interior do processo decorrente do liberalismo, tornando um instrumento de pacificação social e evidente função social (SILVA, 2013, p. 148).

Segundo Campos (2014), a doutrina alemã passa a adotar o termo “ativismo judicial” dentro de uma sistemática técnico-processual. O juiz, no âmbito das legislações processuais, passaria a ser legitimado a participar do processo de forma ativa na sua condução, auxiliando as partes na investigação dos fatos e na produção probatória, não como um simples expectador, mas como participante ativo da atividade processual. Por outro lado, em 1921, Édouard Lambert já alertava para os

perigos de uma atuação judicial que extravasasse os limites da respectiva função, tal como fora tradicionalmente concebida.

Mais adiante, em 1947, Arthur Schlesinger Jr., historiador estadunidense, publicou artigo intitulado de *The Supreme Court*, onde utiliza a expressão “ativismo judicial” ao analisar os atos dos juízes da Suprema Corte norte-americana. No caso, o autor classificou os juízes nomeados pelo ex-presidente Roosevelt em:

[...] (i) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – *Justice Black e Douglas*; (ii) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – *Justices Murphy e Rutledge*; (iii) juízes campeões da autorrestrrição – *Justices Frankfurter, Jackson e Burton*; e (iv) juízes representantes do equilíbrio de forças (*balance of powers*) – *Chief Justice Fred Vinsons e o Justice Reed* (CAMPOS, 2014, p. 43).

Sobre a atuação da Corte Suprema e a responsabilidade de seus julgamentos Schlesinger (CAMPOS, 2014, p. 43) pondera que:

[...] quanto mais uma corte se apresenta como instituição vital ao país e à sociedade, mais os seus juízes deverão sujeitar-se ao julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo que possa ser fator das decisões tomadas.

Analisando o texto de Arthur Schlesinger, Keenan Kmiec (SILVA, 2013, p. 149) expõe visões jurídicas diferentes dos magistrados. De um lado os *justices Black e Douglas*, integrantes da escola da Yale, defendiam a ideia da argumentação jurídica aberta do que cientificamente fechada. “Não havia uma resposta correta para o problema jurídico e a decisão jurídica era mais questão política do que jurídica”.

Na visão de Schlesinger (SILVA, 2013), o ativismo judicial decorria da impossibilidade de separar a política do direito, assim como as decisões dos juízes ativistas sopesavam mais a orientação do que o resultado. Já o posicionamento da autorrestrrição é absolutamente inverso, defendendo um Direito hermeticamente fechado, sem influência política, onde os desvios de significado devem ser corrigidos apenas pelo Poder Legislativo, respeitando a separação de Poderes e o regime democrático.

Dessa forma, pode-se afirmar que os Estados Unidos é o nascedouro do termo e do tema “ativismo judicial”, enquanto orientação pessoal sobre políticas públicas, evidenciado no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, sob o fundamento que a “Suprema Corte pode e deve dizer o que é o Direito, mesmo nos

casos difíceis ou politicamente controversos”. É nesse julgamento que, pela primeira vez na história do constitucionalismo mundial, houve a declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal, declarando-a nula (SILVA, 2013, p. 150). Neste mesmo julgamento a Corte Americana afirmou o *judicial review*, ainda que este não decorresse claramente do texto constitucional de 1787. Isso permite dizer que “o controle judicial de constitucionalidade” já nasceu argumentativamente ativista, o que justifica a “obsessão” das discussões quanto ao excesso de poder da Corte em declarar a inconstitucionalidade de leis norte-americanas (CAMPOS, 2014, p. 31).

Essa mudança de posição do Poder Judiciário não se deu de forma estanque, de modo que o crescimento e o protagonismo na condição de controle jurisdicional de constitucionalidade (*judicial review*) podem ser mensurados em três “eras” classificáveis em: tradicional, transicional e moderna. A era tradicional, iniciando com o surgimento da Constituição até 1890, caracterizava-se “pela assunção de que a Constituição era inteligível e substantiva, estabelecendo princípios que eram definidos e claros para ser cumpridos como as leis, em vez de gerais e vagas”. (LIMA, 2015, p. 89).

Por seu turno, na era transicional, de 1880 a 1937, a Suprema Corte Americana passou a ter uma nova compreensão dos direitos de propriedade que outrora eram garantidos pelo direito natural, influenciados fortemente pelo capitalismo *laissez-faire*<sup>2</sup>. Ao mesmo passo, reconheceu a competência do Estado para regular matérias sensíveis (vida, saúde, moral e outras), porém também reconheceu limites nestas regulamentações, tal como no caso *Lochner v. New York*, havendo “mais uma questão de vontade – ou de legislação da Corte – do que julgamento ou interpretação” (LIMA, 2015, p. 89).

A era moderna, iniciada após 1937, caracteriza-se pelo entendimento de que “todo julgamento era legislativo”. Nas palavras de Lima (2016, p. 89), na era moderna,

[...] o realismo jurídico foi ligado ao positivismo jurídico, sendo que ambas as correntes sustentaram um poder de criação judicial do Direito, agregando um importante componente legislativo ao julgamento, mediante a modificação judicial de regras de estabelecimento de precedentes à luz de

---

<sup>2</sup> É parte da expressão em língua francesa “*laissez-faire, laissezaller, laissezpasser*”, que significa literalmente “deixai fazer, deixai ir, deixai passar” (COSTA, 2013).

novas circunstâncias e experiência. O principal caso foi *Brown v. Board Educatio* (1954), que eliminou a segregação oficial nas escolas.

De qualquer sorte, a partir das constituições democráticas do Segundo Pós-guerra, o tema sobre ativismo deixou de ser exclusivamente norte-americano, passando a permear a Europa Ocidental com importantes modificações sociais e políticas, como um resultado da revolução “jurídica constitucional”. Nesse contexto destaca-se o Tribunal Constitucional da Alemanha (1949) e a Corte Constitucional da Itália (1956), como suas posturas “ativistas de interpretação e proteção dos direitos fundamentais em face dos poderes políticos” (CAMPOS, 2014, p. 31).

Na América do Sul, além do Brasil, destaca-se a atuação da Corte Constitucional Colombiana, como uma das mais ativistas do mundo, ao lado da Costarriquenha no enfrentamento do poder político em prol dos direitos fundamentais. Por outro lado, têm-se as Cortes Mexicana e Argentina com tímida atuação em comparação com as demais, quanto ao nível qualitativo e quantitativo de suas decisões (CAMPOS, 2014, p. 33).

Atualmente, o ativismo não guarda limites apenas nas Cortes Constitucionais nacionais, pois ultrapassa a sua atividade para tribunais decorrentes de tratados internacionais, tal como a Corte Europeia de Justiça (ECJ), reconhecidamente como órgão que atua com “alto grau de criatividade judicial em manipular os significados dos dispositivos e princípios gerais da legislação e dos Tratados da Comunidade Europeia” (CAMPOS, 2014, p.33-34).

### 2.2.2 Conceito de ativismo

O *Black's Law Dictionary* (2001, p. 380) conceitua o ativismo judicial como “uma filosofia de decisão judicial em que os julgadores orientam seus pontos de vista pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores, para guiar os resultados de sua decisão”<sup>3</sup>. Por sua vez, Barroso (2009, p. 9), ainda que de forma controversa, resume o ativismo como:

[...] expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificara atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo

---

<sup>3</sup> Texto original: “*philosophy of judicial decision -making where by judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions*” (BLACK'S Law Dictionary, SecondEdition. Cambridge: West Group, 2001. p. 380).

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 [...]. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – 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.

Entretanto, Campos (2014, p. 36), utiliza-se de cinco premissas (diretrizes) para a identificação do ativismo, sendo elas:

[...] a primeira diz que o ativismo judicial é questão de postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais; a segunda, que o ativismo judicial não é prioristicamente legítimo ou ilegítimo; a terceira aponta o caráter dinâmico e contextual da identificação e da validade do ativismo judicial; a quarta diretriz afirma a pluralidade das variáveis contextuais que limitam, favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial; e a última – e mais importante – é aquela que explica o ativismo judicial como uma estrutura adjudicatória multidimensional.

Com base nessas premissas (diretrizes), o autor define o ativismo como “exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativo por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos”, que:

[...] (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifestam por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias (CAMPOS, 2014, p. 37).

Nesse contexto, Campos (2014, p. 37) aborda a expansão dos poderes políticos-normativos das Cortes:

[...] as cortes expandem poderes políticos-normativos em face de outros poderes por meio de interpretações criativas e expansivas dos enunciados normativos constitucionais, notadamente dos princípios constitucionais; da correção das leis, alterando os significados para confortá-las às constituições; da ampliação, por conta própria, de seus instrumentos processuais e da eficácia de suas decisões; da falta de deferência às capacidades legal e cognitiva dos outros poderes; da interferência na formulação e na execução de políticas públicas em torno de direitos sociais e econômicos (CAMPOS, 2014, p. 37).

Por sua vez, Marshall (SILVA, 2013, p. 151) apresenta sete indicativos do que seria o ativismo na literatura conservadora, os quais compreendem:

- 1) **ativismo contramajoritário**: a relutância das cortes em observar as decisões dos poderes democraticamente eleitos;
- 2) **ativismo não originalista**: o equívoco do poder judiciário em não observar o originalismo ao decidir os casos, desde que este esteja fundamentado na fé do texto escrito;
- 3) **ativismo precedentalista**: consiste na inobservância dos precedentes por parte dos juízes;
- 4) **ativismo jurisdicional**: a não observância pelos juízes e Tribunais dos limites de seu poder jurisdicional;
- 5) **criatividade jurisdicional**: a criação de novas teorias e direitos pela doutrina constitucional;
- 6) **ativismo remediador**: que é a utilização do poder jurisdicional para impor obrigações afirmativas duradouras a outros poderes ou, ainda, colocando estes poderes sob supervisão contínua do poder jurisdicional;
- 7) **ativismo partidário**: que é utilização do poder jurisdicional para a consecução de objetivos partidários.

Desde indicativos, apenas os cinco primeiros têm aceitação na doutrina, sendo que o sexto é controverso e o sétimo refutado. Ademais, a polissemia do termo “ativismo judicial” compreende valores negativos e positivos sobre a atuação do Tribunal (SILVA, 2013, p. 152), demonstrando claro dissenso por parte da doutrina constitucional.

### 2.2.3 Dimensões do ativismo

Em decorrência das experiências ativistas nas cortes supremas e constitucionais de diversos países, Campos (2014, p. 165-174) propõe uma análise dimensional dos diversos fatores de intervenção da interpretação expansiva do texto Constitucional, os quais merecem apontamentos, ainda que breves.

#### 2.2.3.1 *Ativismo judicial e interpretação constitucional*

Resume-se na “interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições” ou mesmo na aplicação direta de princípios constitucionais, de interpretação vaga a imprecisa, no sentido de regular questões concretas sem a participação do legislador ordinário, compreendendo o principal pilar do termo ativismo (CAMPOS, 2014, p. 165).

Nessa dimensão os juízes ativistas não se prendem ao texto legal ou se sentem restringidos pela literalidade da Constituição, mas à vontade com a

flexibilidade das normas constitucionais e a possibilidade de emitir juízos políticos e morais característicos da normatização ativista<sup>4</sup> (CAMPOS, 2014, p. 165).

Cabe aqui tecer a conceituação e, ao mesmo tempo, a crítica de Dworkin (2007, p. 451-452) ao ativismo, o qual define como um pragmatismo jurídico, com suas decisões orientadas pelas consequências, com o agravante de desconsiderar as decisões anteriores e o texto da Constituição, como um exercício de imposição do ponto de vista do julgador.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativismo ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige (DWORKIN, 2007, p. 451-452).

A teoria do Direito como integridade, defendida por Dworkin, refuta a atitude metodológica ativista, justamente por exigir uma interpretação conforme e adequada que contenha a Constituição como centro. Nesse sentido, a interlocução entre o modelo de direito neoconstitucionalista da Constituição de 1988, ancorada pela teoria de Dworkin, traz um dever fundamental de que a jurisdição profira “boas decisões” conciliando o “produto criativo” hermenêutico com a materialidade da Constituição, que, nas palavras de Motta (2012, p. 84):

Vimos que a prática do Direito é interpretativa, e já sabemos que hermenêutica é filosófica. Agora, é chegado o momento de aprofundar a interlocução entre o modelo de Direito que entendemos inaugurado pela Constituição de 1988 (o neoconstitucionalismo), os aportes substantivos da teoria do Direito de Dworkin e o dever fundamental de que a jurisdição (constitucional, sempre) forneça “boas respostas” às demandas que lhe interpelam. Se conseguirmos trabalhar uma postura que “concilie” o caráter inexoravelmente “produtivo” (“criativo”, se se quiser) da hermenêutica, com exigência democrática de que o tribunal “construa” suas decisões com a colaboração efetiva das partes, e de que o resultado deste processo seja um provimento que honre a materialidade da Constituição e a história judiciária produzida com sucesso, teremos avançado (e muito!) na batalha contra o “protagonismo judicial”. A decisão judicial será a resposta do “Direito”, hermeneuticamente compreendido (complexa engrenagem, voltada à concretização justa de direitos, que envolve juiz da causa, partes, doutrina, demais juízes, etc.), e não simplesmente do “juiz”.

Por outro lado, os juízes que adotam o vértice ativista enxergam a Constituição como uma “força dinâmica” que permite o distanciamento do texto, de

---

<sup>4</sup> Ressalta-se que o termo normatização ativista dá-se no contexto de sentença normativa característica da decisão que extrapola o texto constitucional, elevando o julgador ao *status* de legislador positivo (CAMPOS, 2014, p. 165).

sua estrutura histórica, para poder aproximá-lo da realidade social, assumindo uma condição de “arquitetos sociais” através de suas interpretações criativas (CAMPOS, 2014, p. 165-166).

### 2.2.3.2 *Ativismo judicial e criação “legislativa”*

Ultrapassando o caráter interpretativo, o ativismo judicial, como consequência anômala da sua expansão, assume competências legiferantes reservadas pela Constituição, preponderantemente, ao Poder Legislativo. Estas decisões resultam na acusação da prática do “*legislate from the bench*”, traduzido como criar o direito em vez de aplicá-lo (CAMPOS, 2014, p. 166).

Entretanto, as atuais técnicas de interpretação da Constituição – através da interpretação conforme, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, sentenças aditivas e manipulativas – instituem um limiar entre o *legislador negativo* em contraponto a um verdadeiro *legislador positivo*, segundo proposição kelseniana da primeira metade do século XX (CAMPOS, 2014, p. 166).

### 2.2.3.3 *Ativismo judicial e deferência aos demais poderes*

Campos (2014, p. 167), observa a ausência de deferência entre cortes e juízes às autoridades políticas, legal ou empírica dos outros poderes e instituições. A “deferência” referida equivale ao norte de escolhas que as cortes permitem à discricionariedade ou à margem de conformação normativa dos outros Poderes quando julgam a validade dos seus atos. Nesses casos, o juiz ativista permite pouco desse norteamento e, “por isso não encontra dificuldades, de fundo institucional, para afastar as decisões de outros poderes e substituí-las pelas próprias” (CAMPOS, 2014, p. 167).

Destarte, no mesmo plano em que há a “falta de deferência”, questiona-se até que ponto a vinculação judicial ortodoxa ao texto da lei e, ao mesmo passo, aos desígnios dos Poderes Legislativo e Executivo correspondem a melhor interpretação, dentro de um atual sistema político baseado em um contexto cultural e de vontade institucional impregnados com uma gama incomensurável de vicissitudes e interesses não democráticos (CAMPOS, 2014, p. 167).

Por outro lado, o afastamento entre os Poderes faz com que juízes e cortes não compreendam ou ignorem as necessidades e a realidade institucional do Legislativo, do Executivo e da relação entre ambos, resultando em decisões impraticáveis ou inexecutáveis, no ponto de vista prático, “embora teórica e metodologicamente mais sustentável” (CAMPOS, 2014, p. 167), demonstrando a dualidade entre a atividade política institucional e a jurídica normativa.

#### *2.2.3.4 Ativismo judicial e afirmação de direitos*

O discurso contemporâneo dos direitos humanos, alicerçado na dignidade da pessoa humana, mostra-se terreno fértil para o ativismo judicial, principalmente pela sua natural discussão quanto às questões morais e éticas que o cercam.

Os conflitos dramáticos que envolvem os direitos fundamentais cercam os mais amplos interesses da sociedade, trazendo consigo uma carga valorativa e inevitavelmente política.

Em todos esses casos, trata-se, no fundo, da discussão acerca da própria legitimação do ordenamento jurídico diante desses direitos, o que requer, principalmente diante da indeterminação semântica e da alta carga valorativa das normas constitucionais envolvidas, esforço de justificação ética ou axiológica das decisões judiciais verdadeiramente cruciais (CAMPOS, 2014, p. 169).

Dessa forma, sem adentrar efetivamente na teoria do discurso que foi muito bem abordada pelo professor Anízio Pires Gavião Filho<sup>5</sup>, na obra “Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação” (2011), em diversas ocasiões, as cortes constitucionais, para firmar posições de liberdade e igualdade, realizam escolhas essenciais que guiaram o comportamento da sociedade e dos poderes políticos e, conseqüentemente, justificaram seu protagonismo na definição de tais questões essenciais.

---

<sup>5</sup> “A teoria do discurso formulada por Habermas, no mesmo sentido das teorias meta éticas até aqui discutidas, sustenta que os juízos de valor e de dever e, assim, que as proposições normativas, podem ser justificadas racionalmente no mesmo modo que as proposições empíricas descritivas, são passíveis de verdade. Apenas, a verdade das proposições descritivas corresponde à correção das proposições normativas. O ponto central da teoria do discurso é que questões práticas podem ser decididas de modo racional no âmbito de uma argumentação prática, desenvolvida a partir de uma ação comunicativa dirigida de acordo ou ao entendimento mútuo” (GAVIÃO FILHO, 2013, p. 90).

### 2.2.3.5 *Ativismo judicial e políticas públicas*

As tarefas das cortes e dos juízes ultrapassaram a simplória anulação de atos e leis referentes às políticas públicas definidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, passando à efetiva definição e concretização no lugar dos demais poderes instituídos.

Nesse ponto, Campos (2014, p. 171) cita o ativismo preponderante nas áreas da saúde, educação, sistema penal e outras, porém é esta última que representa um melhor exemplo, quando “Corte *Warren*”<sup>6</sup> aborda a garantia de acusados de crimes.

### 2.2.3.6 *Ativismo judicial e autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios*

Notadamente, as Cortes Constitucionais manipulam a ampliação jurisprudencial do “acesso à sua jurisdição” e de “seu espaço de atuação”, afastando, por interesse próprio, eventuais embargos procedimentais, com critérios definidos de legitimidade processual e de cabimento de ações e recursos (CAMPOS, 2014, p. 171). Mais importante do que quem é o sujeito processual, seria a relevância do tema posto em julgamento, mesmo que no atual cenário brasileiro a ordem beire a inversão.

Para esta dimensão, as cortes ampliam seu campo de atuação e seus poderes de decisão, formulando entendimentos que fortalecem o alcance das ações e recursos constitucionais, assim como a própria força vinculante de suas decisões, lembrando que tal prerrogativa decorre da Emenda Constitucional nº 45/2004, instrumento alcançado pelo Poder Constituinte Derivado.

### 2.2.3.7 *Ativismo judicial e superação de precedentes*

Para avançar em seus propósitos, os juízes ativistas não se vinculam a precedentes, mas sim, compreendem que o processo de superação faz parte de uma estratégia para “melhor desenvolver os significados adequados da constituição”. A escolha do exercício da flexibilidade da interpretação e da decisão

---

<sup>6</sup> “Referência à celebre Corte de Warren, responsável por verdadeira revolução constitucional no período de 1953 a 1969. Sua influência ultrapassa as terras norte-americanas. O Direito Constitucional atual, e não somente dos Estados Unidos, mas em todos os países que adotam o controle de constitucionalidade, não podem ser compreendido sem referência à produção desta Corte” (MORO, 2001, p. 337).

prepondera sobre a estabilidade, certeza e uniformidade do direito que proporcionaria respeito aos precedentes (CAMPOS, 2014, p. 172).

Nos Estados Unidos, forte no princípio *staredecisis*, os críticos acusam a prática de superar precedentes como exercício ilegítimo de ativismo judicial. Esta foi a crítica que conservadores lançaram contra a Corte Warren nos *Reapportionment Cases*, dentre outros; foi também a crítica que liberais fizeram na direção da Corte Rehnquist em sua cruzada conservadora dirigida a superar precedentes liberais da Corte Warren e é, atualmente, a crítica contra a Corte Roberts, principalmente em razão da decisão *Citizens United* (CAMPOS, 2014, p. 172).

Note-se que a superação dos precedentes como argumento de evolução de significados mais adequados abre espaço para a insegurança jurídica, ao mesmo passo que o engessamento ou conservadorismo impede que ocorra uma conformação da norma a determinado momento histórico não adequadamente compatibilizado, também gerando insegurança ou mesmo inexecutabilidade ou satisfação de determinado direito.

#### 2.2.3.8 *Ativismo judicial e maximalismo*

O maximalismo das decisões ativistas é o resultado da justificação decorrente das “formulações ambiciosas, extensas e profundas, além do necessário para fundamentar o resultado das decisões concretas” (CAMPOS, 2014, p.172).

Estas decisões são maximalistas no sentido de superar as questões teóricas e principiológicas do caso julgado para estabelecer amplas regras e princípios que dirimirão no futuro os resultados de outros casos também (CAMPOS, 2014, p. 172).

Essa ampliação guarda coerência com a necessidade de esforço retórico para vencer a posição preexistente (precedentes) que já traz uma carga argumentativa pretérita (GAVIÃO FILHO, 2013, p. 290), com o acréscimo de estabelecer regras e princípios que dirimirão casos semelhantes.

#### 2.2.3.9 *Ativismo judicial e partidarismo*

Talvez esta seja pior faceta possível do ativismo, pois se sabe que algumas decisões não se fundam em razões jurídicas, mas nas preferências político-partidárias dos juizes. Nesse sentido, Campos (2014, p. 173) apresenta o caso *Bush*

v. *Gore* como exemplo proeminente de decisão partidarista, onde a maioria da Corte Rehnquist dirigiu o resultado a favor do candidato (*Bush*) do partido (Republicano) que os nomeou para a suprema corte.

No Brasil, sem adentrar no mérito e na qualidade da posição de seus julgados, um mesmo partido político chegou a nomear 9 (nove) de 11 (onze) ministros do Supremo Tribunal Federal, o que, por certo, não se mostra saudável do ponto de vista do equilíbrio democrático.

#### *2.2.3.10 Ativismo judicial e a soberania judicial*

Sem adentrar exaustivamente no ponto específico, até mesmo pela reserva de capítulo próprio para análise da hipertrofia do Poder Judiciário e sua relação com os demais Poderes, cabe ressaltar as decisões judiciais que de “tão expansivas e ambiciosas” excluem os demais Poderes do processo de construção dos significados constitucionais (CAMPOS, 2014, p. 173).

Com esse mesmo fundamento, Larry Kramer acusa a Corte Rehnquist de se comportar como titular da palavra final, ou mesmo da única palavra, sobre o que significa Constituição (CAMPOS, 2014, p. 173), demonstrando a complexidade da dimensão.

#### *2.2.4 O ativismo judicial no Brasil*

A partir da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal deixa de ser apenas coadjuvante e passa a participar da formulação das políticas públicas e da condução do processo democrático, com importante alteração na sua posição frente aos demais Poderes. Historicamente o protagonismo centralizador sempre havia pertencido ao Poder Executivo, deixando o Poder Legislativo, que em todas as suas esferas nos níveis federativos sofre com crises funcionais e descrédito da população (CAMPOS, 2014, p. 28).

Entretanto, o protagonismo judicial brasileiro teve surgimento tardio, levando em conta os 127 anos de criação do Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup>, sendo que, em diversos momentos, sua atuação foi apenas no controle negativo de

---

<sup>7</sup> O Supremo Tribunal de Justiça, integrado por 17 juizes, foi instalado em 9 de janeiro de 1829, na Casa do Ilustríssimo Senado da Câmara, tendo subsistido até 27 de fevereiro de 1891.

constitucionalidade. Esse posicionamento conservador mostrou-se presente na Questão de Ordem levantada no Mandado de Injunção nº 107, de 23 de novembro de 1989, onde restou consagrada a tese, nas omissões constitucionais, de que o Poder Judiciário não teria atribuição constitucional para suprimi-la, não podendo agir como legislador positivo (VARGAS, 2014, p. 87).

Novamente, em 25 de outubro de 1990, o Supremo Tribunal Federal, na relatoria do Min. Celso de Mello, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 267, reafirmou a tese de que o Judiciário somente poderia atuar como legislador negativo (VARGAS, 2014, p. 87). Nesse sentido, em seu voto, o Min. Celso de Mello (1990, p. 195-196) afirma que:

O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos – e não de omissões – inconstitucionais, um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida à Corte, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política.

Entretanto, sem poder precisar o momento exato da mudança de postura, em face do processo lento e gradual da assunção de competências e do abandono do pensamento ortodoxo de autorrestrição, o Supremo Tribunal Federal passou a flexibilizar requisitos para propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) por entidades de classe e ampliou o controle de constitucionalidade dos pressupostos de urgência e de relevância das Medidas Provisórias, “minimizando as questões políticas” e declarando inconstitucionais as medidas carentes de urgência e relevância (CAMPOS, 2014, p. 247).

Não obstante, no início do século XXI, os temas mais predispostos à interpretação extensiva pela Corte orbitaram entre a dinâmica dos processos políticos e as grandes questões morais e sociais, momento em que o Judiciário passou a ocupar espaço privilegiado em relação aos demais Poderes. Exemplificando, no ano de 2004, por meio de interpretação criativa do art. 29, inciso IV, da Constituição, a Corte “cassou” a autonomia dos municípios de fixarem o número de vereadores dentro dos limites constitucionais (CAMPOS, 2014, p. 248). Essa intervenção, criativa no campo político, alterou a composição de milhares de

Casas Legislativas municipais por todo o país, respeitando apenas os mandatos ainda em vigor, servindo de orientação ao Tribunal Superior Eleitoral.

Em setembro de 2009, houve a publicação da Emenda Constitucional nº 58, que disciplinou matéria parecida, aplicando efeitos retroativos para as eleições do ano de 2008, sendo que a retroatividade foi cautelarmente suspensa pela Corte, por entendê-la inconstitucional (CAMPOS, 2014, p. 249).

Nesse contexto, Streck (2002, p. 51) aponta, ainda, o julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, que discutia a obrigatoriedade das instâncias inferiores acerca do decidido pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade<sup>8</sup>, quando houve mutação constitucional no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, que atribuiu ao Senado Federal a publicidade e não mais a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional.

Entretanto, analisando o acórdão da Reclamação nº 4.335/AC, mais especificamente o voto vencedor do Min. Teori Albino Zavascki, nota-se que a mutação se dá ao interpretar, com base na evolução da legislação constitucional (eficácia *erga omnes* e efeito vinculante do art. 102, § 3º, da CF) e infraconstitucional vinculando a não recepção de recursos aos precedentes do STF e STJ, assim referindo:

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema (ZAVASCKI, 2014, p. 11-14).

A decisão proferida, inegavelmente, é mutacional na medida em que modifica a posição histórica de passividade do Supremo Tribunal Federal, até então autolimitada na condição de legislador negativo, admitindo um posicionamento positivo em termos de busca da máxima efetividade do texto constitucional. Porém, em análise mais acurada, observa-se um limiar entre a interpretação conforme e contextual do que propriamente ativista, pois a Emenda Constitucional nº 45/2004 paramentou o STF com mecanismos legais autoaplicáveis – eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade e as súmulas vinculantes.

---

<sup>8</sup> *Leading case* o HC 82.959/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, j. 23.02.2006, sobre a vedação de progressão de regime aos crimes hediondos.

Com isso, se mantém integralmente a atividade legislativa de dar publicidade e suspender a execução da lei federal em todo o território nacional, sem que isso interfira no extravasamento do texto constitucional, representado uma conformação decorrente de um somatório normativo.

Por sua vez, em outubro de 2007, ocorre o julgamento paradigmático dos Mandados de Injunção nºs 270, 708 e 712, conhecidos como a “greve dos servidores públicos”, momento em que a Corte reconheceu, efetivamente, que era o momento de superar a doutrina da autorrestricção e utilizou o mandado como instrumento para suprir a lacuna constitucional, e o fez por decisão com eficácia *erga omnes* (CAMPOS, 2014. p. 247). Com esta mudança de postura, o STF, além do papel contramajoritário – de equilíbrio na relação entre os Poderes –, avança no atendimento dos anseios sociais e políticos em face da coalizão de incompetência dos demais Poderes, mas, em decorrência da complexidade de determinados temas, esbarra nos *dead locks* reservados ao Legislativo (CAMPOS, 2014. p. 29).

Uma vez chamado, o STF não tem se furtado ao julgamento de questões controvertidas complexas, que interferem em diversas áreas relevantes da vida política e social brasileira, que vão

[...] da titularidade de cargos eletivos até as condições de funcionamento parlamentar dos partidos políticos; desde a Reforma da Previdência até a guerra fiscal entre estados; desde a união homoafetiva até a licitude de aborto de fetos anencéfalos. Mas também decidindo a promoção de professores e a aplicação de multas por sociedades de economia mista (CAMPOS, 2014. p. 29).

Nota-se que o cardápio de intervenções do Tribunal é amplo e, em certos casos, diz respeito a decisões intervencionistas quanto as políticas públicas que, de regra, seriam de competência dos demais Poderes instituídos.

Nesses casos, para Campos (2014, p. 29), o ativismo está na resolução de questões postas a julgamento “por meio de um conjunto variado de práticas interpretativas e decisórias que são todas, igualmente, expansivas de seu novo espaço institucional”. Nesse contexto, além de suprir lacunas legislativas, a atuação jurisdicional “expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados”. Como resultado dessa interpretação há a modificação de sentido das leis e de outros atos normativos, sempre a pretexto de conformação frente à Constituição, ampliando os próprios poderes procedimentais e

os efeitos das suas decisões e interferindo na formulação e na aplicação de políticas públicas (CAMPOS, 2014, p. 29).

No mesmo sentido, Häberle (2011), célebre constitucionalista alemão e criador do *amicus curiae*, defende a posição afirmativa do Judiciário quando presentes questões sensíveis, as quais o legislador não estaria em condições de decidir, assim referindo:

O legislador parlamentar alemão, que eu cito aqui exemplificativamente, na maior parte das vezes não estaria em condições de decidir a questão das células-tronco e da proteção aos embriões. Então, provavelmente, o Tribunal Constitucional Federal tomaria a frente.

Por outro lado, Streck (2013, p. 22) contrapõe afirmando que “o problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o ‘bem’, seja para o ‘mal’”. O autor ainda ressalva que a realidade jurídica de Häberle é diversa da brasileira, principalmente pela adoção da política de valores da jurisprudência alemã, bem diferente da adotada no Brasil.

Ademais, o ativismo judicial foi reconhecido publicamente, no ano de 2008, pelo ministro Celso de Mello, o qual censurou as posturas de “passivismo judicial”, afirmando que “práticas de ativismo judicial tornam-se uma necessidade institucional diante da conveniente omissão ou retardamento excessivo pelo Poder Público no cumprimento de obrigações impostas pela Constituição”. O ministro reconheceu o ativismo como uma prática legítima “e necessária” (CAMPOS, 2014, p. 30), demonstrando comportamento afirmativo do Poder Judiciário.

Anote-se que a ideia não é a realização de um juízo valorativo entre o certo ou o errado, entre o melhor ou o pior entendimento, mas apenas trazer os matizes sobre determinados pontos doutrinariamente considerados ativistas e seus reflexos no âmbito decisório e das relações entre a Corte e os demais Poderes instituídos.

### **2.3 Sentenças interpretativas, ênfase nas decisões manipulativas**

Neste subitem analisam-se as origens, espécies e tipologia das sentenças interpretativas, em especial as sentenças manipulativas, e a forma utilizada na jurisdição constitucional, com especial destaque ao STF.

Destarte, importante é a conceituação ampla de Guastini (2003, p. 49-73) quanto às sentenças que decorrem da pronúncia na jurisdição constitucional e que versam sobre a possibilidade hermenêutica da lei, e não sobre o texto da lei em si. O autor apresenta uma classificação a qual as sentenças interpretativas comportariam um sentido lato e um sentido estrito. Em sentido lato, as sentenças interpretativas englobam interpretações estritas e decisões manipuladoras (ou manipulativas). As decisões interpretativas em sentido estrito, por sua vez, admitem a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial, sem redução de texto (sentença interpretativa de aceitação, ou de anulação, uma vez que, nesse caso, a Corte exclui/anula o sentido apresentado pelo texto da lei de maneira inconstitucional, aceitando, no entanto, outras possibilidades interpretativas).

Já nas decisões manipulativas, que são tipos de sentenças de aceitação, a Corte Constitucional não se limita a declarar a ilegitimidade de um ou outro sentido normativo, mas – comportando-se como um legislador – modifica diretamente o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo com a Constituição.

No mesmo sentido, estas decisões tomadas por interpretação da lei, não alcançando o seu sentido literal, mas atribuindo valor não contido na norma ou mesmo excedendo, são consideradas decisões manipulativas.

Nas lições de Brust (2009, p. 509), conceitua-se a diferença entre sentença de interpretação conforme e sentença manipulativa da seguinte forma:

Na interpretação conforme a Constituição “propriamente dita” o julgador escolhe entre interpretações alternativas existentes no conteúdo normativo do preceito legal e preserva o seu texto. Por isso, e só por isso, ela pode produzir tanto sentenças de constitucionalidade como as de inconstitucionalidade.

A sentença manipulativa tem como ponto de partida a interpretação conforme, mas tomando-a num sentido mais amplo (*lato sensu*), o julgador tem condições de ir muito mais além e produzir sentenças que afetam o próprio conteúdo normativo complexo do preceito, reduzindo-o, aumentando-o e, até mesmo, substituindo-o. Essa possibilidade levou os italianos a chamá-las de manipulativas.

Quanto a possibilidade de interferência do Judiciário na competência de outro Poder instituído, em função da interpretação da sentença, Brust (2009, p. 515) pondera que:

Com a interpretação conforme a Constituição tomada em seu sentido estrito ou originário, o Tribunal não adiciona sentido ao texto legal. Limita-se a escolher as opções constitucionais entre as interpretações alternativas

emergentes do texto legal, dando origem à sentença interpretativa de improcedência (no Brasil, de constitucionalidade). Quando o Tribunal, com base na Constituição, adiciona sentido ao texto legal (ou o reduz ou substitui) está em realidade ditando uma sentença manipulativa. Essa sentença também parte da interpretação conforme (*lato sensu*), mas vai mais além, porque modifica o próprio conteúdo normativo complexo do preceito. E isso pode se refletir, eventualmente, numa indevida invasão da competência de outro órgão de soberania, mais especificamente, do Poder Legislativo.

No mesmo sentido, Llorente (1997, p. 491), embora reconheça a agilidade trazida pela sentença manipulativa, esta representa uma invasão do Poder Judiciário na esfera dos demais Poderes:

A sentença manipulativa pode ser aplaudida por quem vê nela a única via razoavelmente rápida para acomodar aos valores constitucionais ordenamentos inspirados em princípios bem distintos, mas violenta ao máximo o sistema de divisão de poderes, que é o fundamento mesmo de toda a arquitetura constitucional.

Existem dois tipos fundamentais de sentenças manipulativas: as sentenças aditivas e as sentenças substitutivas. As primeiras são aquelas nas quais a Corte adiciona um sentido adequado constitucionalmente, porém não contemplado pelo texto da lei, enquanto nas segundas opera-se uma substituição da determinação contida no texto da lei, pela decisão normada pelo Tribunal a partir do texto constitucional. Nesse contexto, Leal (2005, p. 101) define as sentenças substitutivas como aquelas em que o Tribunal declara “a inconstitucionalidade de uma lei, pelo fato de ela prever uma determinada coisa ao invés de outra”. Já nas aditivas, a Corte julga procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal que omite o regramento que deveria conter, deixando de prever algo.

### 2.3.1 Origens das sentenças manipulativas

As sentenças manipulativas, também conhecida na doutrina portuguesa como *intermédia* e na italiana como *decisioni manipolative*, têm origem no Direito Italiano, mais precisamente da *Sentenza nº 24, de 1957* (VARGAS, 2014, p. 90). Podem ser definidas como modalidade de decisões de controle de constitucionalidade que, em alguma proporção, importam na interferência sobre o conteúdo normativo dos dispositivos legais fiscalizados, impondo aos destinatários condicionantes interpretativas ou de efeitos, em detrimentos de outros, *prima facie*, que deles também poderiam extrair tais interpretações (RAMOS, 2010, p. 209).

Por sua vez, Vega (2003, p. 226) refere a existência de múltiplos fatores que contribuíram para que as sentenças manipulativas se tornassem uma característica típica do sistema constitucional da Itália. Sendo que os fatores de influência podem ser distinguidos em técnico-jurídicos e político-normativos.

Dentre os fatores técnico-jurídicos encontram-se: a) a necessidade de interpretar o disposto no artigo 136.1 da Constituição, prescrevendo que a lei declarada inconstitucional “deixa de ter eficácia no dia seguinte ao da publicação da decisão”; b) a ausência de efeito *erga omnes* e de eficácia vinculante das sentenças interpretativas de rejeição; c) a possibilidade de evitar que a decisão proferida pela corte constitucional ocasione vazios no ordenamento a partir de decisões autoaplicativas (VEGA, 2003, p. 226-229).

Em contraposição, os fatores político-institucionais seriam: a) a existência de uma Constituição com forte carga programática; b) a continuidade de um ordenamento jurídico infraconstitucional com fortes resquícios do período autoritário do fascismo; c) a ineficácia do parlamento em dar uma resposta em tempo socialmente adequado às demandas de atuação da Constituição; d) a necessária adequação do ordenamento legal preexistente à ordem constitucional vigente; e) a ausência de mecanismos de tutela direta de direitos fundamentais, tal como o recurso de amparo espanhol ou a reclamação constitucional alemã – *Verfassungsbeschwerde* (ISRAEL, 2014, p. 17).

Além desses fatores, sublinha-se o fato de a Corte Constitucional italiana, diversamente de outros tribunais europeus, não se preocupar em esconder ou dissimular o poder criativo, ou construtivo, existente na interpretação judicial do direito (SANCHEZ, 1998, p. 306). Esse posicionamento proativo foi moldado gradualmente na necessidade jurisdicional de resolver casos difíceis, em que a aplicação das técnicas de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, até então existentes, mostravam-se inadequadas ou contrárias aos postulados da segurança jurídica e da proporcionalidade (VARGAS, 2014, p. 90).

A superação das sentenças binárias com a criação de novas técnicas, adotando diversas variações terminológicas e classificações, teve uma maior influência nas Cortes constitucionais italiana, portuguesa, espanhola e alemã, constituindo-se em uma realidade já assentada na jurisdição constitucional europeia (VARGAS, 2014, p. 90) que somente vem confirmar a tomada de posição pelo Judiciário.

### 2.3.2 Classificações das sentenças manipulavas

Para Blanco de Moraes (VARGAS, 2014, p. 92), as sentenças manipulativas ou intermédias, são gêneros da qual decorrem três espécies: “i) modulação temporal da eficácia decisional ou eficácia do direito objeto de julgamento; ii) decisões interpretativas condicionais (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, as de rejeição); iii) decisões com efeitos aditivos”.

Ressalva-se que a Constituição portuguesa, no art. 282, nº 4, prevê a possibilidade de o tribunal modular os efeitos de suas decisões e a respectiva hipótese de incidência, sendo que o mesmo não ocorre no constitucionalismo brasileiro como norma originária. No Brasil, o efeito modulatório está previsto no parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/99, obviamente tratando-se de norma infraconstitucional.

No direito italiano, o uso das sentenças manipulativas, que remonta o ano de 1957, dividiu-se, segundo classificação de Ramos (2010, p. 211), em sentenças manipulativas no sentido amplo (sentenças interpretativas) e sentenças em sentido estrito (aditivas e substitutivas). A autora explica, utilizando-se do processo hermenêutico, que, em algumas interpretações, a norma estará conforme e, em outras, em desconformidade com a Constituição, cabendo ao julgador optar por aplicar o significado harmônico ou excluir a parte em desconformidade, quando se estará diante da sentença manipulativa do tipo interpretativa, as quais poderão ser de rejeição (ou interpretação conforme) e as de acolhimento (ou de inconstitucionalidade parcial qualitativa, sem redução de texto).

Por sua vez, as sentenças manipulativas no sentido estrito substitutivas declaram “a inconstitucionalidade de uma lei, pelo fato de ela prever uma determinada coisa ao invés de outra”. Nas sentenças manipulativas no sentido aditivas, “a Corte constitucional julga procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal que omite o regramento que deveria conter, ou seja, declara inconstitucional a parte que a lei deixa de prever algo” (RAMOS, 2010, p. 219).

No Brasil, Vargas (2014, p. 91) apresenta a sistematização formulada por José Adércio Leite Sampaio, segundo a qual as sentenças manipulativas formuladas que podem ser assim divididas:

Sentenças normativas. Nessas espécies de decisões normativas, o Tribunal empreende a criação de uma norma geral e vinculante. Podem ser: a) aditivas; a1) aditivas de princípios e a3) substitutivas.

a1) sentença normativa aditiva. Nestas, há um alargamento da abrangência do texto legal em virtude da criação de uma regra pela própria decisão.

a2) sentença normativa aditiva de princípios. O tribunal adiciona um princípio deixando a criação da regra pelo legislador.

a3) sentença normativa substitutiva. O tribunal declara a inconstitucionalidade de uma norma na parte em que contém uma prescrição em vez de outra ou profere uma decisão que implica em substituição de uma disciplina contida no preceito constitucional.

b) Sentenças transitivas ou transacionais. Nelas há uma espécie de transação com supremacia da Constituição. Podem ser divididas em: b1) sem efeito ablativo; b2) com efeito ablativo; b3) apelativas e b4) de aviso.

b1) sentença transitiva sem efeito ablativo: a declaração de inconstitucionalidade não se faz acompanhar da extirpação da norma do ordenamento jurídico, se houve possibilidade de se criar uma situação jurídica insuportável ou de grave perigoso orçamentário.

b2) sentença transitiva com efeito ablativo. Nesse caso, a decisão que declara a inconstitucionalidade com possibilidade extirpar a norma ou seus efeitos do ordenamento jurídico, mas efetuando a modulação temporal dos efeitos da decisão.

b3) sentença transitiva apelativa. Trata-se de declarar a constitucionalidade da norma, mas assentando um apelo ao legislador para que adote providências necessárias destinadas que a situação venha a se adequar, com a mudança de fatos, aos parâmetros constitucionais.

b4) sentença transitiva de aviso. Nesse tipo de decisão há um prenúncio de uma mudança de orientação jurisprudencial que não será aplicado ao caso em análise.

Entretanto, objetivando traçar um fio condutor entre a mutação constitucional e o ativismo judicial, utilizando-se das sentenças normativas aditivas como veículo de publicização da carga interpretativa, o estudo se limitará a breve conceituação das sentenças manipulativas aditivas, aditivas de princípio e substitutivas.

### *2.3.2.1 Sentença manipulativa aditiva*

A sentença manipulativa aditiva apresenta-se como técnica decisória que declara a inconstitucionalidade de parte do texto normativo, a qual não dispõe de algo que deveria prever para se conformar com a Constituição; e, ao mesmo tempo, como resultado dessa declaração, amplia-se o conteúdo da norma impugnada.

Por meio da sentença aditiva, a Corte Constitucional intervém para declarar inconstitucional “uma disposição na parte em que não prevê uma certa coisa quando deveria prever para ser conforme com a Constituição” (GUASTINI, 1990, p. 136); para declarar “inconstitucional a disposição normativa ‘na parte em que não’ prevê algo que deveria prever” (ZAGREBELSKY, 1977, p. 655).

Na mesma direção Brust (2014, p. 511-512) assevera que:

[...] sentença aditiva indica que um preceito é inconstitucional enquanto não estabelece..., ou não prevê..., ou omite..., ou não inclui..., ou exclui..., algo que deveria incluir para ser conforme a Constituição. A disposição é conservada em sua totalidade, mas passa a significar também o sentido omitido (norma) que a tornava ilegítima. Isto é, o Tribunal produz uma nova norma e a adiciona à disposição para convertê-la em constitucional, porque esse tipo de sentença tem sua causa numa omissão da lei.<sup>12</sup> Comparando-a com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, Canas (1994: 93) é definitivo: “enquanto ali o que se verifica é uma violação por ação pelo autor da norma, que dispõe o que não deveria, aqui a norma diz menos do que deveria dizer.

Note-se que o que é considerado inconstitucional é a deficiência de previsão textual, a falta de algo. Levando em conta esse pressuposto, a decisão de inconstitucionalidade, segundo Israel (2014, p. 21):

[...] atinge uma norma (ideal) negativa atribuída à disposição normativa pelo intérprete. No entanto, com a eliminação desse obstáculo (implícito), a norma passa a expandir seus efeitos, de modo a resultar do juízo constitucional com um âmbito normativo mais extenso.

A sentença aditiva, assim considerada, passa a funcionar como instrumento de correção à deficiência normativa considerada constitucionalmente não conforme pela corte e, ao mesmo passo, impõe eficácia normativa expansiva do que aquele que era atribuível à disposição normativa antes da decisão (ELIA, 1985, p. 302; LAVAGNA, 1973, p. 669). Assim, a sentença aditiva ocasiona a expansão ou extensão do conteúdo normativo, passando a conter no dispositivo algo não expressamente previsto no texto, com finalidade de conformação com a determinação explícita ou implícita da Constituição.

Conforme já ressaltado, a sentença aditiva tem caráter binário ou bilateral, posto que em um primeiro momento se declara a inconstitucionalidade da norma e, a seguir, na mesma disposição, complementa indicando a norma que preenche a lacuna do texto impugnado, reconstruindo-o de modo a conformar-se com a Constituição (ELIA, 1985, p. 304; MORAIS, 2005, p. 370).

Quanto às sentenças aditivas apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal, Brust (2014, p. 525) apresenta os seguintes exemplos:

(a) ADI 939, Sydney Sanches, j. 15.12.1993, DJ 18.03.1994 – nessa sentença o STF declarou a inconstitucionalidade, sem redução de textos, dos artigos 3º, 4º e 8º da Lei Complementar 77/1993. Contudo, ao menos em relação ao art. 3º houve uma adição de sentido, pois ele é inconstitucional enquanto não inclui as pessoas jurídicas de Direito Público e as demais entidades ou empresas referidas no art. 150, VI CFB entre as isentas de incidência de IPMF; (b) ADI 2979, Cezar Peluso, j. 15.04.2004,

DJ 04.06.2004 – o Tribunal usou a expressão desde que se subentenda que, mas poderia ter usado enquanto não inclui a necessidade de que exista cargo vago na classe ou nível superior, para que a promoção possa ser efetivada.

A técnica das sentenças normativas aditivas, sem adentrar no mérito da legitimidade representativa da extensão do julgado ou a sobreposição dos Poderes, permite o controle da deficiência legislativa e da omissão do legislador pelo Judiciário, que, no entendimento da Corte, esteja em desconformidade com a Constituição.

### 2.3.2.2 A sentença aditiva de princípio

No final da década de 1980, na Itália, nasce a sentença aditiva de princípio, caracterizada pela declaração de inconstitucionalidade da disposição normativa na parte em que não há determinada hipótese prevista, substituindo a lacuna normativa pela adoção de princípios ou diretrizes de orientação ao legislador na elaboração da lei, ou mesmo aos juízes na decisão do caso concreto (CERRI, 1994, p. 97; SANCHEZ, 1998, p. 292).

A Corte, utilizando-se da sentença aditiva de princípio, não atua na forma criativa, construindo a norma a ser transferida para o ordenamento jurídico, apenas direciona o legislado (ou ao juiz ordinário) quanto a interpretação para determinado caso concreto, harmonizando com a Constituição (SILVESTRI, 1981, p. 1716). Nobre Junior (2006, p. 123) assim reforça a diferença entre a sentença aditiva e a aditiva de princípios:

Por isso, não há que se equiparar tal atividade à legislação. O complemento introduzido pelas decisões em exame, além de efeito indireto da declaração de inconstitucionalidade, não deriva de pura imaginação da Corte Constitucional, mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais, cuja descoberta advém do engenho daquela. Perfilha o juiz constitucional, apenas e tão-só, solução constitucionalmente obrigatória, ou, para utilizar expressão cunhada para tanto, decide-se a rime *obbligate*.

Em contraponto a sentença aditiva, essa técnica pressupõe a eliminação de uma norma de exclusão implícita. A Corte, no entanto, abstém-se de proceder diretamente à reparação do vazio legislativo, formulando um princípio ou mesmo um critério diretivo para a reconstrução da norma excluída (MORAIS, 2005, p. 398-399).

A utilidade da sentença aditiva de princípio, portanto, é nortear o legislador no preenchimento da omissão identificada na decisão de inconstitucionalidade, assim como permitir que o juiz ordinário decida a controvérsia concreta até que sobrevenha a intervenção legislativa. Ela, portanto, evita que o Judiciário fique a dependente da resposta a ser dada pelo Legislativo – o que ocorre com as sentenças de advertência ou de apelo ao parlamento –, sem vincular completamente à atividade do legislador.

### 2.3.2.3 A sentença substitutiva

A técnica de decisão pela via da sentença substitutiva consiste em declarar a inconstitucionalidade da disposição normativa na parte em que prevê determinada coisa, em vez de outra que deveria prever para estar em conformidade com a Constituição. Opera-se, por conseguinte, no quadro da orientação interpretativa do órgão judicial, a substituição da norma atribuída à disposição normativa por outra que esteja em consonância com a interpretação dada à Constituição (ISRAEL, 2014, p. 31).

A sentença substitutiva define-se como a decisão da Corte que declara a inconstitucionalidade de uma disposição normativa “enquanto prevê, ou na parte em que prevê, uma certa coisa ‘em vez de’ outra, que deveria prever para ser conforme a Constituição” (GUASTINI, 1990, p. 136). Nesse tipo de decisão a “corte não se limita a censurar uma disposição normativa na parte em que não contempla uma certa hipótese, mas na parte em que prevê certo resultado em vez de outro” (CERRI, 1994, p. 99). Dessa forma, a sentença substitutiva representa o auge da manipulação e da criatividade do juízo constitucional (CERRI, 1994, p. 99; SANCHEZ, 1998, p. 297).

Em suas palavras, Brust (2014, p. 177) define a sentença manipulativa substitutiva como:

[...] aquela em cujo dispositivo se afirma que o preceito é inconstitucional enquanto prevê...algo, no lugar de outra coisa que deveria prever para ser constitucional. O Tribunal substitui parte do conteúdo normativo derivado do texto legal por outro diverso, que a seu juízo converte a norma em constitucional.

O autor ainda assevera que o uso das sentenças manipulativas substitutivas é menos frequente e mais polêmico, dado o grau de intervenção realizada no conteúdo normativo do preceito, que se acerca a de um legislador positivo de fato (BRUST, 2014, p. 177).

### **3 A HIPERTROFIA DO PODER JUDICIÁRIO E A CRISE ENTRE OS PODERES: DA BUSCA PELO SOBERANO À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

O capítulo que se inicia traz uma breve análise crítica à teoria do soberano e do súdito, desenvolvida Thomas Hobbes, que alude à busca por um poder efetivamente soberano, não sujeito a controles ou regras, sem qualquer vinculação a teoria da repartição dos poderes de Montesquieu, fazendo apenas referência à sua sobreposição dentro de determinada ordenação (Estado), que, nos dias atuais, aproxima-se ao fenômeno da hipertrofia do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes instituídos.

Tal protagonismo não se deu de forma estanque, mas como resultado da evolução constitucional e da própria instrumentalização gradual e progressiva, muitas delas conferidas tanto pelo constituinte originário, a exemplo da Constituição de 1988, como pelo constituinte derivado, principalmente em questões ligadas ao controle de constitucionalidade e à extensão de seus efeitos (contra todos e vinculante).

Essa “instrumentalização” da Corte, aproximando-se a adoção de um sistema de precedentes norte-americano (*stare decisis*), aplicado ao direito de influência romano-germânica, retoma a importância da análise da teoria do discurso de justificação e do discurso de aplicação para a vinculação decisória, como forma de controle e validade da atividade judicial dentro do sistema legal brasileiro (*civil law*).

O somatório de fatores ligados ao protagonismo, à instrumentalização do Poder Judiciário e ao afastamento da fundamentação decisória racional dentro de um quadro normativo, atinge seu ápice – isso considerando o atual momento do estudo – na judicialização de políticas públicas e na clara superposição de poderes, levando ao atual estado juristocrata, fazendo-nos retomar a teoria disposta por Hart e questionar quem de fato é o soberano?

#### **3.1 A teoria do poder soberano: contribuição de Hart**

Ao criticar o modelo simples do Direito apenas como ordens coercitivas, Hart (2012, p. 67-102) afirma que em qualquer sociedade regida por leis há a figura do soberano, caracterizando-se, de forma positiva ou negativa, pela existência de uma

pessoa, ou um grupo de pessoas, cujas ordens são atendidas por grande parte desta sociedade e que “não obedece a nenhuma outra pessoa ou pessoas”.

Essa conceituação enquadra-se na teoria da soberania apresentada por Hart (2012, p. 62), segundo a qual:

[...] em toda a sociedade humana em que exista direito, encontraremos em última instância, latente sobre a variedade das formas políticas, tanto numa democracia como numa monarquia absoluta, essa relação simples entre súditos, que prestam obediência habitual, e um soberano, que não obedece habitualmente a ninguém.

A existência de uma sociedade, em conjunto com o seu soberano, forma um Estado único e independente, essencial para a existência do Direito, onde pertence ao soberano a formulação de regras e ao súdito o seu cumprimento.

Hart (2012, p. 68) apresenta dois aspectos principais da doutrina, sendo o primeiro “à ideia de um hábito de obediência”, que é o esperado daqueles a quem a lei é destinada pelo soberano, que em suas palavras descreve o hábito como a “continuidade da autoridade de legislar” e “a persistência das leis por longo tempo após ter desaparecido quem as elaborou e os que lhe obedeciam habitualmente”, dando uma ideia de continuidade e estabilidade.

Porém, há aspectos que diferenciam um hábito e uma regra, os quais merecem menção. Em relação ao hábito da obediência, mesmo havendo uma convergência geral ou a identidade de comportamento, estes não são suficientes para configurar a existência de regra de comportamento, sujeitas a pressões no sentido de se conformar aos desvios sociais ou mesmo às ameaças decorrentes. Havendo uma razão justificante, o desvio do padrão, em grande parte, é aceito. Existirá, ainda, uma minoria resistente a se conformar com a regra como padrão para si e para os outros. Por fim, há o aspecto interno das regras, o qual exige uma atitude crítica em relação a certos tipos de comportamentos naturalmente esperados dentro desta coletividade (HART, 2012, p. 75).

O fato de uma regra ser aceita por uma sociedade, em determinado momento histórico, não significa a sua perpetuação, de modo que, por diferentes maneiras, pode ocorrer modificações: seja através de uma revolução, ou por outros fatores a sociedade pode deixar de aceitar a regra, mesmo na vigência do mandato de um soberano ou de uma legislatura. Ressalta-se, também, que os hábitos de obediência de cada um, numa sucessão de legisladores, não bastam para explicar os direitos de

um sucessor à sucessão, nem a conseqüente continuidade do Poder Legislativo. Primeiro, porque os hábitos não são normativos, isto é, “não podem outorgar direitos nem conferir autoridade a ninguém” (HART, 2012, 79). Segundo, porque os hábitos de obediência de um indivíduo podem não referir-se a uma categoria ou sequência. Assim, o fato de se prestar obediência habitual “a um legislador não fundamenta nem a afirmação de que o seu sucessor tem direito a criar direito, nem a afirmação factual de que será provavelmente obedecido” (HART, 2012, 79).

No caso, Hart (2012, p. 68), critica o poder soberano sem uma ideia conceitual da separação dos poderes, mas como sendo aquele em que “não há limites jurídicos a ele”, cujo poder de legislar é possível fazer concessões à opinião pública, principalmente em decorrência do receio dos efeitos que tal omissão poderá advir (possível revolta). Justamente deste receio nasce o limite ao soberano, mas nota-se que não é um limite jurídico como já referido.

O soberano não está sujeito a nenhum dever legal que limite seu poder de legislar, e os tribunais, ao decidirem se tem diante de si uma lei do soberano, não considerariam válido o argumento de que a divergência da lei em relação às exigências da opinião pública ou da moral impede que seja considerada lei – a menos, é claro, que houvesse uma ordem do soberano nesse sentido (HART, 2012, p. 88).

Ainda, para poder sustentar a teoria do poder soberano imune a limitações, na maioria dos países que adotam limitações jurídicas ao poder de legislar, esta restrição decorre da existência de uma constituição com limitações “substantivas” que se diferenciam das meras prescrições formais sobre a função legiferante (HART, 2012, p. 94).

Entretanto, o que importa para o tópico na contribuição crítica de Hart (2012), está na concepção da identidade do soberano, no caso, quem está de fato acima da lei ou não sofre nenhuma limitação jurídica. Tal concepção, trazida da teoria para a atual sistemática jurídica brasileira, demonstra que não há o enquadramento do Poder Legislativo, o qual sofre uma crise severa de credibilidade, cujo descrédito é automaticamente transferido para o resultado da sua produção normativa, sem considerar a intervenção do Poder Judiciário no controle de seus excessos e na complementação de suas omissões.

No mesmo sentido, ainda que o Poder Executivo se utilize do subterfúgio das Medidas Provisórias e Decretos, o mesmo controle jurídico de legalidade aplicado ao Legislativo lhe alcança, sem considerar-se os decisionismos que adentram as

execuções diretas de políticas públicas, em especial decisões afetas a saúde e educação.

Então, se pode chegar à conclusão de que o soberano poderia ser identificado com o eleitorado de um estado democrático, principalmente pela sua influencia, o que também não seria defensável, pois se aplicada a teoria na forma como concebida, aceitar-se-ia que uma “massa da sociedade” obedece habitualmente a si mesma. Nesse sentido Hart (2012, p. 99), descreve que:

Em tais casos, se tentarmos considerar o eleitorado como soberano e aplicarmos a ele as definições simples da teoria original, estaremos afirmando que a “massa” da sociedade obedece habitualmente a si mesma. Assim, a imagem inicial, clara, de uma sociedade dividida em dois segmentos - o soberano, isento de limitações jurídicas, que dá ordens, e os súditos, que obedecem-no habitualmente - dá lugar à imagem indistinta de uma sociedade na qual a maioria obedece às ordens dadas pela própria maioria ou por todos. Evidentemente, não temos aqui nem “ordens” no sentido original (expressão de uma intenção de que “os outros” ajam de certa forma), nem “obediência”.

Assim, perigosamente, se pode concluir que as decisões proferidas pelos tribunais, que ao se afastarem da atividade de autorrestricção, passando as decisões manipulativas aditivas de cunho normativo, e sabidamente suscetível à opinião pública, ainda que contramajoritário nato passe a assumir um protagonismo destinado ao soberano, sendo que contra ele, ao dizer a última palavra e impor a sua decisão “contra a todos” (*erga omnes*), estaria isento das limitações normativas, as quais, ainda que em tese, deveria submeter-se.

### **3.2 A Constituição Federal de 1988 como marco da instrumentalização do Supremo Tribunal Federal**

A partir da análise histórica, tem-se a Constituição Federal de 1988 como marco das profundas transformações do Direito Constitucional contemporâneo brasileiro, o qual foi “capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado Democrático de Direito” (CAMPOS, 2014, p. 232), propiciando um longo período de estabilidade institucional ao país.

As duas grandes marcas trazidas pela Carta de 1988, na acepção de Campos (2014, p. 232-233), foram o “amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, datados de força axiológica e normativa, e a expansão e fortalecimento da jurisdição

constitucional e dos poderes decisórios do Supremo”. Segundo o autor, ao mesmo passo em que a Constituição adotou um modelo político longe de ser majoritário, criou mecanismos de limitação às decisões das majorias, particularmente em relação aos direitos fundamentais, regulando espaço primordial da vida política, e conferiu ao Supremo, órgão contramajoritário, a guarda da garantia e validade destes limites. Para isso, a Constituição concebeu grande gama de instrumentos e competências, dando início a concentração de poderes decisórios à sua jurisdição (CAMPOS, 2014, p. 232).

O Supremo Tribunal foi declarado expressamente o guardião da Constituição (artigo 102, *caput*), ditado de campo catálogo de competências originários: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI) (artigo 102, inciso I, alínea a), inclusive com pedido liminar (art. 102, inciso I, alínea p), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (artigo 102, § 2º), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (artigo 102, parágrafo único), a atribuição de *status* de ação constitucional à reclamação para a preservação da competência da Corte e garantia da autoridade de suas decisões (artigo 102, inciso I, alínea l), o mandado de injunção em face da omissão de norma regulamentado que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 5º, inciso LXXXI), *habeas corpus* (artigo 102, inciso I, alínea i), mandado de segurança e *habeas data* contra atos de autoridades sujeitas à sua jurisdição (artigo 102, inciso I, alínea d). O controle difuso foi mantido (artigo 102, inciso III, alíneas a, b e c) (CAMPOS, 2014, p. 233).

A Carta Constitucional promoveu uma ampliação de competências do Supremo, não se limitando apenas ao controle de constitucionalidade, inclusive em face das omissões legislativas. Campos (2014, p. 233) destaca a modificação no rol dos legitimados à propositura da ADI, que na Constituição anterior previa apenas o monopólio da provocação através do Procurador-Geral da República, subordinado ao Presidente da República, a quem cabia a decisão sobre os temas que seriam levados à Corte, acabava por condicionar a agenda do Supremo com os interesses do Chefe do Executivo.

Mais tarde, o sistema de controle de constitucionalidade recebeu importante atualização com a implementação da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), através da Emenda Constitucional nº 3, de 07 de março de 1993, ao lado das demais formas de controle concentrado de normas, que teve como intenção a redução de futuras demandas contra a União que buscassem questionar a

constitucionalidade de medidas adotadas pelo governo, agindo de modo preventivo (CUNHA, 1995, p. 148).

Tal figura processual constitucional, sem similaridade no Direito Comparado, com finalidade de expungir a insegurança jurídica das normas infraconstitucionais em face da própria Constituição, trouxe como novidade “a eficácia contra todos e efeito vinculante” (art. 102, 2º, CF). Tal previsão logo chamou a atenção da doutrina para a violação à separação dos Poderes, ao acesso à justiça, ao contraditório e a ampla defesa, resultando na proposição da ADI nº 913, que acabou por ser extinta em face da ilegitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) para sua proposição (SILVA, 2013, p. 14).

Não obstante, no julgamento da primeira ADC<sup>9</sup> pelo Supremo Tribunal Federal, por questão de ordem, relatada pelo Min. Moreira Alves, houve a análise de sua constitucionalidade, a qual foi firmada pela Corte, restando apenas a discussão quanto ao termo “efeito vinculante”, já que a eficácia *erga omnes* é historicamente conhecida. Desta feita, mesmo antes da profunda modificação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, legislações emanadas pelo legislador ordinário regulamentaram as ADI (Lei nº 9.868/99), ADC e ADPF (Lei nº 9.882/99), expandindo o poder decisório para além do contido na própria Constituição, inclusive alguns já recusados pela Corte em outras decisões (CAMPOS, 2014, p. 235).

Em seu art. 27, a Lei nº 9.868/99 previu, além da declaração de inconstitucionalidade, a possibilidade de modular o efeito temporal das decisões de mérito das ADC e ADI, passando a ser amplamente utilizado, inclusive em sede de controle difuso. Tal atribuição fez com que o instituto fosse reconhecido como decisão com atribuição político-normativo substancial, na medida em que concedeu ao Supremo a possibilidade de temperar a aplicação de leis inconstitucionais, atendendo aos preceitos indeterminados de “segurança jurídica” e “interesse social”.

Dando seguimento aos processos políticos formais de *empowerment* da Corte, a Emenda Constitucional nº 45/2004 promoveu profunda reforma em diversos pontos que dizem respeito ao Poder Judicial, inclusive no tocante ao controle de constitucionalidade, ampliando o rol de legitimados para a promoção da ADC, passando aos mesmos legítimos a propositura da ADI, além de promover a eficácia

---

<sup>9</sup> STF, ADC-QO 1, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 16.06.1995.

vinculante das decisões das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (CF, art. 102, § 2º) (CAMPOS, 2014, p. 237).

Outros pontos importantes, marcando uma adoção atípica do sistema de precedentes de origem do *common law*, houve a previsão do instituto da “súmula vinculante” (CF, art. 103-A) e a “repercussão geral” como requisito autônomo de admissibilidade recursal na seara do controle difuso (CF, art. 102, § 3º). Em especial, no que diz respeito à súmula vinculante, o Constituinte Derivado conferiu ao STF, de ofício ou por provocação, poder para que possa aprovar “súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (CF, art. 103-A), mediante a decisão de dois terços de seus membros, desde que precedidas de reiteradas decisões da Corte sobre o mesmo tema.

Nota-se que a decisão proferida em sede de súmula vinculante apresenta características próprias do exercício de criação judicial do direito, editando normas de caráter geral e abstratas, dotadas de eficácia vinculante, que somente podem ser revistas pelo Poder Legislativo e revistas e canceladas pelo Poder Judiciário. Nas palavras de Campos (2014, p. 238) “trata-se, a toda prova, da atribuição de significativo poder político-normativo ao Supremo para ditar normas de natureza escancaradamente legiferante, que vincula o Estado-administração às demais instâncias judiciais e a própria sociedade”.

### **3.3 A adoção do sistema de precedentes pelo Supremo Tribunal Federal**

Importante refletir o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade na concepção influenciada por Rui Barbosa, concebida nos moldes norte-americano (*judicial review*), porém sem a adoção do *stare decisis*, instrumento típico do modelo *common law*, não utilizado pelo modelo de tradição romano-germânico (SILVA, 2013, p. 15).

O modelo formulado pelo *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido) considera a aplicação da decisão judicial na solução de casos semelhantes e que venha a ser decidido da mesma forma (RE, 1994, p. 281-287) como verdadeiro efeito vinculativo e não apenas o *dead law* (lei morta), decorrente da eficácia *erga omnes* da declaração de

inconstitucionalidade (CAPPELLETTI, 1999, p.81). Entretanto, tal efeito não se dá de forma automática, sempre havendo necessidade de se examinar “se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um *dictum*”. No caso, somente os fundamentos da decisão possuem força vinculante e o *dictum* uma opinião, servindo os precedentes para decidir casos passados e a sua aplicação em casos futuros é incidental (STRECK; ABOUD, 2014, p. 33).

Tudo isso pode ser resumido no seguinte enunciado: precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas (ou ementários em geral, coisa muito comum em *terrae brasilis*), ao contrário, são enunciados “gerais e abstratos” características presentes na lei - que são editados visando à “solução de casos futuros” (STRECK; ABOUD, 2014, p. 34).

Assim, a Corte brasileira, ao adotar a “eficácia contra todos e o efeito vinculante” concebida pela Emenda Constitucional nº 3/93<sup>10</sup>, ainda que sem correspondência ao *stare decisis* na forma concebida no *common law*, “estende os efeitos da própria decisão para todos os órgãos e entidades submetidas à aplicação da lei” (SILVA, 2013, p. 16), sem que para isso exija a edição de qualquer ato normativo pelo Senado Federal para a suspensão da lei ou ato declarado inconstitucional.

Entretanto, o efeito vinculante vai além da mera suspensão da lei ou ato, obrigando todos os tribunais e autoridades administrativas, fazendo com que a decisão judicial divirja da lei apenas quanto aos seus motivos determinantes, facilitando o atendimento da ordem constitucional, atuando com um verdadeiro papel político-institucional. Todavia, Streck e Abboud (2014, p. 34) chamam a atenção para a existência de um “pós-lei” na adoção do efeito vinculante dos precedentes:

A dogmática jurídica inserida no senso comum teórico pretende das respostas antes mesmo das perguntas. Essa pretensão deita raízes no século XIX, no positivismo exegético e na sua versão germânica: o pandectismo. No fundo, portanto, quando se faz uma súmula ou uma “ementa”, busca-se sequestrar todas as possíveis contingências que venham a irritar “o sistema”. Quem faz uma ementa e dela se serve de forma atemporal e a-histórica está igualando texto e norma, lei e direito. Trata-se de uma pretensão com viés anti-hermenêutico. E por que é anti-hermenêutico? Porque a hermenêutica é exatamente a construção para demonstrar que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses de

---

<sup>10</sup> Ressalta-se que a edição da Lei nº 9.868/99 regulamentou a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevendo efeitos vinculantes para ambas em seu parágrafo único do art. 28, superando as discussões quanto a extensão do julgado na ADI.

aplicação. E quando o intérprete faz o mesmo, isto é, quer antever todas as hipóteses futuras, faz um “pós-lei”, um produto com sentido antecipado, uma espécie de tutela antecipada dos sentidos possíveis e imagináveis.

Por sua vez, ao ponderar sobre o efeito vinculante das decisões, Mendes (2007, p. 313-314) comenta que este está:

[...] intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em um lado Estado Democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário e o próprio Tribunal não estão impedidos de reconhecer essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte. Assinale-se, nesta mesma linha, que essa Corte não está exorbitando de suas funções ao reconhecer efeito vinculante decorrente do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.

A adoção da teoria dos motivos determinantes como característica dos efeitos vinculantes pela Corte foi encarada como uma problemática a ser vencida, levando em conta que nem em seu país de origem, Alemanha, ela foi acolhida de forma pacífica pela doutrina. Dessa forma, ainda engendrada dentro de um sistema híbrido como o brasileiro, que adotou o controle difuso e incidental estadunidense, sua adoção não foi pacífica (SILVA, 2013, p. 23).

Em um sistema com origem romano-germânica, em tese, as decisões judiciais deveriam buscar a fundamentação em um texto legal, democraticamente instituído, cabendo a jurisprudência atuar apenas como algo integrante do conceito de direito. Contudo Streck e Abboud (2014, p. 36) explicam que o Direito, nesta concepção:

[...] deve ser entendido como conceito interpretativo, constituindo-se naquilo que é emanado das instituições jurídico-políticas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (o que faria com que o conceito ficasse sem sentido).

Ainda deve ser considerado o fato de que nem mesmo no sistema do *common law* a lei é desprezada, como se faz parecer pelas comuns interpretações descontextualizadas do sistema norte-americano. Entretanto, no *common law* não é dado ao magistrado negar o cumprimento da lei, porém nessa “tradição jurídica” a interpretação é mais aberta e flexível, além de não ser considerada como

manifestação principal do próprio Direito, atuando de forma mais restrita, “respeitando a terminologia jurídica e as divisões tradicionais das matérias” (STRECK; ABOUD, 2014, p. 37).

Por outro lado, no sistema continental caracterizado pela influência romanística, o sistema de jurisprudência não constitui fonte do Direito no sentido formal. Assim, as regras gerais e abstratas que os juízes utilizam para o julgamento das controvérsias, constituindo-se em resultado de interpretação criativa dos enunciados legislativos, e as regras como decorrência analógica ou de outro procedimento “monopoiético” como *ratio decidendi* sem eficácia vinculante (STRECK; ABOUD, 2014, p. 38).

Entretanto, Silva (2013, p. 15, 23) ressalta que a adoção do sistema de controle difuso norte-americano, sem o princípio do *stare decisis*, ocasiona o inconveniente de que o mesmo caso possa a ser apresentado em juízo diversas vezes, ainda que após diversos pronunciamentos da mais alta Corte a cerca da não aplicação da lei. Desse modo, segundo o autor, as principais objeções levantadas pela doutrina alemã contra o instituto repousam na dificuldade em saber quais são os motivos determinantes e as decisões tomadas em caráter acessório, além da “canonização dos motivos” e do engessamento do Direito Constitucional.

Por outro lado, o efeito vinculante reforça a ideia de segurança jurídica que ultrapassa o mero dispositivo decisório, englobando, também, seus fundamentos justificantes, não em um aspecto desejável, mas imprescindível para a operacionalização do sistema, vinculando os resultados aos casos subsequentes quando equiparados com as razões que justificaram o resultado (SILVA, 2005, p. 221-224). Assim, se faz indispensável a análise dos discursos de justificação e de aplicação como efetivo vínculo à atividade decisória.

### **3.4 Vinculação decisória: entre o discurso de justificação e discurso de aplicação**

A legitimidade decisória, em uma sociedade complexa e pautada pela legalidade, exige para a sua aceitação a racionalidade e coerência com o ordenamento jurídico, basilar do Estado Democrático de Direito, para que satisfaça a pretensão de segurança jurídica. O processo de elaboração das normas pelo Legislativo assume “argumentos éticos, religiosos, morais e políticos”, utilizados

como princípio de discurso com iguais “oportunidades de argumentação e contra-argumentação na busca pelo consenso” (ALVARENGA, 2008, p. 4).

Por sua vez, o Judiciário assume a função de “estabilizar as expectativas de comportamento” pela via da coerção. Contudo, essa coerção somente se considerará legítima se tiver como fundamento o marco jurídico vigente, produto de um conjunto de decisões pensadas pelo legislador e pelos juízes, gerando uma tensão entre a “facticidade e validade”, devendo equilibrar o “princípio da segurança jurídica e a pretensão de decisões corretas” (ALVARENGA, 2008, p. 4).

Essa segurança exige decisões tomadas dentro de um quadro da ordem jurídica estabelecida, não se limitando a concordar com tratamentos de casos assemelhados no passado em contraponto com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de serem aceitas como racionais pelos aplicadores do direito (HABERMAS, 2003, p. 2).

Em suas palavras, Habermas (2003, p. 2) assim dispõe:

O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas [...]. No nível da prática jurídica, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm de satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente.

Em resumo à conceituação de Habermas, Silva (2013, p. 25) refere que “as decisões jurisdicionais devem ser produtos das discussões racionais a cerca do evento único e irrepetível”.

Por sua vez, Streck (2013, p. 61) apresenta critérios positivistas de fundamentação para a atividade jurisdicional, assim referindo:

Para o positivismo jurídico, pouco importa colocar em discussão - no campo da teoria do direito - questões relativas à legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis de poder estatal (legislativo, executivo ou judicial). No fundo, operou-se uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas por intermédio de uma análise de lógica-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade - que incluem uma problemática moral - deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarram no problema do pluralismo de ideias presente num contexto democrático o que levava inexoravelmente a um relativismo

filosófico (essa problemática se agravou em países com grande períodos de ausência de democracia como o Brasil).

Nesse entendimento, a motivação exige a adoção de critérios racionais, sob uma perspectiva de racionalidade positivista, “marcada por métodos lógico-dedutivistas, que reduziria a atividade jurisdicional” (MOURÃO; LIMA. 2016, p. 441).

Partindo para distinção entre interpretação e aplicação, tem-se que a interpretação é vista como ato

[...] meramente intelectual voltado a desvelar um sentido já expedido pelo Legislador de maneira perfeita e acabada (em um positivismo legalista) ou mesmo em um ato discricionário de escolha de várias possibilidades existentes em um quadro hermenêutico (própria do positivismo normativista de Kelsen) (MOURÃO; LIMA, 2016, p. 441).

Já a aplicação restringe-se ao método formal de descrever ou especificar as consequências para o caso concreto (MOURÃO; LIMA. 2016, p. 441). Nesse sentido, Günther (2004, p. 67), no discurso de aplicação, infere que:

[...] cada uma das situações é relevante não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos. Em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamento é se e como a regra teria de ser observada em determinada situação. Na aplicação devemos adotar, como se estivéssemos naquela situação, a pretensão da norma de se observada por outros em toda situação (isto é, como uma regra), e confrontá-la com cada uma de suas características. O tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para seus interesses, mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação. O juízo sobre a adequação de uma norma não se refere a todas as circunstâncias de aplicação, mas exclusivamente a uma.

Outrossim, no discurso de aplicação, portanto, deve ser considerado os interesses dos particulares envolvidos na prática discursiva, requerendo, pois, adequação da norma ao caso concreto, argumentativamente problematizado, para que se possa tomar a decisão correta, considerando todas as circunstâncias envolvidas, reconstruindo as características que o torna único. É justamente na distinção entre a justificação e aplicação que se pode operar a separação entre as funções estatais, mais especificamente entre legislação e jurisdição, conforme preceitua Silva (2013, p. 28):

Pode-se, então, afirmar que há uma divisão de tarefas entre os processos legislativo e jurisdicional, a partir da distinção e correspondências desses processos com os discursos de justificação e aplicação, respetivamente. Logo, em um discurso de aplicação, o operador do Direito deve pressupor

que as normas legisladas são válidas - haja vista terem sido positivadas a partir de um discurso de justificação, procedimento este capaz de garantir, à primeira vista, sua validade. A discussão, portanto, estaria restrita à busca para norma adequada ao caso concreto. Com o discurso de aplicação, como descoberta da norma adequada ao caso concreto, torna-se o Direito como evento complexo que precisa de uma hermenêutica ou método adequado a uma sociedade plural, já que se deve levar em consideração que todo o evento, inserido em um espaço temporal, é único, irrepetível e específico, exigindo do interprete uma leitura também que albergue a complexidade inerente à nossa sociedade.

Neste sentido, Habermas (2003, p. 324) apresenta como critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação, a distinção entre discursos de aplicação de normas e discurso de fundamentação de normas. Entretanto, conforme observam Mourão e Lima (2016, p. 441) erigiu-se pela Corte o livre convencimento racional, em oposição ao critério de valoração:

Tem-se, pois, prevalência epistemológica centrada no esquema sujeito-objeto. De um lado, o objeto, desdobrado em questão de Direito (o enunciado normativo a compor a premissa maior que merece interpretação, por um ato que ora é de vontade, como escolhas entre várias possibilidades, ora é de mera inteligência, desvelamento de sentido prefixado) e questão de fato (que demanda apreciação das respectivas provas segundo o livre convencimento racional do magistrado). De outro lado, tem-se o sujeito, o magistrado, compreendido como partícula autônoma de atuação, sem qualquer dever de coerência e integridade ampla, como se pudesse se pôr a margem da história e da cultura, e vislumbrar a causa de uma perspectiva plenamente neutra e desprendida.

Essa liberdade cognitiva decorrente da livre convicção motivada, ausente de critérios argumentativos vinculados ao discurso de justificação e aplicação, dá margem a julgamentos alheios à tecnicidade, beirando, em determinados casos, ao “raciocínio xamânico”<sup>11</sup>, a exemplo do voto do Min. Paulo Brossard no julgamento da ADI 534, que examinava a constitucionalidade do bloqueio dos ativos financeiros pelo Presidente Fernando Collor (MOURÃO; LIMA. 2016, p. 441).

Por entender que se trata de uma questão que não poderá deixar de ser mencionada na história do STF, refleti serenamente sobre o caso, como se estivesse longe dos homens e fora do tempo, como se estivesse a contemplar o mar imenso, em eterno movimento, e as montanhas coroadas de neve eternas em sua imobilidade milenar, e conclui que entre o discurso econômico, de duvidosa correção, e o discurso jurídico claramente

---

<sup>11</sup> O **xamanismo** é um termo genericamente usado em referência a práticas etnomédicas, mágicas, religiosas (animista, primitiva), e filosóficas (metafísica), envolvendo cura, transe, transmutação e contato entre corpos e espíritos de outros xamãs, de seres míticos, de animais, dos mortos. Essencialmente técnicas de contato com o sagrado ou êxtase, como analisa Jerome Rothenberg (1951-2010). (WIKIPÉDIA, 2018).

enunciado na Constituição, não havia o que hesitar (MOURÃO; LIMA. 2016, p. 441).

Não bastando, há decisões que remetem a fundamentação decisória ao ato de vontade do julgador e a sua consequência sobre os elementos de fundamentação, a exemplo do seguinte julgado proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho:

Vale ressaltar, ainda, que o acórdão não deixou de analisar nenhum ponto do apelo, não sendo necessário, contudo, emitir pronunciamento específico acerca de todos os fundamentos ali apresentados, conforme já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho:

SENTENÇA - NÃO APRECIÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS EXPEDIDOS PELAS PARTES - POSSIBILIDADE. A sentença é um ato de vontade do juiz como órgão do Estado. Decorre de um prévio ato de inteligência como objetivo de solucionar todos os pedidos, analisando as causas de pedir, se mais de uma houver. Existindo vários fundamentos (raciocínio lógico para chegar-se a uma conclusão), o juiz não está obrigado a refutar todos eles. A sentença não é dialogo entre magistrado e as partes. Adotado um fundamento lógico que solucione o binômio “causa de pedir/pedido”, inexistente omissão (TST - 1 T. - EDRR 6443/89 - Ac. 2418/90 - Rel. Min. Fernando Damasco - DJU 15.02.91). Como se vê, o Tribunal enfrentou a matéria com o acuro necessário, restando plenamente fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, emitindo pronunciamento segundo seu livre convencimento motivado, nos termos do art. 131. [...] (BRASIL, 2015).

Essa ausência de referência normativa entre o discurso de justificação e o discurso de aplicação faz com que o Judiciário haja, na conceituação de Direito de Hart (2012, p. 87-102), como um novo soberano, que merece ser analisado mais atentamente.

### **3.5 As razões do protagonismo da Corte Constitucional**

Não faz muito tempo, o Supremo Tribunal Federal considerava que no exercício do controle de constitucionalidade deveria limitar-se à condição de legislador negativo, nunca como legislador positivo, sob pena de usurpar função típica do Poder Legislativo (BRANDÃO, 2014, p. 189). Mesmo que proferida antes da Constituição de 1988, a decisão disposta no precedente bastante citado da tese do “legislador negativo”, da lavra do Min. Moreira Alves assim dispõe:

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo [...]. O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme a Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação

que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial [...], o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição (BRANDÃO, 2014, p. 189).

O precedente apontava para o controle de constitucionalidade com função estritamente supressiva, limitando ao Judiciário à exclusão “da eficácia jurídica de dispositivos, expressões ou mesmo de interpretações dos atos normativos impugnados que sejam considerados inconstitucionais” (BRANDÃO, 2014, p. 190). Dessa forma, a busca pela adição de novos argumentos aos dispositivos postos em julgamento (com alteração ou criação das respectivas regras) esbarraria na inviabilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo, suposto corolário da separação dos Poderes.

Atuando como um eco do passado, o ideal do legislador negativo apresentou-se em seguidos, e não distantes, julgados do Supremo Tribunal Federal.

Cite-se, por exemplo, decisão proferida em 27.11.2012 pela Primeira Turma do STF no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 737185, relatada pelo Ministro Dias Toffoli, em que se negou pedido de parcelamento tributário diferenciado com base no entendimento de que “impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, resguardada a sua atuação como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade.” No mesmo sentido, a afirmação do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 231924, publicado em 21.06.2011, de que “jurisdizer não pode implicar legislar. Jurisdizer é dizer o direito que se contém na lei ou na Constituição. Jurisdizer não é juriscrir (BRANDÃO, 2014, p. 190).

Todavia, essa versão do conceito de legislador negativo constitui exemplo singular de uso sincrético de teorias inconciliáveis, qual seja, a combinação de um positivismo à lá Escola da Exegese com o normativismo kelseniano. Dessa forma, a aplicação do Direito pelo Judiciário consistiria, para a primeira teoria, em atividade puramente de cognição ou interpretação, avesso à ideia da dimensão criativa, cabendo ao interprete desnudar a vontade normatizada previamente disposta pelo legislador. Demonstrando, assim, uma evidente distinção entre as funções legislativa (criativa) e judicial (interpretativa) (BRANDÃO, 2014, p. 190).

No plano do controle de constitucionalidade, tal argumento se reconduz à tradicional atuação do STF como “Guardião” da Constituição: ao declarar leis inconstitucionais, o Supremo não atuaria como legislador positivo, pois se limitaria a invalidar manifestações do legislador ordinário que contrariassem a “vontade do constituinte” corporificada nas normas

constitucionais. Tratar-se-ia, portanto, de mera aplicação da Constituição (BRANDÃO, 2014, p. 191).

Por outro lado, não é raro se vincular à obra de Hans Kelsen a necessidade de a Suprema Corte se portar como “legisladora negativa”, especialmente à sua emblemática defesa da criação de um Tribunal Constitucional responsável pela fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e atos normativos (SILVA, 2009, p. 200).

Um aspecto fundamental à adequada compreensão do conceito de “legislador negativo” é a acusação de Carl Schmitt de que a tese de Kelsen, no sentido de o Tribunal Constitucional controlar a constitucionalidade das leis, redundaria em “*politização da justiça*”<sup>8</sup>, e, ao fim e ao cabo, em uma “*aristocracia de toga*”. Kelsen concorda com Schmitt no sentido de que tal expansão do Judiciário seria um mal à democracia; assim, para evitá-la configura o seu modelo de controle de constitucionalidade de forma extremamente reverente ao legislador (BRANDÃO, 2014, p. 192).

As decisões atualmente proferidas, rompendo a dogmática do legislador negativo, devem ser analisadas de forma isonômica e despida de preconceitos, sem aceitar que o Poder Judiciário sobreponha-se em relação a outros Poderes, em especial ao Poder Legislativo, afastando o pensamento limitado à redução ou eliminação de textos, o que já não mais representa o papel da jurisdição constitucional.

Atualmente a guarda da Constituição não pode ser limitada, ainda mais na existência de mecanismos que garantam o exercício pleno da normatividade constitucional, mesmo que a referida interpretação não acople na integralidade com a suposta vontade originária do legislador. Nesses casos não se estaria criando direito, mas aplicando a Constituição em seu máximo alcance, como ocorre ao se utilizar da “interpretação conforme a Constituição apenas para buscar interpretações alternativas emergentes do preceito legal e também pode ocorrer com uma sentença manipulativa, quando seja imprescindível e com a máxima transparência” (BRUST, 2014, p. 203).

A dimensão criativa da decisão judicial e com modernas técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, tais como a interpretação conforme a Constituição e as sentenças aditivas e modificativas, parece haver uma lacuna no direito brasileiro em relação à patente incompatibilidade entre o sentido que o STF empresta ao conceito de legislador negativo e aspectos fundamentais da sua jurisprudência atual, especialmente em casos em que aplica diretamente princípios constitucionais abstratos (BRANDÃO, 2014, p. 195).

Assim, as decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal vêm, paulatinamente, adotando a essência da teoria dos princípios, qual seja, “a força normativa dos princípios jurídicos, assim entendida a noção de que os princípios constitucionais são normas jurídicas, imperativas aos três poderes e judicialmente sindicáveis, e que se aplicam mediante ponderação” (BRANDÃO, 2014, p. 195). Essa normatividade dos princípios, cada vez mais, passa a ser parte integrante das decisões das Cortes Constitucionais em diversas partes do mundo, inclusive no Supremo Tribunal Federal, adotando a proporcionalidade como o principal instrumento de aplicação como “mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas” (GAVIÃO FILHO, 2013, p. 249) para a ponderação entre princípios jurídicos.

A autoanálise do Judiciário, assumindo que a ponderação entre princípios, adotando um modo mais flexível de subsunção de regras, é atividade tipicamente judicial, ainda que dependa de análise de diversos elementos controvertidos, demonstrando efetivo avanço da Corte quanto a questões indeterminadas da Constituição, mas especificamente quanto a normas desprovidas de sentido determinado e de interpretação ampliada (princípios). A adoção da técnica do juízo de proporcionalidade atende justamente a ideia de “juízo fático e fluido, que Kelsen afastava do controle de constitucionalidade, por considerar que se cuidava de atuação como ‘legislador positivo’ que, se exercida pelo Judiciário, implicaria ‘grave transferência de poder’.” (BRANDÃO, 2014, p. 196).

Assim, avulta a contradição entre o emprego do conceito kelseniano de “legislador negativo” e a aceitação de princípios constitucionais abertos como parâmetros de controle de constitucionalidade. Porém mais grave do que equívocos conceituais, é o fato de o dogma do legislador negativo obscurecer a atuação criativa (como legislador positivo) do Judiciário quando aplica diretamente princípios constitucionais.

### **3.6 O STF como legislador positivo**

O STF, assim como outros tribunais constitucionais pelo mundo, vem assumindo posição legiferante, pois, além de verificar se as disposições estabelecidas pelas autoridades infraconstitucionais estão de acordo com a Constituição, vem adotando uma postura de cunho jurisdicional autorrestritiva. Nessa esteira, a Corte, não enfrentando questões polêmicas com repercussão

social, ou optando por uma atitude mais ampliadora da sua análise, tem partido para interpretações de cunho político-constitucional, como meio de alcançar a resposta para os fatos não acobertados pelas instituições representativas, democraticamente eleitas para exprimir a vontade da maioria, e que não cumprem com sua finalidade de forma satisfatória (QUEIROZ, 2008).

Neste sentido, Brasil (2014, p. 40), parafraseando Antonie Garapon, refere que “não foi o juiz que se tornou um novo ator político, mas sim os homens políticos que se tornaram novos judiciáveis”, fazendo da justiça o palco para a exigibilidade dos direitos democráticos conferidos pela Constituição, obrigando os legisladores a cumprirem as promessas legislativas.

Agindo desta forma, o juiz, além de satisfazer a capacidade de interpelação dos governantes pelos cidadãos, atua na revitalização do texto da Constituição e torna-se um colegislador (GARAPON, 1998, p. 38), afastando as omissões que por ventura prejudiquem o exercício da cidadania.

Essa omissão Estatal pode decorrer da impossibilidade de se chegar a um consenso a respeito de certo tema, postergando as deliberações. Por outro lado, essa inércia pode configurar uma estratégia para evitar a tomada de decisão sobre assunto bastante sensível. Nesse caso, diante do elevado custo político que a decisão pode envolver, as instâncias majoritárias podem, silenciosamente, buscar transferir a solução do conflito para o ambiente judicial (LEITE, 2014, p. 3).

Nesse silêncio, há que se diferenciar, como o Supremo Tribunal Federal já o fez no julgamento dos recursos extraordinários RE 135637/DF<sup>12</sup> e RE 130552/SP<sup>13</sup>,

---

<sup>12</sup> Ementa: Conflito de competência. Litigio entre sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento de contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Interpretação do artigo 114 da Constituição Federal . - Distinção entre lacuna da lei e "silencio eloquente" desta . - Ao não se referir o artigo 114 da Constituição , em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenções ou acordos coletivos, utilizou-se ele do "silencio eloquente", pois essa hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar a lei ordinária estender, ou não, a competência da Justiça do Trabalho a outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente. Em consequência, e não havendo lei que atribua competência a Justiça Trabalhista para julgar relações jurídicas como a sob exame, e competente para julgá-la a Justiça Comum. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL, RE 135637/DF, 1991).

<sup>13</sup> Ementa: conflito de competência. Litigio entre sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento da contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Interpretação do artigo 114 da constituição federal . - distinção entre lacuna da lei e "silencio eloquente" desta . -ao não se referir o artigo 114 da constituição , em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenção ou acordos coletivos, utilizou-se ele do "silencio eloquente", pois essa hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar a lei ordinária estender, ou não, a competência da justiça do trabalho a outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente. Em consequência, e não havendo lei que atribua competência a justiça trabalhista para julgar relações jurídicas como a sob exame, e competente para julga-la a justiça comum. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL, RE 130552/SP, 1991).

a “lacuna da lei” e o “silêncio eloquente” do legislador. O ministro Moreira Alves, em seu voto no RE nº 135637/DF, afirma que:

[...] só se aplica a analogia, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam “silêncio eloquente” (*beredtes schweigen*), que é o silêncio que traduz a hipótese contemplada que é a única a se aplicar no preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia (BRASIL, 1991).

Outra questão que merece reconhecimento está na “qualidade democrática da deliberação parlamentar”, que nas palavras de Mello (2004, p. 298) assim se destaca:

Quanto mais amplo, aberto, racional e público for o debate que preceder a edição das leis, maior deve ser a deferência judicial às escolhas do legislador. Assim, leis recentes e amplamente discutidas no parlamento e na sociedade podem gozar de uma *presunção de constitucionalidade moderada*, inclusive quando se tratar de lei que regula ou restringe direitos fundamentais.

Ely (2016, p. 8) reforça a ideia de que a criação jurídica dos tribunais deve se limitar às lacunas deixadas pelo Poder Legislativo “nas leis que aprovou ou, então, a tomar conta de uma área que o Poder Legislativo, de caso pensado, entregou ao Judiciário para que a resolvesse”. Desse modo, ao interpretar positivando, o Poder Judiciário ingressa na esfera do Poder Legislativo que é o detentor da prerrogativa, principalmente nos casos que exigem lei complementar e que dependem de *quorum* qualificado, de acordo com o artigo 59, inciso II, da Constituição Federal, através da sua maioria absoluta.

Nessa mesma linha, Lima (2015, p.91) dispõe que:

[...] a delegação de questões políticas controvertidas ao Judiciário também pode ser adotada para transferir responsabilidade dos atores políticos, mediante uma espécie de “redimensionamento da culpa”, a fim de evitar dilemas complexos ou colapsos de coalizões de governo. Essa tendência de ampla judicialização da megapolítica, além de impor um sério desafio ao princípio da separação de poderes, marca a transição para a “juristocracia”, ou seja, o “governo com juízes”.

Por sua vez, Tate (1995, p. 32) pondera que vários órgãos legislativos estaduais norte-americanos certamente preferem deixar as políticas sobre questões polêmicas, tal como o aborto, nas mãos do Poder Judiciário, evitando críticas da opinião pública e criando uma delegação intencional (*willful delegation*). Entretanto, Gavião Filho (2013, p. 294) considera que repassar a delegação legislativa ao Poder

Judiciário somente ampliará a colisão de direitos fundamentais, principalmente pela sua interpretação principiológica e expansiva, pressionando o sacrifício dos direitos fundamentais em favor da realização dos fins coletivos, caindo o muro de fogo (*Brandmauer*) e resultando no seu enfraquecimento.

Nesse sentido, Leite (2014, p. 3) esclarece que a simples omissão do legislador não é a causa do criacionismo realizado pela Corte Constitucional, mas sim a confluência de determinados elementos institucionais, políticos e/ou culturais, os quais, muitas vezes, são respostas para esses estímulos, encontrando um ambiente favorável à expansão dos poderes decisórios. Logo, além dos canais de acesso à Corte constitucional, este deve ter a isenção de responder sem constrangimentos externos.

Por essas razões, a Constituição Federal de 1988, através do constituinte originário, instrumentalizou o Poder Judiciário com uma série de mecanismos processuais de controle sobre as políticas públicas, tais como, as ações civis públicas, ações populares, ações diretas para o controle de constitucionalidade, mandado de injunção e decisões com efeito vinculante entre outros (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 48-65), que melhor será analisado em momento oportuno.

Essa assunção de responsabilidade, de dar resposta a todos os anseios sociais ante a letargia do legislador, faz com que o Poder Judiciário assumira um protagonismo mais político do que jurídico na construção de decisões, sem que tenha sido previamente preparado para assumir esta posição, dificultando o ajuste entre o caráter coadjuvante na solução das demandas sociais (neutralidade/imparcialidade), fazendo com que suas decisões passem a ser imprevisíveis (COSTA, 2000, p. 240-258) e ao mesmo tempo vinculativas aos demais Poderes.

### **3.7 Judicialização da política, sob o risco de uma juristocracia**

A utilização do termo judicialização política (*judicialization of politics*) tem origem nos trabalhos de C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, publicados na obra *The Global Expansion of Judicial Power* (1995), que, no Brasil, passou a alcançar notoriedade a partir da pesquisa de Vianna *et al* (1999), intitulada “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”. Os trabalhos de Tate e Torbjörn analisavam os efeitos das ações produzidas pelo Judiciário em face dos processos

políticos em diferentes lugares do mundo, concentrando seus esforços em definir, na teoria, o que é “*judicialization of politics*”.

Identificado como judicialização da política (*judicialization of politics*), o processo de expansão do Poder Judiciário decorreria de dois meios, não necessariamente simultâneos, até mesmo, excludentes. O primeiro consistiria na postura ativa do Poder Judiciário, como criativo ou interventor, na realização de políticas públicas. O segundo consistiria na assunção de procedimentos típicos do Poder Judiciário por instituições não-judiciárias. Dessas duas modalidades, o primeiro seria o mais recorrente e foco da análise dos autores. Tal meio pode ser caracterizado como a “judicialização para fora”, e possui como característica básica a expansão do Direito e das instituições ligadas à justiça, que seria elemento imprescindível para a ocorrência da judicialização na teoria de Tate e Vallinder (RODRIGUES, 2015, p. 03).

Para maior clareza e coerência, sigo a pesquisa conceitual de Vallinder sobre a judicialização da política (cap. 2 deste volume), que sugere dois significados centrais para o termo: 1. o processo pelo qual tribunais e juízes passam a dominar ou a dominar cada vez mais as políticas públicas que antes haviam sido tomadas (ou, segundo se acredita amplamente, deveriam ser feitas) por outras agências governamentais, especialmente legislativos e executivos, e 2. o processo pelo qual os foros de negociação e de decisão não-judiciais são dominados por regras e procedimentos quase-judiciais (legalistas)<sup>14</sup> (TATE, 1995, p. 28; RODRIGUES, 2015, p. 3, tradução nossa).

Silva (2013, p. 138) ressalta a necessidade de “entender o fenômeno da expansão do Poder Judiciário dentro de um contexto de crise de democracia representativa”, sendo que a “principal causa para se levar demandas ao Judiciário” decorre da assimetria entre a vontade do legislador e a “de quem ele deveria representar - e/ou da inércia/ineficiência da realização de políticas públicas pelo Executivo”. Essa ingerência com as políticas públicas, que deveriam ser realizadas no âmbito dos Poderes Legislativos e Executivo, desloca o centro de atividade através de sua judicialização, passando ao judiciário a condição de mediador de

---

<sup>14</sup> No origina: “For clarity and consistency, I follow Vallinder's conceptual survey of the judicialization of politics (chap. 2 of this volume), which suggest two core meanings for the term: 1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures”.

conflitos políticos, transferindo o próprio poder decisório sobre as questões sensíveis.

Para Antoine Garapon (BRASIL, 2014, p. 39):

[...] procura-se no juiz não somente o jurista ou a figura do árbitro, mas também do conciliador, o apaziguador das relações sociais e até mesmo o animador de uma política pública como matéria de preservação de delinquência. A justiça não deve se limitar a dizer o justo, ela deve, simultaneamente, instruir e decidir, aproximar-se e manter suas distâncias, conciliar e optar, julgar e comunicar. A justiça é responsável por realizar materialmente - e já não apenas formalmente - a igualdade dos direitos e de disfarçar o desequilíbrio entre as partes. O juiz é designado para objetivos determinados: colocar criança fora de perigo, salvar empregos, reintegrar os detidos. O juiz é tornado válido pelo desempenho na realidade social e já não, como anteriormente, por estrito critério de legalidade. O juiz torna-se treinador, intimado a corrigir todas as injustiças do mercado e a tratar dos prejuízos da industrialização.

Entretanto, Dworkin (2007, p. 129) ressalva que o Poder Judiciário deverá decidir em conformidade com os argumentos que garantam e protejam direitos individuais ou de grupos de indivíduos, nominados de “argumentos de princípios” e não de “argumentos políticos”, os quais buscam justificar que uma determinada decisão protege ou atinge um objetivo político da comunidade. Segundo o autor, tribunal deve decidir através de princípios, sobre direitos que as pessoas têm sob o sistema constitucional, e não de política ou sobre como promover melhor o bem-estar geral. “Deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais” (DWORKIN, 2005, p. 101).

O fenômeno da judicialização da política vem se mostrando irreversível, inserido em um movimento que coincide com a judicialização das relações sociais. Ao mesmo passo, o Direito passa a municiar o Poder Judiciário com instrumentos que o habilitam a intervir em questões que antes ficavam circunscritas às esferas privadas ou relegadas ao esquecimento estatal (SILVA, 2013, p.138). Por sua vez, Hirschl (2009, p. 141) assevera que “apesar da crescente prevalência desse fenômeno, o discurso acadêmico sobre a judicialização da política ao redor do mundo permanece surpreendentemente superficial” e com razão! A matéria relativa a judicialização da política é “habitualmente tratada de maneira muito pouco refinada, como um resultado natural da prevalência do discurso dos direitos fundamentais”.

Lima (2015, p. 90) ressalva que, muitas vezes, “a judicialização da política é confundida com uma versão genérica do ativismo judicial”, havendo pouca diferenciação entre “o direito a um julgamento justo e a solução de questões de identidade coletiva” essenciais à nação. Tal ocorrência é nominada por Hirschl (2009, p. 143) como “judicialização da megapolítica” ou da “política pura”, a qual apresenta três faces da política judicializada:

a) a disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas; b) judicialização da elaboração de políticas mediante decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; c) a judicialização da “política pura”, consistente na transferência aos tribunais de temas nitidamente políticos acerca da legitimidade de regimes e identidades coletivas de comunidades inteiras (LIMA, 2015, p. 90).

Entretanto, o que mais interessa ao presente estudo é a judicialização da elaboração de políticas públicas e da própria “política pura”, que se diferenciam entre a execução e a sua própria criação.

Segundo Hirschl (2009, p. 143) a judicialização da política decorre da expansão da competência dos tribunais e juízes na própria acepção do termo, demarcando território entre os Poderes, principalmente no julgamento de questões ligadas a liberdades civis.

O segundo, e mais concreto, aspecto da judicialização da política é a expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial dos limites entre órgãos do estado (separação de poderes, federalismo). A cada semana, alguma corte suprema em algum lugar do mundo anuncia uma decisão importante sobre o escopo da proteção a direitos constitucionais ou sobre os limites dos poderes Legislativo e Executivo. Os casos mais comuns envolvem liberdades civis clássicas. São primordialmente sobre garantias de devido processo legal na esfera criminal ou sobre aspectos variados dos direitos à privacidade e à igualdade formal — todos eles no sentido de expandir e reforçar as fronteiras da proteção constitucional à esfera individual, geralmente tida como ameaçada pela longa e invasiva mão da regulação estatal (HIRSCHL, 2009, p. 143).

Os fatores da instituição da megapolítica não estão adstritos ao mero vazio institucional ou ideológico do poder político, mas suas decisões vinculam-se aos conflitos sociais, políticos e econômicos concretos “que formam um determinado sistema político. Uma judicialização de ‘baixo para cima’” (LIMA, 2015, p. 90). Tal ocorrência tem mais propensões na seara judicial, em face da sua predisposição a

tratar com mais seriedade a questão dos direitos sociais, do que a própria instituição governamental, reconhecida como “muito burocrática” e “disfuncional” (LIMA, 2015, p. 90).

A judicialização da “política pura” decorre do uso dos tribunais e juízes para atender o tema efetivo da “megapolítica”, o que Hirschl (2009, p. 146) conceitua da seguinte forma:

[...] podemos chamar de “megapolítica”: controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras. A judicialização da megapolítica inclui algumas subcategorias: judicialização de processos eleitorais; supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional (o fim daquilo que é conhecido na teoria constitucional como a doutrina da “questão política”); dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial de transformações de regime político; e, acima de tudo, a judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição — ou *raison d'être* — da comunidade, talvez o tipo mais problemático de judicialização do ponto de vista da teoria constitucional.

A expansão das fronteiras da política judicializada para essas áreas vitais na formação da sociedade, passa para os tribunais superiores incumbências políticas que vão “além do âmbito dos direitos constitucionais ou do federalismo, levando a judicialização da política a um ponto que excede de longe qualquer limite previamente estabelecido”. Dessa forma, em vez de apenas supervisionar os aspectos do processo democrático, a corte passa a assumir a competência constitucional de questões ligadas ao próprio regime político, a identidade coletiva da nação e a questões sensíveis, morais e políticas típicas - não jurídicas - que deveriam ficar a cargo do poder representativo desta sociedade, demonstrando uma substância eminentemente política (HIRSCHL, 2009, p. 146-147).

Entretanto, justamente o risco político dessas questões sensíveis faz com que ocorra a transferência de decisões das políticas públicas para o judiciário:

Não se pode enfatizar demais a profundidade dessa transição. Enquanto a supervisão judicial dos aspectos procedimentais do processo democrático — monitoramento de procedimentos e regulamentações eleitorais, por exemplo — se enquadra na competência da maioria das cortes constitucionais, questões como a legitimidade de um regime político, a identidade coletiva de uma nação, ou o enfrentamento de um passado do qual a comunidade não se orgulha refletem dilemas que são primordialmente morais e políticos — e não jurídicos. Como tais, eles devem — ao menos por questão de princípio — ser contemplados e decididos pela própria população, por meio de seus representantes eleitos e politicamente responsabilizáveis. Julgar tais questões é um exercício inerente e

substancialmente político, muito além da aplicação de dispositivos sobre direitos fundamentais e devido processo legal a questões de políticas públicas. Judicialização desse tipo coloca os tribunais na posição de decidir sobre alguma das mais centrais questões políticas que uma nação pode enfrentar, mesmo que a Constituição não faça nenhuma referência a esses problemas, e apesar de se reconhecer os óbvios riscos políticos envolvidos em decisões desse tipo. São precisamente essas situações de judicialização de questões que combinam altíssimos riscos políticos com instruções constitucionais escassas ou impertinentes que tornam mais questionáveis as credenciais democráticas do controle judicial de constitucionalidade. Isso ocorre porque não está nada claro o que tornaria os tribunais o fórum mais apropriado para resolver esses dilemas puramente políticos (HIRSCHL, 2009, p. 147).

Essa tendência, grande parte das vezes, é apoiada, tácita ou explicitamente, pelos próprios agentes políticos, resultando na transformação da corte em parte do mecanismo de elaboração das políticas públicas, levando à transição para a juristocracia (HIRSCHL, 2009, p. 146).

Traduzindo com primazia as idéias de Ran Hirschl, Lima (2015, p. 92) destaca que o fomento à judicialização por parte dos agentes políticos é “uma condição tão significativa quanto o comportamento judicial. Logo, não se pode depreender que os juízes e tribunais são ‘os principais culpados pela abrangente judicialização da política’”, levando em conta que a transferência informal de competências, ensejando a juristocracia, é “sobretudo um fenômeno mais político e não jurídico”.

Utilizando-se do termo *supremocracia*, Vieira (2008, p. 63) alerta que a Suprema Corte brasileira não apenas apropria-se da judicialização da política no sentido material normativo, como também não detém condições hábeis de apreciar todas as matérias postas em julgamento, acabando por selecionar aquilo que vai ou não julgar, ou seja, aquilo que mais lhe interessa, muitas vezes premidos pelo clamor público ou sentimentos diversos, também manipulando o próprio controle da política ao gerenciar a sua agenda de julgamentos.

Isto apenas demonstra que o Tribunal vem utilizando um alto grau de discricionariedade para decidir o que vai para os distintos colegiados e o que pode ser abatido monocraticamente. Em política, o controle sobre a agenda temática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado; e este poder se encontra nas mãos de cada um dos ministros, decidindo monocraticamente. Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativas de compreensão, quanto mais de controles públicos sobre essa atividade. Cria-se, assim, uma sensação de enorme seletividade em relação aquilo que entra e o que fica de fora da pauta do Tribunal (VIEIRA, 2008, p. 63).

Outra questão que passa ao largo da tecnicidade do Direito, mas com profunda influência no protagonismo judicial - e que Hart já havia referido ao tratar da preocupação do soberano em relação à reação dos súditos -, diz respeito à superexposição do Supremo Tribunal Federal, principalmente ao televisionar seus julgamentos, o que não costuma ocorrer em outros tribunais pelo mundo. Anota-se que, até o presente momento, não há estudo do impacto da publicidade sobre o comportamento e as razões decisórias, transformando a solenidade processual em disputas teóricas com claro viés político, mais no sentido de atender aos anseios da sociedade do que, propriamente, a legalidade do ato e a sua conformação com o Direito.

Esta abertura à sociedade civil, bem como uma deliberada exposição a discursos de natureza científica, religiosa, econômica, etc., não podem ser vistos como algo necessariamente negativo. Ao contrário, demonstram a necessidade do Supremo em buscar ampliar a sua base de legitimidade, em face dos desafios de tomar decisões com impacto fortemente político, como foi exposto pelo próprio Ministro Carlos Aires Brito, ao abrir a primeira audiência pública da história do Supremo. Este passo, no entanto, demanda que o Tribunal tenha clareza de seus novos desafios. Uma corte ativista, com enorme exposição pública e responsabilidade por tomar decisões de grande magnitude, fica submetida a distintos padrões de escrutínio, que já vêm expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades. Ao tomar decisões de natureza política, e não apenas exercer a autoridade de preservar regras, o Supremo passará a ser cobrado pelas consequências de seus atos, sem que haja mecanismos institucionais para que essas cobranças sejam feitas (VIEIRA, 2008, p. 63).

A supremocracia, da forma como referida por Oscar Vilhena, não ocorreu da noite para o dia, foi consequência da rigidez da Constituição, exigindo o exercício interpretativo da Corte. Porém, nunca foi de modo tão despido e propagado, até mesmo por haver questões maiores em jogo, principalmente o limite entre as competências; de modo que “tanto o Legislativo quanto o Judiciário esqueceram de exercer suas atividades e passaram a se preocupar com os afazeres do outro” (MARGRAF; TEIXEIRA, 2017, p. 210).

É exatamente nesse ponto em que as relações sociais e política podem ser analisadas pelo viés do Direito, justamente quando há ofensa aos direitos individuais ou coletivos, até mesmo por não haver limitação do que pode ser levado à apreciação judicial, como bem definido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A preocupação, entretanto, reside no permanente receio de que a justiça hipertrofiada ou detentora da supremocracia, independente do termo adotado, tal

como o Direito, possa ser captada por interesses políticos ou pelo poder econômico. Aqui vale lembrar que o Brasil é considerado um país de democracia tardia e subdesenvolvido, se comparado aos países de tradição democrática, com seus ministros do Supremo Tribunal Federal indicados pelo chefe do Poder Executivo, sem participação das instituições jurídicas, exigindo para tanto, além do critério etário, o subjetivo notável saber jurídico, culminando com o referendo dado pelo Senado Federal.

A participação política proeminente na indicação de seus membros faz com que, naturalmente, ocorra um alinhamento entre o indicador e o indicado, fazendo com que determinado partido ou linha ideológica, que se perpetue por um longo período, reflita a sua base pragmática no resultado das interpretações proferidas pela Corte Constitucional. Dessa forma, a instrumentalização do Poder Judiciário com mecanismos que permitam a atividade positiva, tal como alcançado pelo Constituinte originário e derivado, passa a ser usada como “armas” antidemocráticas pelo poder político para a consecução de seus interesses.

Ainda que se trate de um fenômeno atual e crescente, esperado dentro da intrincada engrenagem jurídica, apoiada em uma sistemática complexa, de qualquer sorte não cabem aos juízes “assumir o lugar da cidadania, isto é, o Poder Judiciário não pode nos livrar do próprio fardo de fazer a política, de assumir o controle da democracia e da nossa própria história” (SILVA, 2013, p. 140). Esses argumentos, para ser melhor compreendidos, devem ser analisados conjuntamente com o estudo dos direitos fundamentais, mais especificamente a teoria dos princípios, elementos justificantes de boa parte da atividade jurisdicional e da própria juristocracia.

## **4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROBLEMÁTICA DA FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE**

O capítulo analisa, após breve conceituação da teoria dos direitos fundamentais e a sua estrutura normativa, a problemática da fiscalização da constitucionalidade, termo utilizado pela literatura portuguesa ao equivalente controle de constitucionalidade brasileiro, à luz da teoria dos princípios.

A temática principiológica, com origem no Tribunal Constitucional Alemão e amplamente utilizada pelos tribunais constitucionais pelo mundo, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, é um fenômeno irreversível e presente no constitucionalismo moderno, que tem em Robert Alexy seu ferrenho defensor e protagonista da teoria interpretativa dos direitos fundamentais, em especial a teoria da ponderação, duramente criticada em sua suposta irracionalidade por autores como Habermas, Schilink e Kumm.

Em contraposição, além do reconhecimento da adoção da teoria dos princípios, Canotilho, Vieira Andrade e Novais apresentam proposições de adequação à teoria da proporcionalidade como forma de reduzir a discricionariedade do controle judicial. Por sua vez, a análise dos princípios como mandados de otimização estão sujeitos a conflitos juridicamente relevantes a serem solvidos pela teoria dos princípios, diverso das regras que utilizam sistemática própria para a solução.

O estudo da estrutura dos direitos fundamentais e a sua principal teoria interpretativa, permite aprofundar o entendimento sobre o controle de constitucionalidade e seus limites interpretativos, em especial o déficit democrático das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, em algumas vezes levando à mutação constitucional e ao ativismo.

### **4.1 A teoria dos direitos fundamentais como guia de interpretação**

Antes de adentrar no estudo dos direitos fundamentais e o desafio da fiscalização da constitucionalidade, é indispensável realizar-se uma breve digressão a respeito da sua importância no ordenamento constitucional, lembrando que é muitas vezes causa de justificação da mutação constitucional, ou mesmo do

ativismo, a pretexto de adequação da norma a um sistema dotado de regras e princípios.

Sarlet (2006, p. 69), fazendo referência a Klaus Stern, entende que somente com a comunhão a Constituição pode chegar a autêntica “dignidade fundamental”. O autor refere que as

[...] ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal (SARLET, 2006, p. 69).

O pensamento em questão, guarda razão com o disposto no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, prevendo que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos fundamentais não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição”. A partir da referida formulação, fixou-se as bases do que passou a ser conhecido como o “núcleo material das primeiras constituições escritas, de matriz liberal-burguesa”, com a noção de limitação jurídica do Estado, mediante o atendimento de algumas das garantias fundamentais e do princípio da separação dos poderes (SARLET, 2006, p. 69).

Nesse contexto, os direitos fundamentais passam a integrar o sistema de governo e a organização do poder, intervindo na própria definição da forma de Estado. Trata-se de elemento que transcende o núcleo da constituição formal, porém também integra a Constituição material, consagrando a “íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais” (SARLET, 2006, p. 70), fazendo parte de um Estado ideal, cujo objetivo deve ser a permanente busca pela concretização.

Dimoulis e Martins (2014, p. 40) definem os direitos fundamentais como “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

Ao fazer referência a Ernst-Wolfgang Böckenförde, Alexy (2011, p. 40) aduz que o que de fato interessa é a “função normativa guia para a interpretação”, dada a multiplicidade e a complexidade daquilo que é regulamentado na condição de direitos fundamentais, principalmente pelo seu caráter abstrato e geral (genérico),

com “baixa densidade normativa” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 45), resultando em um feixe de pontos de vista conflitantes, indicando a importância da doutrina e da jurisprudência na elaboração de critérios conceituais não ofertados pela Constituição na solução de conflitos.

Streck (2006, p. 293), entretanto, chama atenção para uma verdadeira revolução “coperniana”, ocorrida no segundo pós-guerra, cujo objetivo era “superar o modelo de regras, resolver os problemas de incompletude das regras, solucionar casos difíceis (não abarcados pelas regras) e (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissos dirigentes)”. O objetivo central dessa revolução consistia na busca pela resposta de “como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades, sem cair no decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente dos juízes)?”

Alexy (2011, p. 40) argumenta que a teoria combinada foi adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão, sem uma sistemática específica de interpretação, que levou em consideração inúmeras funções, aspectos ou fins dos direitos fundamentais, a qual o autor nomina de “coleção de *topoi*<sup>15</sup> extremamente abstratos”. A ausência de uso de um sistema, levando em conta o alto grau de abstração das teorias agrupadas, resultou na ampliação das formas de colidências entre si na análise dos casos concretos, o que não poderia ser diferente frente aos diversos pontos de vista a ser considerados, merecendo a análise da sua estrutura.

## 4.2 Estrutura das normas de direitos fundamentais

As normas de direitos fundamentais possuem estrutura flexível e complexa, e sua qualificação como regras e princípios é uma questão de interpretação. Entretanto, o forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios.

A partir da ideia de que os direitos fundamentais são representados por normas de caráter principiológico, e que esses, eventualmente, entram em choque, é preciso analisar como são entendidos os princípios dentro do Direito Constitucional Contemporâneo, pois, como ensina Bonavides (1998, p. 231), “sem aprofundar a

---

<sup>15</sup> Os *topoi* são lugares comuns que as pessoas utilizam como ponto de partida de uma argumentação (RIBEIRO, 1998).

investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo”.

Como ensina Barroso (2003, p. 29), que há de novidade na moderna fase do Direito Constitucional não é, na verdade, a existência de princípios no texto constitucional, o “que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade” e conseqüentemente de sua força normativa imediata. Aqui, torna-se imprescindível, buscar compreender como esta força se desenvolve, para que seja aplicada da maneira correta.

Hoje, os princípios, centro do Direito Constitucional, conquistaram “o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO, 2003, p. 337). Sendo assim, os princípios também são vistos como fonte de atualização das constituições, as quais são constituídas de normas de caráter aberto.

No pós-positivismo, as Constituições, grandes repositórios da pauta axiológica consagrada nos princípios de Direito, figurando como fonte conceitual-normativa suprema, se transportam para a posição central no ordenamento jurídico de onde emanam valores humanísticos basilares da estrutura e forma do Direito contemporâneo, e, em consequência, a dogmática principiológica ganha forma, promovendo uma nova retomada na compreensão e interpretação do Direito.

Nesse aspecto, a indiscutível relevância que os princípios adquirem nos ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais clara, principalmente se for observada sua função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde surgem como os pontos axiológicos de mais significativo destaque e prestígio (BONAVIDES, 1998, p. 260). Além disso, a gênese e a forma como os princípios são positivados nos textos constitucionais demonstram que estes possuem, da mesma maneira, uma importante dimensão institucional, como fatores de criação e sustentação da unidade política.

Sendo os princípios normas jurídicas, é indispensável distingui-los das regras. Nas palavras de Barroso (2003, p. 337), a “dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras”.

Segundo o autor,

Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição (BARROSO, 2003, p. 338).

Bonavides (1998, p. 260) acrescenta que os princípios tidos como “valores fundamentais, governam a Constituição, a ordem jurídica. Não são, apenas lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”. Tais princípios, segundo o autor, são compreendidos “normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa”.

Portanto, sendo a Constituição um conjunto sistemático de regras e princípios, tendo como ancora o consenso social sobre os valores básicos, vislumbra-se que os princípios estão no ápice da pirâmide normativa, são norma *normarum* ou norma das normas, fonte das fontes. Conforme resume Bonavides (1998, p.265), “são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição”.

Portanto, enquanto os princípios suscitam problemas de validade e de peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas). Pois, segundo Alexy (2011, p. 512), as regras “são normas que exigem algo de modo definitivo. São comandos definitivos. A sua forma de aplicação é a subsunção”. Em contraponto, os princípios “são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dada as possibilidades factuais e jurídicas existentes. Assim, os princípios são exigências de otimização. Sua forma de aplicação é a ponderação”.

A distinção teórico-normativa, na concepção de Alexy (2011, p. 513), dispõe a interpretação dos direitos constitucionais na mesma acepção dos princípios, não significando que também não possam exprimir regras ou elementos de regras. Importante ressaltar que foi devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, que se pacificou a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de Direito, posto, merece destaque a visão dos citados autores.

Afirma Ávila (2007, p. 28) que Ronald Dworkin realizou um “ataque geral contra o positivismo”, pois, em sua visão, os positivistas consideram, de maneira equivocada, o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, ignorando os princípios.

Para Dworkin (ÁVILA, 2007, p. 28), as regras são aplicadas ao modo do tudo ou nada, ou seja, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Dessa forma:

Havendo colisão entre as regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios (ÁVILA, 2007, p. 28).

Desse ponto evidencia-se que os princípios, contrariando as regras, possuem uma dimensão de peso, verificável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. Dessa forma, a diferenciação realizada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, e sim numa diferenciação em relação a estrutura lógica, embasada em critérios classificatórios, e não comparativos.

Segundo Ávila (2007, p. 29), a teoria proposta por Dworkin difere das outras porque tem base, mais fortemente, na forma de aplicação e no relacionamento normativo, estreitando as duas espécies normativas.

Destarte, Alexy (2011, p. 513) chama atenção para adoção de regras pelo constituinte que ultrapassam questões de ponderação, não restando ao interprete outra alternativa, se não a sua aplicação. Entretanto, a inexistência de uma “decisão de autoridade” realizada pelo constituinte (lacuna legislativa), induz à ponderação dos princípios, levando os tribunais a ultrapassarem o texto legal para a sua conformação, tal como o realizado pelo Tribunal Alemão, quando, em 9 de fevereiro de 2010, “criou um direito social a um mínimo existencial”, remetendo à qualidade ativista da decisão, ainda que sob a roupagem da conformação de princípios.

### **4.3 AS Características dos princípios e a proporcionalidade**

A exigência de otimização dos princípios remete a vinculação ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), com reconhecimento na teoria e prática da fiscalização constitucionalidade, que subdivide-se em três sub princípios (ALEXY, 2011, p. 514): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação da medida (*Geeignetheit*) deve ser analisado na busca da prossecução do fim, consubstanciando a expressão da otimização de Pareto (otimização relativa em face de condições fáticas), referindo que nenhuma medida restritiva de direitos deve ser acolhida se com ela não buscar a promoção ou outro direito ou interesse geral (SILVA, 2012, p. 644).

A necessidade (*Erforderlichkeit*) faz menção a substituição da medida mais benigna, igualmente eficaz (adequada) e menos gravosa. Ou seja, a otimização daquilo que é efetivamente realizável, ao passo que a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit in engrene Sinne*) corresponde ao conhecimento de uma posição que pode ser melhorada sem afastamento de outra, permitindo concluir que não é demasiado gravosa em relação à conveniência do atendimento ao resultado buscado - “mandato de ponderação” (SILVA, 2012, p. 644). Tavares (2012, p. 644), mencionando Alexy, difere os princípios da adequação e necessidade como mandatos de otimização fática, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito é um mandato de otimização jurídica, significando que a adequação e a necessidade são interdependentes entre o juízo normativo e as condições de validade fática das medidas. Resultando em uma limitação funcional para a Corte, enquanto a proporcionalidade, em sentido estrito, estará perante um juízo normativo de ponderação entre direitos conflitantes e de interesse público relevante.

A otimização do realizável corresponde à redução dos “custos evitáveis”, que somente não é possível quando da colisão de princípios, momento em que a ponderação é necessária, no que Alexy (2011, p. 514) chama da Lei da Ponderação.

#### 4.3.1 Lei da ponderação

Alexy (2011, p. 515) faz referência a Lei da Ponderação, pressupondo a possibilidade de juízos racionais de intensidade de interferência, do grau de importância e da relação entre os princípios, estabelecendo uma graduação da não satisfação, a importância de satisfação de um princípio conflitante e se a satisfação do princípio justifica o detrimento.

Anísio (AMARAL, 2011, p. 279) refere a distinção entre princípios da proporcionalidade em sentido amplo e sentido estrito, considerando que o princípio da ponderação está no princípio da proporcionalidade, o qual se compõe de três princípios parciais: “i) idoneidade; ii) necessidade; e iii) proporcionalidade em sentido

estrito, dando ideia de otimização. A ponderação é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito”.

Esse princípio parcial se deixa formular como a primeira lei da ponderação ou lei da ponderação material, a qual diz que “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Tal lei apresenta a seguinte formulação: “quanto maior o grau de intensidade da intervenção em um princípio  $P_i$ , maior será o grau de importância da realização de outro princípio fundamental  $P_j$ .”(GAVIÃO FILHO, 2013, p. 239).

Contudo, a verificação desses graus deve ser analisada em três passos:

- 1) deve ser comprovado o grau de não cumprimento ou prejuízo a um princípio – ou grau de intensidade da intervenção ou restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie*<sup>16</sup> de um direito fundamental ou nas dimensões do bem juridicamente protegido;
- 2) deve ser comprovada a importância do cumprimento do princípio contrário – ou grau de importância dos fundamentos que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido;
- 3) deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio – ou se a importância da realização das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental (GAVIÃO FILHO, 2013, p. 239).

---

<sup>16</sup> Regras e princípios possuem, na visão de Alexy, um diferente caráter *prima facie*. Enquanto um princípio determina que algo seja realizado nas máximas medidas possíveis, levando em conta as possibilidades fáticas e jurídicas, uma regra válida impõe sua determinação de maneira exata, a não ser que haja uma cláusula de exceção. Os conflitos de princípios, por não serem resolvidos no âmbito da validade, exigem a observação das razões de um e outro princípio, para saber qual será afastado.

O caráter *prima facie* dos princípios é diferente, pois suas determinações só são definitivas inicialmente, antes que haja o conflito. Configurado o conflito, a resposta sobre sua realização ou não só sairá após a ponderação.

Alexy diferencia seu modelo daquele apresentado por Dworkin, pois a descrição das regras pelo modo de aplicação tudo ou nada não é suficiente. A este caráter Alexy acrescentou a possibilidade de inserção de uma cláusula de exceção. Acontece que as cláusulas de exceção, diferentemente do que sustenta Dworkin, não são teoricamente enumeráveis.

Se um princípio é afastado quando um princípio oposto tem peso maior do que ele, uma regra não é afastada apenas porque o princípio que a sustenta tem peso menor que o princípio oposto. Exige-se argumentação suficiente para justificar também o afastamento dos princípios que exigem o cumprimento das regras. Assim, o caráter *prima facie* de uma regra é maior quando é maior o peso dos princípios formais que determinam que as regras de um ordenamento devem ser cumpridas. Somente se não tivessem nenhum peso tais princípios formais, haveria equiparação entre o caráter *prima facie* dos princípios e das regras.

Resumidamente, quanto maior o grau de intervenção sobre um princípio, maior será o grau de importância do princípio incidente, de modo a justificar o afastamento do princípio incidido ou afastado.

Logo, a maneira de verificar o grau de incidência está vinculada: *i)* ao grau de não cumprimento ou prejuízo a um princípio fundamental ou na dimensão do bem juridicamente protegido; *ii)* a comprovação da importância do princípio que se sobrepõe ao afastado nas posições fundamentais jurídicas *prima face* de um direito fundamental ou dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; *iii)* a *comprovação da* importância do cumprimento do princípio ou mesmo se a importância da realização de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas de outro direito fundamental (GAVIÃO FILHO, 2013, p. 249).

O resultado da ponderação dos princípios, conforme as circunstâncias do caso concreto, é a regra a ser aplicada. Se pode trazer como exemplo o caso Lebach<sup>17</sup>, onde houve a intervenção ao direito fundamental de informação em detrimento do livre desenvolvimento da personalidade, o que resultou na proibição de transmissão do documentário sobre fatos passados e os detalhes da vida privada dos acusados condenados, utilizando-se a fórmula  $(P_1\mathbf{P}P_2)C$  elaborada por Alexy (2011, p. 99). Os elementos que compõe a fórmula são:

- $P_1$  = proteção a personalidade
- $P_2$  = proteção a liberdade de informação
- $\mathbf{P}$  = precedência condicionada
- C = Circunstâncias do caso concreto
- R = resultado

Como pode ser analisado, o resultado da ponderação dos princípios  $(P_1\mathbf{P}P_2)$ , aplicado ao caso concreto C, resulta na regra emitida pelo intérprete.

Recapitulando, o conflito entre regras se resolve no campo da validade, pois se uma regra é válida, ela deve ser aplicada ao caso concreto, valendo, dessa forma, também suas consequências jurídicas, pois estão contidas dentro do ordenamento jurídico.

---

<sup>17</sup> Referente a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que “estabeleceu uma relação de precedência ao reconhecer que a repetição em rede nacional de informações sobre fatos passados sobre apenado em processo de ressocialização não mais atendiam ao interesse de informação atual, a fora impor risco ao processo de ressocialização do apenado que havia cumprido integralmente a sua pena” (GAVIÃO FILHO, 2013, p. 249).

Entretanto se ambas as regras forem válidas, a aplicação dos dois diferentes dispositivos jurídicos conduz a resultados incompatíveis entre si.

Segundo Alex (2011, p. 92), pode-se afirmar que um conflito entre regras somente pode ser resolvido se for introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, na intenção de remover o conflito.

Se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento (CRISTÓVAM, 2010, p. 9).

Em certos casos pode-se aplicar, no caso de antinomias entre regras jurídicas, critérios para sua solução, são eles: critério hierárquico, pelo qual a regra hierarquicamente superior derroga a inferior, existe também o critério cronológico, pelo qual a regra posterior prevalece sobre a anterior, e ainda, o critério da especialidade, de acordo com o qual a regra especial supera a geral (ALEXY, 2011, p. 93).

Aqui vale observar que a colisão entre princípios será analisada em item próprio.

#### 4.3.2 Crítica à irracionalidade da ponderação

Os críticos da ponderação, conforme descrito por Alexy (2011, p. 515), a exemplo de Jürgen Habermas e Bernhard Schlink, contestavam a racionalidade de tal juízo, devido a inexistência de critérios racionais para o seu uso, refletindo apenas critérios de ordem de precedência e padrões de costume, uma vez que a Corte constitucional se utiliza dessas doutrinas nas suas decisões, os que as tornariam irracionais (GAVIÃO FILHO, 2013, p. 251).

No mesmo sentido, se o Tribunal Constitucional se utiliza dos direitos fundamentais como valores, analisados com prioridade em cada caso concreto, pode-se dizer que a sua aplicação é caso a caso, conforme a transitividade dos valores, ao passo que as normas apresentam validade universal. Por essa razão, as normas necessitam de uma maior justificação do que as utilizadas pelos valores, principalmente pelo seu caráter geral de obrigatoriedade (GAVIÃO FILHO, 2013, p. 251).

De certo modo, ainda que de forma tímida, Alexy (2011, p. 517) reconhece que quanto menor for a intervenção do princípio na regra, menor é a necessidade de argumentação. Tal como fez referência ao comentar o julgamento de uma decisão do Tribunal Distrital Inferior de Düsseldorf, mantida pelos tribunais superiores, que

[...] exigia aos serviços de registro dos residentes, às centrais de registro de estrangeiros e às universidades a transmissão de dados relativos a pessoas do sexo masculino, entre 18 e 40 anos, sobre, *inter alia*, a sua fé, país de origem, cidadania e áreas de estudo.

Adotando um sistema tripartite de grau de intervenção (leve, moderado e grave), o Tribunal Constitucional Federal entendeu pela impossibilidade de restrição do direito do paciente, classificando-o como interferência de “peso considerável” ao direito da personalidade, em detrimento do perigo geral e abstrato dos atentados terroristas pós 11 de setembro, o que foi classificado como de “peso médio” ou menos sério do que o do postulante (ALEXY, 2011, p. 516-517), com voto vencido do Juiz Haas, assim referindo:

De acordo com Haas, a interferência com o direito do queixoso te apenas um “peso baixo”, enquanto que a garantia de segurança é de maior importância. Estas classificações implicam que a queixa constitucional seja injustificada. Aqui, apenas dois pontos nos interessam. O primeiro é que ambos os lados apresentam numerosos argumentos para as suas classificações. Os argumentos da maioria para determinação da interferência como séria estendem-se ao longo de onze páginas, e os do Juiz Haas para determinação como leve, ao longo de quatro páginas. Isto ilustra que a ponderação não é simplesmente uma questão de classificação, graduação ou *rating*, mas essencialmente uma questão de argumentação. O segundo ponto é que os argumentos podem levar não só, como no caso do tabaco, a um acordo, mas também a desacordo. A questão está em saber o que significa isto para a justificação da fiscalização da constituição.

A aplicação de “pesos”, sem critérios pré-definidos e objetivos, baseados em uma decisão de valor (*Werturteil*), afasta a decisão judicial do Direito e aproxima dos critérios pessoais de quem a interpreta, sem a possibilidade de estabelecer um consenso entre o certo e o errado, ou mesmo um controle eficaz entre a norma e o método. Assim, “quando começa a ponderação, termina o controle das normas e do método, resultando na subjetividade e irracionalidade do tomador da decisão” (GAVIÃO FILHO, 2013, p. 252).

A crítica à teoria da ponderação - consequentemente da proporcionalidade na mesma esteira - vai além, afirmando que se trata de um argumento destituído de conteúdo e que “não passa de metáfora dotada de força persuasiva”, até mesmo

porque não se espera de um Tribunal Constitucional decisões aplicadas de forma desproporcional. A sistemática adotada, em verdade, visa “camuflar valorações subjetivas e irracionais, alheias ao Direito” (GAVIÃO FILHO, 2013, p. 252).

#### 4.3.4 Proposições de adequação a teoria da proporcionalidade.

A utilização do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, naturalmente, se dá perante um juízo normativo de ponderação entre dois direitos conflitantes ou entre um direito e um interesse público relevante. Alguns autores alemães já despontam a necessidade de adequar a teoria dos princípios com a inclusão de um quarto teste (requisito), além dos tradicionais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), consubstanciado na legitimação dos fins. Aqui lembra-se que nem todos os fins são adequadamente legítimos, principalmente se confrontados com os limites que podem ser atribuídos à “liberdade de escolha pública”, compondo, juntamente com o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, “um momento normativo” (TAVARES DA SILVA, 2012, p.645-646).

Entre os doutrinadores que trabalham a sistemática do princípio da proporcionalidade, tem-se Canotilho, cujo estudo do princípio da proibição do *excesso (Übermassverbot)* ressalta que o “espaço da livre conformação do legislador”, que também se estende ao poder de regulamentar, justifica a limitação do controle do Poder Judiciário aos juízos de adequação e proporcionalidade em sentido estrito, levando em conta que o autor deixa espaço de escolha próprio do princípio da legalidade e a escolha da medida, afastando o princípio da necessidade. Em suas palavras, Canotilho (2007, p. 272) pondera que:

Esta liberdade de conformação tem especial relevância ao discutir-se os requisitos da adequação dos meios e da proporcionalidade em sentido restrito. Isso justifica que perante o espaço de conformação do legislador, os tribunais se limitem a examinar se a regulação legislativa é manifestamente inadequada ou se existe um erro manifesto de apreciação por parte do legislador.

Andrade (2012, p. 288), por seu turno, sob influência de Hesse, minimiza a tese da necessidade (o mandato do meio mais benigno), passando a utilizar a tese da razoabilidade como forma de limitar a liberdade criativa, permitindo uma variação

de medidas de restrição, desde que todas se encontrem “dentro de uma razoabilidade exigível”, integrado como elemento da ponderação.

Por seu turno, Novais (2004, p. 161) propõe a complementação da tese da proporcionalidade incluindo a razoabilidade – como condição de apreciação da gravidade qualitativa e quantitativa da intervenção judicial em face da sujeição à limitação da liberdade de autonomia pessoal – e a “determinabilidade” – “que impõe um grau de concretização e densidade as normas que acolhem as medidas restritivas de forma a limitar ao máximo o respectivo espaço de realização”.

A ideia da adoção do princípio da razoabilidade descrita por Novais (2004, p. 28) visa evitar que a salvaguarda dos direitos fundamentais fique limitada à inviolabilidade do núcleo, da mesma forma como interpretado por Dworkin, por consistirem os “efetivos trunfos contra a maioria”. Segundo o autor,

A metáfora dos trunfos tem a sua cunhagem em Dworkin, para quem o direito como trunfo significa que as posições jurídicas individuais que assentam no direito natural a igual consideração e respeito que o Estado deve a cada indivíduo funcionam como trunfos contra preferências externas, designadamente contra qualquer pretensão estatal em impor ao indivíduo restrições de sua liberdade em nome de concepções de vida que não são as suas e que, por qualquer razão, o Estado considere como merecedores de superior consideração. Neste sentido se fala em direitos como trunfos que “entrincheiram” os bens de liberdade e autonomia individual como decisões políticas, mesmo que estas se pretendam justificar na necessidade de limitações da liberdade individual em nome da obtenção do bem da comunidade como um todo ou de uma concepção particular da vida boa (NOVAIS, 2006, p. 28).

Entre as teses de adequação propostas por Canotilho e Novais, nota-se a busca por uma “dimensão moral da proporcionalidade”, visando o afastamento dos excessos, mesmo que ainda mantenha um grau elevado de subjetividade, em contraposição à tradicional “dimensão política da proporcionalidade” (TAVARES DA SILVA, 2012, p. 648).

Em resposta aos questionamentos e sugestões, Suzana Tavares da Silva (2012, p. 649) apresenta os argumentos de Alexy, quando explica que a adoção da universalização dos princípios decorre da sua flexibilização, pois de seu balanceamento resultará uma interpretação ajustada às premissas decorrentes do contexto cultural, não implicando em uma ponderação sempre favorável ao interesse público coletivo, mas em um resultado fundado no “peso que as pessoas derem aos interesses relevantes em conflito”.

#### 4.4 A Solução da colisão entre direitos fundamentais pela teoria dos princípios

Os direitos fundamentais, conforme esclarecido anteriormente, possuem natureza principiológica e dessa forma, ao estudar a colisão entre princípios, se está fazendo referência à colisão entre direitos fundamentais.

A Constituição Federal, no Estado Democrático de Direito, representa inúmeras ideologias diferentes. Essas ideologias, por diversas vezes acabam chocando-se entre si em face da sua potencialidade contraditória. Como afirma Marmelstein (2008, p. 365):

[...] as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entrem em rota de colisão.

Há uma diversidade de casos não incomuns de colisão de direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à informação que entra comumente em conflito com o direito à intimidade; à liberdade de imprensa com o direito à privacidade, uma faceta dos direitos da personalidade, entre outros. Os conflitos surgem em razão dos direcionamentos opostos de cada um desses princípios, uma vez que o direito à informação e à liberdade de expressão seguem o caminho da transparência, da livre circulação de informação; já os direitos da personalidade, orientam-se no caminho da tranquilidade, do sigilo, da não exposição.

Não obstante a solução a ser adotada, nessas colidências sempre ocorrerá a restrição, por vezes total, de um ou dois valores. Posto que, todas as circunstâncias envolvendo colisão de direitos fundamentais são de difícil solução, dependendo para se determinar o rumo a ser seguido das informações do caso concreto e dos argumentos fornecidos pelas partes envolvidas. Evidencia-se, assim, a necessidade de ponderação para se chegar à equalização do conflito.

Os direitos fundamentais, tal como demonstrado, não apresentam natureza absoluta, portanto, em caso de conflito, não há prevalência ou sobreposição de um em relação ao outro, mais uma razão para se realizar a ponderação. Na lição de Sarmiento e Galdino (2006, p. 293):

[...] apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de

envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.

Com o mesmo entendimento, Barroso (2009, p. 329) refere que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”, concluindo que os direitos fundamentais não são absolutos e, como resultado, seu exercício está sujeito a limites, e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em inúmeras situações, são aplicados mediante ponderação.

Deve-se buscar a máxima otimização da norma (MARMELSTEIN, 2008, p. 368), e o agente concretizador deve buscar a efetividade até onde for possível atingir, ao máximo, a vontade constitucional, sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos. Assim, os limites constitucionais que não constarem expressamente no texto da Constituição, “são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional, daí a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como fornecer parâmetros ao intérprete judicial” (BARROSO, 2009, p. 332).

A afirmação, dessa forma, que os direitos fundamentais não são absolutos e que toda norma de direito fundamental é relativa, pode levar a falsa noção de que as proteções constitucionais são frágeis e que podem ceder sempre que assim ditar o interesse público, expressão, por demais, vaga. Deve ficar claro que a regra é a observância dos direitos fundamentais e não sua restrição (MARMELSTEIN, 2008, p. 369).

As limitações a direitos fundamentais, em sua totalidade, devem ser analisadas como possivelmente irregulares e, por essa razão, devem sofrer exame constitucional mais rigoroso, cabendo ao Judiciário exigir a demonstração de que a limitação se justifica diante de um interesse mais importante. Destaque-se que somente será legítima a restrição ao direito se for atendido o princípio da proporcionalidade, pois a ponderação entre princípios se operacionaliza através desse princípio.

A essência e a destinação do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais. Diante dessas palavras, busca-se demonstrar a finalidade do princípio da proporcionalidade na ponderação entre direitos fundamentais. Assim, entende-se que por não possuírem caráter absoluto, como demonstrado

anteriormente, os direitos fundamentais podem ser restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar outro valor constitucional.

Ensina Marmelstein (2008, p. 372) que “para se verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer uso do princípio da proporcionalidade”. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade funciona como instrumento indispensável para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais, atuando como “uma poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos como os ditames da razão e da justiça” (SARMENTO, 2002, p. 77). Por essa razão, o princípio é chamado de limite dos limites.

A teoria da proporcionalidade mostra-se como instrumento através do qual se operacionaliza o método da ponderação entre os princípios que objetiva solucionar as colisões entre princípios. Atualmente, o princípio da proporcionalidade ocupa uma posição destacada no direito Constitucional, posto que, tornou-se, dentro do assunto direito fundamental, principalmente, nas situações de restrições legislativas, a caracterização de limites que precisam ser respeitados, e, havendo colisão, o parâmetro a ser observado.

O princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, nem tampouco com o princípio da vedação ao excesso. O princípio da proporcionalidade possui maior abstração do que o princípio da razoabilidade, ainda, vislumbra-se que a razoabilidade possui função negativa, enquanto que a proporcionalidade função positiva.

A construção clássica do princípio da proporcionalidade deve-se à dogmática e jurisprudência alemã, que nas últimas décadas universalizou-se, constituindo um “padrão universal de valoração de poderes e medidas, que está presente em todos os ordenamentos jurídicos” (TAVARES DA SILVA, 2012, p. 641). Nesse sentido, Roberta Pacheco Antunes (2006, p. 11) ensina que:

O conceito de proporcionalidade como termo técnico jurídico no Direito Alemão foi utilizado pela primeira vez em 1802, por Von Berg, cujas ideias só bem mais tarde, cerca de um século depois, foram impostas de forma efetiva no campo do Direito de Polícia, por obra do superior tribunal administrativo da Prússia. Cumpre ressaltar acerca da jurisprudência constitucional da Alemanha, onde muito cedo, sedimentou-se o entendimento de que a proporcionalidade consubstancia relevante meio de controle estatal, visando à observância e concretização dos direitos fundamentais do cidadão.

Essa ideia desenvolvida na Alemanha foi a que se propagou pelo mundo, onde vários estados a incluíram em seus textos constitucionais. No Brasil, a proporcionalidade é tida como um princípio e tem aplicação considerável no Judiciário para se garantir a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos no Texto Maior.

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade, Suzana Tavares da Silva (2012, p. 641) afirma que ele:

Neste movimento de expansão transnacional para outros ordenamentos jurídicos, o princípio da proporcionalidade acaba, por um lado, transformando-se em um transplante legal – algo dificilmente acomodável, na sua concepção original, em todos os sistemas, principalmente se for concebido como conteúdo doutrinário; mas essencial, enquanto método de balanceamento, na proporção de um *standard* universal para o controle do poder e a avaliação das medidas restritivas de direitos fundamentais e da que afectem expectativas legítimas.

A autora refere que a mutação em seu conteúdo, inspirada em decisões da Corte Constitucional Alemã, tem adotado três dimensões desse princípio: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. De modo que será possível uma limitação a um direito fundamental se estiveram presentes na medida correta todos esses aspectos. (TAVARES DA SILVA, 2012, p. 641).

Pode-se entender por adequação da medida (*Geeignetheit*) as próprias que devem ser utilizadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir. Deve ser respondido o seguinte questionamento: o meio escolhido foi o adequado e pertinente para atingir o resultado almejado? Se não, desrespeitou-se o princípio da proporcionalidade, então a medida deve ser anulada pelo Poder Judiciário?

Já o subprincípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) exige que o poder Judiciário apure a medida ou a decisão tomada, dentre as aptas a consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou a coletividade (CRISTÓVAM, 2010, p. 7). Tem-se que a medida deve ser estritamente necessária, não podendo ser excessiva, nem tampouco insuficiente.

A proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*) é aquela ligada à ponderação. Pois a proporcionalidade exige uma análise das vantagens e desvantagens que a medida trará. Para verificar a presença da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser respondida a seguinte pergunta: o

benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que a medida buscou preservar?

Essa pergunta será solucionada realizando-se um exercício de balanceamento ou de ponderação, através do qual o jurista deverá levar em consideração todos os interesses em questão com o objetivo de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, embasada em uma argumentação firme, coerente e convincente. A técnica da ponderação é o instrumento indispensável para verificar a existência da proporcionalidade em sentido estrito no caso concreto, posto que, se esta for inexistente, o Judiciário deverá anulá-la.

Para a realização da ponderação de interesses constitucionais, é indispensável a utilização do princípio da proporcionalidade, pois o raciocínio próprio deste, com seus três subprincípios, é exatamente o que deve ser utilizado na ponderação. A ponderação de interesses não representa uma forma de decisionismo judicial disfarçado, já que seu método pauta-se pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade. Visando solucionar as colisões entre princípios, utiliza-se o método de ponderação de bens, que se operacionaliza mediante a teoria da proporcionalidade, conforme visto anteriormente.

Existem situações, contudo, em que as técnicas de interpretação tradicionais não são suficientes para solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais e os valores que eles representam. Conforme demonstra Marmelstein (2008, p. 386):

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.

Na opinião de Barroso (2009, p. 334), a ponderação é uma “técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”. Além desses conceitos, importante informação é apresentada por Antunes (2006, p. 08):

O método da ponderação de bens foi utilizado pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal Alemão na sentença Lüth em quinze de janeiro de 1958, na qual analisou-se e decidiu-se sobre a constitucionalidade de restrição a direito fundamental. O TCF decidiu que o direito fundamental à

liberdade de expressão deveria prevalecer, uma vez que não afetava interesses de terceiros dignos de proteção. Aludida preferência resultou em função das circunstâncias do caso concreto.

Em se tratando de um caso concreto, havendo uma colisão de direitos fundamentais, sendo essas normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa, legislativa ou judicial final deverá observar o imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, devem atender ainda aos postulados da unidade da Constituição e da concordância prática.

Ensina Marmelstein (2008, p. 387) que na técnica da ponderação, o jurista deverá, primeiramente, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, pelo princípio da concordância prática. Somente depois, caso não seja possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita.

Existem casos, entretanto, que essa harmonização revela-se impossível, uma vez que o sopesamento é uma atividade intelectual que, diante de valores colidentes, escolherá qual deve prevalecer e qual deve ceder. E talvez seja justamente aí que reside o grande problema da ponderação: inevitavelmente, haverá descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional. Quando duas normas constitucionais colidem fatalmente o juiz decidirá qual a que “vale menos” para ser sacrificada naquele caso concreto (MARMELSTEIN, 2008, p. 394):.

Dessa forma, fica claro que antes de se utilizar a ponderação, fazendo prevalecer um princípio sobre o outro, deve-se tentar solucionar o caso de colisão através da harmonização entre os princípios envolvidos. Deve-se “proceder a interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los”, conforme explana Sarmiento (2002, p. 99).

Importante frisar que antes de solucionar o conflito, em se tratando de direitos fundamentais, é necessário realizar a identificação dos “limites imanentes” de cada direito. Para Sarmiento (2002, p. 100), limites imanentes “representam a fronteira externa dos direitos fundamentais”. A fixação dos limites imanentes é anterior à resolução dos conflitos, pois só se caracterizará o conflito se a situação concreta se contiver no interior dos limites imanentes de mais de uma norma constitucional.

A observação dos limites do princípio, para constatar se existe ou não conflito, realmente é tarefa bastante árdua, pois é extremamente difícil delimitar um princípio,

por isso é indispensável que essa verificação se dê a partir de um determinado caso concreto. Após constatar que existe de fato um conflito, é possível iniciar a ponderação propriamente dita dos interesses envolvidos em disputa. Nessa fase ocorrerá o sopesamento de valores envolvidos no conflito.

Após a atribuição de pesos, será necessário decidir a intensidade com que esse grupo de normas deve prevalecer no caso concreto. “Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade”, como ensina Barroso (2009, p. 335). Por sua vez, Sarmiento (2002, p. 104) fala da necessidade do julgador encontrar o peso genérico que a ordem constitucional confere a determinados princípios e o peso específico atribuído no caso concreto. O autor afirma que o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso que representar.

Sarmiento (2002, p. 104), reafirma a importância do princípio da proporcionalidade, ao dizer que “as restrições devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.

Uma decorrência lógica da atribuição de pesos no processo de ponderação, é a argumentação jurídica, através dela os interesses contrapostos serão defendidos, para que se possa finalmente chegar à solução da colisão entre direitos, decidindo-se pela aplicação do princípio prevalente ao caso concreto e o seu grau de intensidade. Através da argumentação jurídica é possível se aproximar do controle da racionalidade das decisões judiciais.

Barroso (2009, p. 338) afirma que “nas hipóteses em que a solução produzida não decorre de uma lógica subsuntiva, o ônus argumentativo se potencializa, devendo o intérprete demonstrar, analiticamente, a construção do seu raciocínio”. Dessa forma, a utilização da técnica da ponderação dos princípios pode acarretar o risco de se servir a subjetivismos exacerbado. Envolvendo avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências. Por essa razão, é preciso ter em mente alguns limites que devem ser respeitados na utilização da ponderação.

A técnica da ponderação encontra em Jürgen Habermas, autor da teoria discursiva do direito, um de seus maiores críticos, sob a alegação de que a ponderação é irracional – eis que não há um controle de racionalidade intersubjetiva (razão interpessoal) – e a jurisdição constitucional é ilegítima para aplicar a sua

interpretação, pois há necessidade de uma referência jurídica em nome da justiça do caso concreto, e as decisões dos juízes levariam à flexibilização dos direitos fundamentais e à decisões casuísticas e imprevisíveis. O teórico ainda refere que a utilização da ponderação afasta os princípios da democracia e da divisão dos Poderes, conduzindo ao relativismo e ao decisionismo (GAVIÃO FILHO, 2013).

Conforme visto nos subtítulos anteriores, ocorrendo tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional em vigor, o de menor peso, de acordo com as circunstâncias e condições inerentes ao caso concreto, abdica do seu lugar em favor daquele de maior valor, em uma “relação de precedência condicionada”. É diferente do que ocorre com os conflitos entre regras, não são estipuladas cláusulas de exceção, pois, senão, estar-se-ia limitando o princípio constitucional para situações futuras, quando poderá preceder frente a outros valores com os quais entre em colisão. Busca-se, pelo princípio da ponderação, decidir, ante as condições do caso, qual valor possui maior peso, devendo prevalecer na situação.

A ponderação entre princípios constitucionais é atividade das mais intrincadas e essenciais para a manutenção da ordem constitucional coesa. Por essa razão é hercúlea a tarefa do Poder Judiciário, principalmente da Corte Suprema, quando do controle da constitucionalidade de leis que limitam de direitos, bem como da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição, colidentes no caso concreto.

Desta forma, há que se utilizar a ponderação entre princípios fundamentais para melhor adequação ao caso concreto, não havendo primazia específica entre direitos fundamentais, somente passível de deslocamento temporário de um determinado princípio enquanto, naquele momento e seguindo as regras de ponderação, houver necessidade de maior incidência de um sobre outro.

Essa discricionariedade estrutural da ponderação, adotada pelo Tribunal Constitucional e definidas em escalas (leve, moderada e grave), difere-se da discricionariedade epistêmica adotada pelo parlamento, com caráter de incerteza empírica e normativa. Assim, a adoção da discricionariedade pelo Tribunal Constitucional deve levar em conta que a fiscalização da constitucionalidade deve guardar coerência com os limites de competência do legislador, pois a intensidade de interferência na fiscalização atinge diretamente o princípio da democracia.

#### **4.5 O controle dos direitos fundamentais pela Corte Constitucional, o limite da ponderação e o déficit democrático: contribuição de Robert Alexy**

Vencidos, ainda que de forma breve, a conceituação de direitos fundamentais e a sua aplicação com base na teoria dos princípios, passa-se a discorrer sobre a problemática do déficit democrático do controle dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional, na visão de Alexy (2011), e as proposições de solução através da teoria da ponderação.

De início, apresenta-se como dificultosa a ideia de concessão da discricionariedade decisória à Corte constitucional em face da problemática do déficit democrático da fiscalização da constitucionalidade. O tormentoso questionamento encontra-se em quem tem a legitimidade institucional e “quem deveria impor os limites da competência legislativa” (ALEXY, 2011, p. 519).

A solução apresentada pela via da ponderação de Alexy (2011, p. 519) também reconhece a necessidade de limitação da interpretação da própria teoria, ao referir que o “limite da ponderação é transgredido pelo legislador quando a interferência de uma determinada regulação com o direito constitucional tem maior peso do que as razões que a justificam”. Nesse sentido, o autor argumenta sobre a regulação atribuída ao Tribunal Constitucional:

[...] um parlamento que prescreva esta regulação irá, todavia, em regra, que ela é constitucional, o que implica que seja proporcional, e o que implica, também, que as razões justificativas da interferência tenham, pelo menos, o mesmo que esta (ALEXY, 2011, p. 519).

Por outro lado, a crítica à racionalidade da ponderação como elemento de fiscalização da constitucionalidade assevera sobre porque as valorações atribuídas pelo Tribunal devem se sobrepor aquelas postas pelo parlamento democraticamente eleito. Note-se que nenhum legislador edita leis prevendo a sua inconstitucionalidade, pelo contrário, há presunção de legitimidade e interesse da sociedade que outorgou a legitimidade legiferante, até que venha a ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário no exercício de controle dos limites do poder de legislar.

Em resposta aos questionamentos críticos, Alexy (2011, p. 519) propõe como solução a junção de três argumentos com justificadores do controle pela ponderação, sendo eles: “um argumento formal, um argumento substancial e um

argumento procedimental”. O argumento formal decorre do *nemo iudex in sua casua* (ninguém pode ser juiz em causa própria, em tradução livre), contraposto por Jeremy Waldron (ALEXY, 2011, p. 520), ao afirmar que tem sempre que existir “alguma pessoa ou instituição cuja decisão seja final”, e que a pessoa ou instituição “determina *ipso facto* a aceitabilidade da [sua] própria perspectiva”.

A questão da última instância mostra-se complexa pelo fato de não aceitar o controle de qualquer outra instituição, até mesmo porque deixaria de ser a última instância. A ausência de controle institucionalizado da Corte é um problema a parte, que, dentre as opções de ter ou não um controle independente, ainda que com certo grau de discricionariedade, preferível que se mantenha a independência de qualquer outra instituição, pois assim estarão preservando os direitos fundamentais da melhor forma.

Em resposta ao questionamento se os direitos deveriam ser melhor protegidos, Alexy (2011, p. 521) descreve o segundo argumento, o argumento substancial, da seguinte forma:

O argumento substancial é baseado na importância dos direitos constitucionais. A importância dos direitos constitucionais provém do facto de serem direitos que foram consagrados numa constituição com a intenção – subjetiva ou objetiva – de transformar direitos humanos em direito positivo, por outras palavras, a intenção de positivizar direitos humanos enquanto morais. Direitos morais são direitos válidos exclusivamente em virtude da sua correção. Neste sentido, são direitos ideais.

Os direitos constitucionais, na busca de positivação dos direitos humanos, apresentam um carácter dúplice, se dividido em uma dimensão real ou institucional e uma dimensão ideal e crítica dos direitos morais (ALEXY, 2011, p. 521). Essa dimensão ideal e crítica dos direitos morais atua como direitos supra-positivos, permanecendo independente da sua positivação. Os direitos humanos, enquanto direitos morais, devem ser protegidos como um reforço ao direito positivado. A sua consequência prática na justificação do controle da fiscalização da constitucionalidade está na sua não limitação, ao contrário da teoria de Kelsen, que atendia a uma estrutura hierárquica do direito positivo (ALEXY, 2011, p. 521).

A argumentação restrita ao carácter de princípios dos direitos constitucionais induz à exigência de otimização, e, em caso de violação pelo Parlamento, cabe ao Tribunal Constitucional a competência para responder à violação, atendendo ao princípio da proteção de direitos constitucionais, classificado como um “meta-

princípio” composto por todos os demais representados pelo Direito Constitucional, vindo a conjugar os argumentos formal e substancial (ALEXY, 2011, p. 521).

O argumento procedimental decorre da legitimidade e da correção da proteção legítima e correta dos direitos fundamentais.

#### 4.5.1 O déficit democrático de representação

A legitimidade democrática na fiscalização constitucional, em especial ao princípio da democracia, apresenta aspectos positivos e negativos. O aspecto positivo está em saber com que intensidade a fiscalização da constitucionalidade interfere na democracia representativa, que nas palavras de Alexy (2011, p. 522):

Quanto menor o grau de interferência, maior a legitimidade. Este é o tema da teoria da discricionariedade ou da deferência. A teoria da discricionariedade ou da deferência estabelece casos em que a interferência com o princípio da democracia é precluída pela Constituição. Podem designar-se esses casos por “casos de não-interferência.

Ainda como aspecto positivo, há o incremento do peso do princípio da proteção através da junção com o princípio da democracia, significando que em qualquer colisão, ele deverá ser encontrado em ambos os lados conflitantes. Dessa forma, não há colidência de direitos fundamentais que não decorra dos aspectos democrático (origem) e protetivo (consequência).

Já o aspecto negativo é a atribuição de peso inferior ao princípio da democracia, relativamente ao princípio da proteção aos direitos constitucionais, o que, naturalmente, rebaixa o grau de discricionariedade do poder legislativo. O aspecto positivo, todavia, subdivide-se em “conhecimento argumento de que a fiscalização da constitucionalidade é legítima porque serve para proteger as condições pressupostas por uma democracia”. O segundo argumento positivo faz referência a todos os direitos constitucionais, e não somente aos que são relevantes para a fundamentação da democracia, conhecido como argumento de representação (ALEXY, 2011, p. 522).

O argumento de representação argumentativa, como marco inicial, é o que faz o controle de constitucionalidade como um exercício de autoridade de Estado, tal como no caso de invalidação de leis, que atuaria na condição de legislador negativo. Nesse ponto, Alexy (2011, p. 523) chama atenção para o art. 20 da Lei Fundamental

da República Federal da Alemanha, o qual afirma que “toda a autoridade estatal procede do povo”, logo, o controle de constitucionalidade, enquanto legislador negativo, só pode ser legítimo de atender os anseios do povo. Em outras palavras, o controle de constitucionalidade deve priorizar o interesse popular em escala genérica ou ampliada.

Assim como há o controle da constitucionalidade, Alexy (2011, p. 523) argumenta, também, sobre o controle democrático. No caso, existe uma relação entre *repraesentandum* (o povo) e o *representans* (o Parlamento), de modo que o controle de atuação legislativa se dá através das eleições periódicas de seus membros, dotado de uma democracia composta por um sistema de decisão concentrado no conceito de eleição e de regra da maioria.

Um conceito adequado de democracia, entretanto, além dos elementos de representação e decisão, deve incluir a argumentação no conceito democrático deliberativo, como forma de tentativa de institucionalizar o discurso nas tomadas de decisões públicas, agindo na forma de elemento de fiscalização da atividade legislativa (ALEXY, 2011, p. 523). Nesse ponto difere-se o controle democrático do Poder Legislativo em relação ao Poder Judiciário.

A representação popular em um Tribunal Constitucional não se dá da mesma forma direta, nem mesmo lhe é facultada a possibilidade de reeleição dos membros, o que funcionaria como um controle democrático da atividade. Se dá de forma indireta, ou seja, através da nomeação de seus membros por parte dos representantes efetivamente eleitos, assim como as decisões proferidas pela Corte também devem atender a um critério majoritário, além de caracterizar-se como essencialmente argumentativo, levando em conta os critérios volitivos e decisionista do Parlamento (ALEXY, 2011, p. 524).

A principal crítica à teoria da fiscalização constitucional refere que a representação argumentativa não é eficaz, uma vez que o constitucionalismo ideal domina o real, assim como o Tribunal Constitucional é livre para reconhecer qualquer argumento como representativo da sociedade. Ainda, que a teoria dos direitos constitucionais, passando pela ponderação, argumentação e fiscalização, termina em uma ilusão, onde é possível justificar e legitimar tudo (ALEXY, 2011, p. 525).

Essa concepção crítica, porém, é refutada por Alexy (2011, p. 525) sob o argumento de que o controle de constitucionalidade como o argumentação ou

discurso “não permite tudo” e, segundo a teoria da fiscalização da constitucionalidade como representação pode ser vinculada ao que efetivamente a sociedade pensa.

Devem ser distinguidos os bons dos maus argumentos, através de uma teoria voltada ao discurso racional, o que não afasta o “desacordo razoável”, tal como narrado no voto vencido do Juiz Haas, demonstrando a existência de desacordos no seio do tribunal. Entretanto, cada magistrado apresenta seus argumentos e a maioria decide. Há casos, também, com apenas uma resposta possível e que mesmo assim não afasta a necessidade de uma argumentação certa ou correta.

A existência de argumentos bons e corretos, para Alexy (2011, p. 526), representam o melhor meio de aproximação do que é discursivamente necessário, suficiente para a “deliberação e reflexão”, mas não suficiente para a representação. A argumentação ideal deve somar-se com o nível de aceitação pela sociedade, devendo um número de pessoas, por longo prazo, aceitar os argumentos com os mesmos elementos de correção. Nas palavras do autor:

Isso mostra que existem duas condições fundamentais para a verdadeira representação argumentativa: primeiro, a existência de argumentos válidos ou corretos, e, segundo, a existência de um número suficiente de pessoas racionais, ou seja, de pessoas que sejam capazes de, e que pretendam, aceitar argumentos válidos e correctos, pela razão de serem válidos e correctos (ALEXY, 2011, p. 526).

A concepção analógica de pessoas, pelo conceito liberal de John Rawls (ALEXY, 2011, p. 526), compreende as “pessoas constitucionais”. Assim, essas condições são elementos pré-dispostos para a fiscalização da constitucionalidade (controle de constitucionalidade na doutrina brasileira), exprimindo sua confiança na razão, de modo que sem ela não haveria o efetivo controle e o projeto de fiscalização do constitucionalismo democrático seria uma estrutura frágil.

## 5 LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E AO ATIVISMO JUDICIAL: ESTUDO DE CASO

O quarto e último capítulo aborda o estudo do discurso<sup>18</sup> jurídico utilizado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na decisão da medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nºs 43 e 44/DF. Tal decisão prevê a compatibilidade da execução da pena privativa de liberdade após o esgotamento do pronunciamento judicial em segunda instância, em contraponto ao art. 283 do Código de Processo Penal (CPP). De modo que a decisão marca o assentamento da modificação de interpretação constitucional iniciada com o julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 126.292/SP, firmando o entendimento de que:

[...] 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 (BRASIL, 2016, p. 2).

O complexo acórdão, composto de 250 laudas, teve como vencidos os votos dos ministros Marco Aurélio Mello, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Melo e, em parte, ministro Dias Tóffoli. Ainda, participaram da sessão os ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Teori Zavascki, Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin e Cármen Lúcia.

A importância desse julgamento para o presente trabalho, além do dissenso da doutrina, está na busca por uma classificação da decisão com base no discurso de justificação, no tipo de sentença normativa e na teoria de interpretação adotada pelos ministros que compuseram o plenário e, conseqüentemente, o seu resultado final como órgão colegiado, visando classificá-la dentro do contexto mutacional (de interpretação conforme ou mesmo ativista), respeitando ou não os direitos fundamentais como elemento limitador da atividade criativa do Supremo STF.

---

<sup>18</sup> Na hermenêutica se visa uma forma de interpretação e como tal se procura extrair um (vários) sentido(s) do texto. A análise de discurso não é um método de interpretação, não atribui nenhum sentido ao texto. O que ela faz é problematizar a relação com o texto, procurando apenas explicitar os processos de significação que nele estão configurados, os mecanismos de produção de sentidos que estão funcionando. Compreender, na perspectiva discursiva, não é, pois, atribuir um sentido, mas conhecer os mecanismos pelos quais se põe em jogo um determinado processo de significação. § Desse modo, podemos dizer que a análise de discurso visa a compreensão na mesma medida em que visa explicitar a história dos processos de significação, para atingir os mecanismos de sua produção.” (ORLANDI, 2012, p. 158-159).

## 5.1 Resumo dos votos dos ministros

Importante para o estudo a análise dos argumentos que formaram a maioria, assim como os votos vencidos, como elementos do discurso de vinculação decisória (discursos de justificação e de aplicação), para posterior análise de seus fundamentos dentro de uma estrutura doutrinária desenvolvida nos capítulos antecedentes, sem qualquer posicionamento ou juízo valorativo quanto ao seu conteúdo, o que não faz parte do proposto a ser desenvolvido neste estudo.

De antemão, privilegiar-se-á, para fins de registro, os pontos dissonantes e as bases interpretativas entre os votos, evitando, assim, tautologias entre os fundamentos comuns adotados como razão de decidir.

### 5.1.1 Voto do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (Relator)

O ministro Marco Aurélio Mello, relator da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44/DF, apresentou seu voto em dez (10) laudas, inferindo que a decisão proferida no acórdão do HC nº 126.292, relatado pelo ministro Teori Albino Zavascki no Tribunal Pleno, constituiu em uma “reviravolta” no posicionamento até então adotado pelo STF, causando uma fissura na sistemática de precedentes (BRASIL, 2016, p. 14).

Observou que a organização do sistema jurídico leva em conta o preconizado no art. 5º, LVII, da CF, ou seja, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O relator argumenta que a literalidade de tal preceito não deixa margem para dúvidas, afirmando que “a culpa é pressuposto da reprimenda e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior”. Desse modo, a “regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender” (BRASIL, 2016, p. 14).

O ministro ainda afirma que a edição da Lei nº 12.403/2011 concretizou a garantia já disposta na CF, adequando a compreensão até então assentada pelo STF, alinhando a Lei Federal e a Lei Maior, do que o próprio Tribunal passou a se afastar após o julgamento do HC nº 126.292.

Citando a decisão proferida no *Habeas Corpus* paradigma, o ministro Marco Aurélio Mello faz uma análise interpretativa dos limites de atuação do STF e assim manifesta:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa (BRASIL, 2016, p. 15).

No mesmo passo, o ministro aduz que não merece prosperar “a distinção entre as situações de inocência e não culpa”. Uma vez que “A execução da pena fixada mediante a sentença condenatória pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade”. Por sua vez, a implementação de sanção antes de determinada a prática do delito implica “negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2016, p. 17).

O pronunciamento abrange, também, o pedido sucessivo, formulado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43, no sentido de aplicar, analogicamente ao prescrito no art. 319 do CPP, medidas alternativas à custódia do acusado, cuja decisão condenatória não tenha alcançado a preclusão maior.

O ministro citou questões metajurídicas como fundamento de decisão, tais como a superlotação dos presídios - destacado no julgamento da ADPF nº 347, em face do elevado número de cidadãos recolhidos provisoriamente, em decorrência da disfunção do instituto da custódia cautelar e a inobservância do princípio da não culpabilidade, induzindo ao automatismo da execução criminal –; e o elevado número de reversão de sentenças penais condenatórias no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que entre os períodos de 2008 a 2015, em matéria penal, variou entre 29,30% e 49,31%, dados apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (BRASIL, 2016, p. 22).

O ministro ainda infere que a função institucional do STJ consolidou-se na uniformização da legislação federal na correta interpretação da lei, admitindo-se o Recurso Especial “por simples divergência da jurisprudência”, atuando como um verdadeiro “Tribunal de Cassação”, mesmo que vedadas as análises fático-probatórias (BRASIL, 2016, p. 21).

Ao final de seu voto, o relator reconheceu a constitucionalidade do art. 283 do CPP, determinando a suspensão da execução provisória do réu cuja culpa esteja sendo questionada no STJ, bem como a libertação dos presos com alicerce em fundamentação diversa.

#### 5.1.2 Voto do Ministro Luiz Edson Fachin

O ministro Luiz Edson Fachin inicia seu voto, o qual conta com vinte e uma (21) laudas, fazendo digressão histórica da Constituição compromissória, forjada em um “ambiente de dissensos”, deixando de legado o texto eclético, coabitando ideologias diversas, dotado de avanços civilizatórios e desafios hermenêuticos, ainda mais no âmbito criminal, onde há uma horda de infrações que reprimem as condutas com a prisão, ao mesmo passo que uma parcela da sociedade defende a sua extinção por considerar uma violência estatal irracional, desmedida, desnecessária e ineficaz (BRASIL, 2016, p. 26).

Tal dualidade encontra-se na própria Constituição, onde “de um lado há textos que se traduzem na exaltação mais completa da tutela de liberdade e, de outro, textos que impõem ao Estado um determinado rigor criminal” (BRASIL, 2016, p. 26). Nessa linha, o ministro ressalta a concepção de que os direitos fundamentais “pode albergar a defesa de bens jurídicos fundamentais, cuja proteção o Estado também provê pela via do Direito Penal”. Em suas palavras:

O art. 5º, incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição são exemplos de imposição expressa de punição à qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos, ação de grupos armados. O art. 7º, X, da Constituição impõe ao legislador, em mora desde 1988, que tipifique a retenção dolosa do salário dos trabalhadores. O art. 225, § 3º, da Constituição determina a tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente (BRASIL, 2016, p. 27).

Ao mesmo passo, a Suprema Corte, em diversas ocasiões, invocou o princípio da proteção deficiente para declarar a inconstitucionalidade de normas, que, em alguma medida, dificultavam a proteção penal previstas na Constituição, a exemplo do julgamento do *Habeas Corpus* nº 123.971, de relatoria do ministro Teori Zavascki, que, fazendo uso do princípio da proteção deficiente, afastou o condicionamento da propositura de ação penal contra autor de crime de estupro em face da criança ou adolescente à iniciativa de seu representante legal.

No mesmo passo, cita o voto do ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 418.376/MS que, fundado na doutrina de Lenio Streck e Ingo Sarlet, referiu:

A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental (BRASIL, 2016, p. 28).

Fundamentando a deficiência na proteção penal dos direitos fundamentais, o ministro Edison Fachin afirmou que o Brasil vem sendo questionado por organismos internacionais de tutelas dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema e proteção penal a direitos humanos básicos. O caso mais emblemático envolvendo a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direito Humanos (CIDH) teve como autora Maria da Penha Fernandes, que, vítima de violência doméstica, havia 17 anos da denúncia pelo Ministério Público e sequer teve uma decisão definitiva. Em função de sua condenação pela Corte Interamericana, o Brasil adotou uma série de medidas, inclusive com a edição da Lei nº 11.340/2006.

Não bastando, o Brasil também foi demandado nos casos de Sétimo Garibaldi<sup>19</sup>, Ximenes Lopes<sup>20</sup> e dos Meninos Emascarados do Maranhão<sup>21</sup>, todos por violação dos direitos humanos em decorrência da morosidade do Poder Judiciário, afastando a acusação de que o julgamento do HC nº 126.292/SP decorria do anseio

---

<sup>19</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil por reconhecer a inefetividade do Estado brasileiro em oferecer uma resposta para a morte de Sétimo Garibaldi, ocorrida em 27 de novembro de 1998, no Município de Querência do Norte no Estado do Paraná, onde foi vitimado. Considerou a Corte que há direito de obter uma resposta justa e efetiva sobre o acontecimento (CORTE IDH. **Caso Garibaldi vs Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n. 203. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec202esp.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2018).

<sup>20</sup> Damião Ximenes Lopes era deficiente mental e foi vítima de maus tratos em uma casa de repouso no Município de Sobral/CE, os quais foram a causa de sua morte. Na condenação, dentre outras razões, a Corte considerou violados os direitos e garantias judiciais à proteção judicial em razão da ineficiência em investigar os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Considerou-se que após 06 (seis) anos sequer havia sentença em primeiro grau. (CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs Brasil**. Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 04 de julho de 2006. Série C. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2018).

<sup>21</sup> Entre 1991 e 2003, foi apurado uma série de homicídios no Maranhão contra crianças com idades entre 8 e 15 anos, apurando um total de 28 assassinatos, tendo a maioria dos corpos encontrada com as genitálias mutiladas. O Brasil firmou acordo reconhecendo a ineficiência da proteção penal às vítimas, assumindo uma série de compromissos em sua decorrência. (CORTE IDH. **Caso Meninos Emascarados do Maranhão vs Brasil**. Solução amistosa, em 15 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRSA12426PO.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2018).

de uma “sociedade punitivista” comprimindo os direitos fundamentais num “ambiente de histeria” (BRASIL, 2016, p. 29-31).

Sua Excelência ainda citou artigo doutrinário da lavra do ministro Gilmar Mendes, que igualmente defende a tese:

[...] os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 673 do CPP) e mesmo da tradição, não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. [...] Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos (MENDES, 2015, p. 39-40).

O ministro Luiz Edson Fachim também argumentou que a Suprema Corte apenas retomou posicionamento que vigorou por quase vinte e um anos, de 1988 até 2009, segundo o qual “o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário não colide com o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Desse modo reafirma o entendimento de que:

[...] 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 (BRASIL, 2016, p. 34-35).

O ministro, entretanto, ressalva, como limite à regra da prisão após decisão colegiada, o disposto no art. 283 do CPP, que impõe o trânsito em julgado do título judicial. Assim,

[...] as sentenças de Juízos de primeiro grau, acórdãos não unânimes (ainda passíveis de impugnação por meio dos embargos infringentes) de Tribunais locais, como regra, não podem produzir seus efeitos antes do trânsito em julgado, ou seja, antes de decorridos os prazos preclusivos” (BRASIL, 2016, p. 34-35).

O ministro Luiz Edson Fachin ainda se manifesta quanto à limitação dos efeitos de recebimento dos recursos especial e extraordinário:

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Tanto é assim que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal, exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, ao recorrente cabe demonstrar que, no julgamento de seu caso concreto, malferiu-se um preceito constitucional e que há, necessariamente, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A própria Constituição é que alça o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica constitucional e igualmente eleva o Superior Tribunal de Justiça primordialmente a serviço da ordem jurídica. Isso resta claro do texto do art. 105, III, da CF, quando se observa as hipóteses de cabimento do recurso especial, todas direta ou indiretamente vinculadas à tutela da ordem jurídica infraconstitucional (BRASIL, 2016, p. 34-35).

No mesmo sentido, o ministro ressalta que, ao entender o art. 5º, LVII, da CF como absoluto, a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com a sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios, além da inépcia das instâncias ordinárias. No caso, após uma análise do mérito e a afirmação de culpa do acusado pelo juiz monocrático, se daria o devido processo legal, com a subsequente confirmação da decisão por órgão colegiado, “soberano na análise dos fatos e integrantes de instâncias à qual não se opõem limites à devolutividade recursal”. Desse modo, a Constituição estaria, caso acolhida a interpretação literal, presumindo a “absoluta desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias” (BRASIL, 2016, p. 34-35).

Em virtude do exposto, o ministro Luiz Edson Fachin votou por declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, dando interpretação conforme a Constituição, permitindo o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, “assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível” (BRASIL, 2016, p. 48), como forma de resposta à morosidade e à valorização da instância ordinária.

### 5.1.3 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

O ministro Luís Roberto Barroso apresentou voto em plenário, no total de vinte e duas (22) laudas, além do voto analítico acostado aos autos, contando com trinta e oito (38) laudas, totalizando exatas cinqüenta (50) páginas de argumentação. Entretanto, para fins do estudo, será analisado o voto analítico escrito em razão da

maior carga jurídica-argumentativa, não sofrendo influência dos debates naturais das decisões em plenário.

A referida decisão divide-se em três partes, sendo elas: i) contextualizando o debate; ii) a constitucionalidade da condenação penal após a decisão de segundo grau; e iii) o art. 283 do CPP não obsta a execução da condenação penal após a decisão de segundo grau.

#### *4.1.3.1 Contextualizando o debate*

O ministro Luís Roberto Barroso apresenta em seu voto sistematizado exemplos da malversação do sistema penal brasileiro, alargando a possibilidade de réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para, só assim, iniciar o cumprimento da pena, enfraquecendo a tutela dos bens juridicamente resguardados pelo Direito Penal e a própria confiança da sociedade na “Justiça criminal”, autorizando o retardamento, ou mesmo a prescrição, de crimes pela sua ineficácia (BRASIL, 2016, p. 80).

Os exemplos de morosidade trazidos pelo ministro foram os casos Pimenta Neves<sup>22</sup>, Luís Estevão<sup>23</sup>, ex-jogador Edmundo<sup>24</sup>, Pedro Talvane<sup>25</sup> e Missionária

---

<sup>22</sup> Um jornalista matou a sua namorada (Sandra Gomide), pelas costas e por motivo fútil, em 20.08.2000. Julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, continuava em liberdade passados mais de dez anos do fato, vivendo uma vida normal. Devastado pela dor, corroído pela impunidade do assassino de sua filha, o pai da vítima narra: “Um dia eu liguei para a casa dele e disse: ‘Você vai morrer igual a um frango. Eu vou cortar o seu pescoço’. Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar R\$ 5 mil a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados”. O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e estimulava as pessoas a voltarem ao tempo da vingança privada e quererem fazer justiça com as próprias mãos (BRASIL, 2016, p. 80).

<sup>23</sup> Um ex-Senador da República foi condenado pelo desvio de R\$ 169 milhões na construção do Foro Trabalhista de São Paulo. Os fatos ocorreram em 1992. Depois da interposição de 34 recursos, a decisão finalmente transitou em julgado em 2016, quando ele veio a ser preso. Durante todo este período, mesmo já condenado, circulou livremente em carros de luxo, frequentando os melhores restaurantes e distribuindo gorjetas fartas, como um homem vitorioso. O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e difundia a impressão de que neste país o crime compensa (BRASIL, 2016, p. 80).

<sup>24</sup> Em dezembro de 1995, um conhecido jogador de futebol, saindo da balada, dirigindo seu carro a 120 Km por hora na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio, provocou um acidente e a morte de 3 pessoas. Foi condenado em outubro de 1999 a uma pena de 4 anos e meio de prisão. Seus advogados entraram com nada menos do que 21 recursos, apenas no STJ. E outros tantos no STF. Em 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pena. O processo ainda aguarda julgamento do Plenário. As famílias das três jovens vítimas do crime podem assisti-lo livre e feliz como comentarista de jogos de futebol na televisão. O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era um golaço da impunidade (BRASIL, 2016, p. 81).

<sup>25</sup> Suplente de Deputado Federal foi denunciado pela morte da titular do cargo, para tomar-lhe a vaga. A acusação é de que havia contratado pistoleiros que mataram a Deputada, seu marido e outras duas vítimas, no episódio que ficou conhecido como “Chacina da Gruta”. O fato se passou em

Dorothy Stang<sup>26</sup>, todos protraídos no tempo em decorrência da ampla disponibilidade recursal que dificulta o efetivo trânsito. À exemplo, o processo do ex-jogador Edmundo chegou à prescrição graças a vinte e um (21) recursos, apenas no STJ. Não bastando, no mesmo dia do julgamento do HC nº 126.292, que mudou o entendimento do STF quanto à prisão em segunda instância, estava em pauta um RE de relatoria da ministra Rosa Weber que envolvia caso de homicídio qualificado cometido em 1991, lembrando que o julgamento do *Habeas Corpus* ocorreu em 2016 (BRASIL, 2016, p. 83).

Destarte, o estudo realizado no STJ pelo projeto o Supremo em Números, promovido pela Fundação Getúlio Vargas, aponta que a média de provimento de Recursos Especiais, limitados no recebimento na origem, representa apenas 9,1% em favor dos réus, não havendo estatística precisa quando deste percentual redundante em absolvição, em regra, limitando-se ao regime de pena ou a dosimetria, o que tornaria ainda mais baixo o número de recursos admitidos no STF (BRASIL, 2016, p. 84).

Em uma escala de direitos individuais albergados pela Constituição, o Direito Penal está longe de figurar como instrumento de realização social, tal como o ideário constitucional de pluralismo e tolerância, o que foi negligenciado desde a redemocratização, ficando a ética e o ideário de vida boa dependentes de impostos externos. No caso, a ausência de um Direito Penal igualitário e efetivo que atua como estímulo a uma gama de tipos de criminalidade. Criando um país com a sensação de que o crime invariavelmente compensa, particularmente nos chamados crimes do “colarinho branco”, donde a corrupção frequenta esse universo (BRASIL, 2016, p. 85).

---

1998. O réu aguardou em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri que, em razão de recursos protelatórios, só ocorreu em 2012, mais de 13 anos depois. Ele foi condenado a 103 anos e 4 meses de reclusão. Somente aí, então, se deu a prisão preventiva do réu. Ele recorreu da decisão e o processo se encontra pendente de recurso especial interposto perante o STJ (REsp 1449981/AL). O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e funcionava como estímulo aos comportamentos mais bárbaros, ao primitivismo puro e simples (BRASIL, 2016, p. 81).

<sup>26</sup> A missionária norte-americana, naturalizada brasileira, Dorothy Stang atuava em projetos sociais na região de Anapu, no sudoeste do Pará. Foi morta aos 73 anos, em fevereiro de 2005, por pistoleiros, a mando de um fazendeiro da região. O júri realizou-se em setembro de 2013, com a condenação de Vitalmiro Bastos de Moura a 30 anos de prisão. Com muitas idas e vindas, passaram-se oito anos até o julgamento de primeiro grau. Vale dizer: se não tivesse sido preso preventivamente, o assassino ainda estaria aguardando em liberdade o trânsito em julgado, que não ocorreu até hoje. Isso não é garantismo. É a desmoralização do país perante a comunidade internacional, que acompanha o caso com interesse (BRASIL, 2016, p. 82).

A história recente da truculência e autoritarismos do Estado, pré-abertura democrática, cria um clima de desconfiança em relação às instituições de segurança, porém, “não é possível imaginar uma sociedade justa e de pessoas livres e iguais sem o respeito a determinados valores e bens jurídicos”. O papel do Direito Penal é desempenhar a prevenção geral, permitindo que as pessoas tomem suas decisões baseadas em incentivos e riscos. Incentivos para a conduta ilícita – lucro fácil – e não existe risco de punição, a sociedade amargará elevados índices de criminalidade (BRASIL, 2016, p. 85).

O voto do ministro Luís Roberto Barroso chama atenção para a valorização das decisões proferidas pelas instancias inferiores, assim referindo:

Antes de demonstrar a constitucionalidade da orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 e de explicitar como o art. 283 deve ser interpretado para que possa subsistir validamente, duas observações são oportunas:

- a) sempre que houver um tribunal acima de outro, com poder de revisão, haverá reforma. A questão, portanto, é de competência, e não de justiça; e
- b) o tratamento de desprezo e desprestígio que tem sido dado aos tribunais estaduais e aos tribunais regionais federais, como instâncias incapazes de aplicar o direito com competência e seriedade, é preocupante. Ou estes tribunais funcionam muito mal e precisamos voltar nossa atenção para eles; ou a crítica é injusta e deve ser revista. Em qualquer caso, a solução não é o modelo de processos que não terminam nunca (BRASIL, 2016, p. 85).

O trecho pinçado demonstra a corrente preocupação com a efetividade das decisões das instancias inferiores a quem, de fato, cabe a última palavra em relação à análise das provas e a formação da culpa.

#### *5.1.3.2 A constitucionalidade da execução da condenação penal após a decisão de segundo grau*

O ministro Barroso asseverou que a CF proclamou, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando “o princípio da presunção de inocência, ou – em expressão mais técnica – o princípio da presunção de não culpabilidade”<sup>27</sup> (BRASIL, 2016, p. 86).

Desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, vigeu o posicionamento de que essa norma “não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença

---

<sup>27</sup> Sobre o tema, v. Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves, Inciso LVII do art. 5º da CF: uma presunção à brasileira, mimeografado, 2009 (BRASIL, 2016, p. 86).

condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os Recursos Extraordinário (RE) e Especial (REsp)”. Em suma, a principal justificativa sedava pelo fato de tais recursos não serem detentores de efeito suspensivo, nem se mostrarem adequados para rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), “mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas” (BRASIL, 2016, p. 86).

No julgamento do HC nº 84.078, sob relatoria do ministro Eros Grau, realizado em 5 de fevereiro de 2009, por sete (7) votos a quatro (4)<sup>28</sup>, houve a alteração de entendimento para uma leitura mais voltada à literalidade do art. 5º, LVII, da CF, passando a interpretar tal dispositivo “como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus”. Conforme a ementa do julgado, a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”. Essa é a orientação que vigorou até o julgamento do HC nº 126.292.

A modificação interpretativa, literalmente, foi reconhecida como mutacional pelo ministro Barroso em dois momentos, tanto em 2009, quando houve a interpretação literal do art. 5º, LVII, da CF, como no julgamento do HC nº 126.292, com o seu alargamento:

Em meu voto, defendi a ocorrência de uma mutação constitucional, isto é, de uma transformação, por mecanismo informal, do sentido e do alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, apesar da ausência de modificação do seu texto. Na matéria, tinha havido 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. Encaminhou-se, porém, para nova mudança sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação (BRASIL, 2016, p. 88).

O ministro destacou que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento das instâncias ordinárias gerou três consequências funestas para o sistema da justiça criminal. A primeira funcionou como incentivo à infundável

---

<sup>28</sup> Votaram com a maioria os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Cezar Peluso, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Votaram vencidos, pela manutenção da orientação anterior, Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ellen Gracie (BRASIL, 2016, p. 87).

interposição de recursos protelatórios, movimentando o Poder Judiciário, utilizando recursos humanos e financeiros escassos, sem proveito efetivo como garantia de liberdade. Saliencia que o percentual de Recursos Extraordinários providos em favor dos réus é inferior a 1,5%<sup>29</sup>. Ainda, de 1º de janeiro de 2009 a 19 de abril de 2016, “em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REsp e agravos), as decisões absolutórias não chegaram a representar 0,1% do total de decisões”<sup>30</sup> (BRASIL, 2016, p. 88).

Em segundo lugar, reforça a seletividade do sistema penal ao permitir, em sua ampla maioria, que réus com melhores condições financeiras possam pagar advogados “melhores” para defesa em sucessivos recursos. Por outro lado, “os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação processual” (BRASIL, 2016, p. 89).

Em terceiro lugar, o entendimento firmado em 2009 contribuiu para o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade e a necessidade de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena conduziu a uma massiva prescrição da pretensão punitiva<sup>31</sup> ou mesmo um alargamento temporal entre a prática do delito e a efetiva punição, comprometendo um dos objetivos da pena, que é a prevenção especial e geral. “Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tão pouco aos advogados” (BRASIL, 2016, p. 89), e que deve ser considerado no julgamento.

---

<sup>29</sup> Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria (BRASIL, 2016, p. 88).

<sup>30</sup> Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições (BRASIL, 2016, p. 88).

<sup>31</sup> De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. (JUSTIÇA condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012. **Notícias CNJ**, Brasília, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>>. Acesso em: 10 abr. 2018).

### *5.1.3.3 O artigo 283 do Código de Processo Penal não obsta a execução da condenação penal após a decisão de segundo grau*

Nas Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43 e 44, postula-se a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, prevendo, em sua literalidade, que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Ambas as ações “apontam uma suposta omissão do STF no julgamento do HC 126.292 quanto à validade de referido dispositivo legal, que, em seu sentido literal mais óbvio, impediria o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” (BRASIL, 2016, p. 93). Quanto ao objeto das ADCs nºs 43 e 44 o ministro Barroso, em resumo, assim refere:

As ADCs veiculam, porém, fundamentos diversos para defender a compatibilidade do art. 283 do CPP com a Constituição. De um lado, a ADC 43 não discute a possibilidade constitucional de execução da pena após a decisão de segundo grau, mas alega que o art. 283, ao condicionar a prisão ao trânsito em julgado, veicularia uma opção legítima e razoável do legislador à luz da “moldura” prevista na Carta de 1988. De outro lado, a ADC 44 aduz que o dispositivo do Código de Processo Penal apenas reproduz o teor do art. 5º, LVII e LXI, da CF/1988, de modo que declará-lo inconstitucional implicaria a inconstitucionalidade das próprias normas constitucionais originárias, o que não é admitido pelo STF (BRASIL, 2016, p. 93-94).

Em seu voto reprimado do HC nº 126.292, o ministro defende que ao “contrário do que uma leitura apressada da literalidade do inc. LVII do art. 5º poderia sugerir, a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, no momento em que a CF define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Todavia, é o inc. LXI do mesmo art. 5º que trata da prisão, e este diferente do inc. LVII, pois “não exige o trânsito em julgado para fins de privação de liberdade, mas, sim, determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária” (BRASIL, 2016, p. 94).

Nesse sentido, a análise dos dois incisos do art. 5º da CF denota clara distinção entre o regime da culpabilidade e o da prisão. Não há, portanto, como inferir que o art. 283 do CPP apenas repercute o disposto no texto constitucional e, por isso, não poderia ser questionado (BRASIL, 2016, p. 94).

Os direitos ou garantias fundamentais, veiculados na forma de princípios, tal como a presunção de inocência, não são absolutos e admitem limitação no exercício de suas prerrogativas, desde que não atinja o seu núcleo essencial, sendo necessário ponderá-la com outros objetivos e interesses em jogo (BRASIL, 2016, p. 95). Nas palavras do ministro:

Na discussão sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, o princípio da presunção de inocência está em tensão com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal, com amplo lastro na Constituição (arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144). Nessa ponderação, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, de um lado, já há demonstração segura da autoria e materialidade e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. E, de outro, permitir o enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Nessa situação, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça. E mais: interditar a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos constitucionais tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988 (BRASIL, 2016, p. 95).

Dessa forma, a ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do CPP, principalmente pelas circunstâncias da prisão temporária e da prisão preventiva permitirem que fundamentos exclusivamente infraconstitucionais e processuais balizem a sua decretação, ainda mais quando há certeza em relação à materialidade e à autoria, após condenação em segundo grau, ambas decorrentes de fundamentação constitucional (BRASIL, 2016, p. 96).

Ainda que vencidos os argumentos quanto à colisão entre princípios constitucionais que circundam o dispositivo infraconstitucional, a ADC nº 43 questiona a violação ao princípio da reserva legal de competência do Poder Legislativo em relação a interpretação. Tal argumento é contestado pelo ministro

Barroso, ao referir que a decisão da Corte está assentada no art. 637 do CPP<sup>32</sup>, não sujeito a conflito com o art. 283 do mesmo *Codex* pelos critérios cronológicos e de especialidade, mas sim de harmonização (BRASIL, 2016, 98).

Ao final de seu voto, o ministro concluiu no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, excluindo a possibilidade de interpretação do texto do dispositivo que obste a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

#### 5.1.4 Voto do Ministro Teori Zavascki

O ministro Teori Albino Zavascki apresentou voto em plenário, no total de trinta e duas (32) laudas. Quanto ao mérito, o ministro afirmou que a presunção de inocência definida pelo art. 5º, LVII, da CF é uma garantia processualmente dinâmica, com intensidade a ser avaliada segundo “o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal”, especialmente quando analisada em contexto com as características próprias dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são, sobretudo, duas: “(a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante habeas corpus” (BRASIL, 2016, p. 113).

Repisando o voto no HC nº 126.292, do qual foi relator, o ministro Teori Albino Zavascki argumenta que, mesmo sob a vigência da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência já assentava a possibilidade de prisão em decorrência de acórdão que, em apelação, confirmava a sentença penal condenatória recorrível, tal como no julgamento do HC nº 68.726<sup>33</sup>, de relatoria do ministro Néri da Silveira, julgado em 28 de junho de 1991 (BRASIL, 2016, p. 114).

---

<sup>32</sup> Prevê que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença” (BRASIL, 2016, p. 98).

<sup>33</sup> Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão

No mesmo sentido, o ministro infere que, em diversos julgados, as Turmas do STF reafirmaram que o princípio na inocência não inibe a execução provisória:

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994 (BRASIL, 2016, p. 115).

Dessas decisões recorrentes, em 24 de setembro de 2003, a Corte editou as Súmulas 716<sup>34</sup> e 717<sup>35</sup>, aprovadas em Plenário, tendo como pressuposto a regulação da progressão na execução provisória das sentenças condenatórias, que somente veio a ser modificada após julgamento em Plenário do HC nº 84.078/MG, realizado em 05 de fevereiro de 2009, o qual, por sete (7) votos a quatro (4), entendeu pela presunção de inocência incompatível com a execução do acórdão antes do seu trânsito.

Cabe ressaltar importante menção histórica trazida pelo ministro Teori Albino Zavascki em seu voto, quanto a adoção do princípio da presunção de inocência (ou não-culpabilidade), pelo Brasil, durante o período de vigência da Constituição de 1946. Época em que passou a aderir à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, descrito em seu artigo 11<sup>36</sup>, que resultou em reflexos importantes na seara processual, em especial na produção probatória, como bem preceitua em seu voto:

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro

---

que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido (BRASIL, 2016, p. 114).

<sup>34</sup> Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, 2016, p. 116).

<sup>35</sup> Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial (BRASIL, 2016, p. 116).

<sup>36</sup> Artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948): Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa (BRASIL, 2016, p. 117).

parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório (BRASIL, 2016, p. 117).

Nesse sentido, as garantias da não-culpabilidade devem ser exercidas ao extremo durante a fase probatória, principalmente em relação ao ônus da prova da incriminação, presumindo a sua inocência. A condenação representa um juízo de culpabilidade decorrente da lógica retirada dos elementos probatórios realizados sob a observância do contraditório. A condenação em primeiro grau resta por afastar a presunção de inocência, a qual é substituída por um juízo de culpa – pressuposto para condenação -, embora não definitivo e sujeito, havendo recurso, à revisão por Tribunal imediatamente superior. É justamente em grau de apelação que se exaure definitivamente o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, em caso de condenação, a responsabilidade penal do acusado, concretizando o duplo grau de jurisdição, respeitando o direito de liberdade, salvo na incidência de prisões cautelares eventualmente decretadas no curso do processo (BRASIL, 2016, p. 119).

Assenta, também, que a natureza extraordinária dos recursos aos Tribunais superiores “não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade”, uma vez que em todo o processo ordinário criminal houve a observância das regras probatórias aptas dentro do modelo acusatório constitucional, não se mostrando incompatível com as garantias que autorizam, mesmo que na pendência de Recursos Extraordinários, os “feitos próprios da responsabilização criminal pelas instâncias ordinárias” (BRASIL, 2016, p. 121).

Da mesma forma, o ministro cita como exemplo a Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, a qual expressa em seu art. 1º, inc. I, como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado, não impedindo que antes de seu trânsito em julgado o acórdão produza seus efeitos desfavoráveis ao acusado. Do mesmo modo, faz referência à observação da ministra Ellen Gracie, quando do julgamento do HC nº 85.866, publicado em 28 de outubro de 2005, afirmando “que em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de

jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema” (BRASIL, 2016, p. 121).

No mesmo passo, o eminente ministro apresenta estudo realizado por a Frischeisen, Garcia e Gusman, referente à interpretação do princípio da presunção de inocência e a sistemática adotada por países como: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, França, Portugal, Espanha e Argentina. Em todos os países estudados há princípio igual ou equivalente à presunção de inocência, os quais, sem exceção, não obstam a execução da sentença penal condenatória após o julgamento em segunda instância (BRASIL, 2016, p. 121-125).

De mesma sorte, o ministro Teori Zavascki ressalva que a largueza com qual o STF admite o ajuizamento de *Habeas Corpus*, não apenas de condenados, até mesmo de simples acusados e investigados, pode submeter qualquer lesão ou ameaça de violação direito à liberdade de locomoção à Corte Suprema, lembrando que as matérias sujeitas ao controle constitucional do *Habeas Corpus* é mais ampla do que o próprio Recurso Extraordinário, havendo incontáveis precedentes nesse sentido (BRASIL, 2016, p. 131).

O ministro destaca que no âmbito do Processo Penal não há definição própria do conceito de “trânsito em julgado”, nem mesmo a CF trata da matéria, motivo pelo qual a jurisprudência da Corte vem afirmando, reiteradamente, que coisa julgada é matéria de conformação tipicamente infraconstitucional, importando da legislação processual civil como “decisão demérito não mais sujeita a recurso”<sup>37</sup>, e que não pode ser vista de forma literal, até mesmo pela possibilidade de interposição da revisão criminal, na esfera processual penal, sem prazo para proposição e integrante no rol dos recursos do art. 621 do CPP. (BRASIL, 2016, p. 136)

No mesmo sentido, os recursos especial e extraordinário que não admitidos pelo tribunal de origem e posteriormente confirmados pelo tribunal superior, equiparam-se a recurso não interposto, retroagindo a data do trânsito em julgado à data do término do prazo recursal, conforme precedentes citados<sup>38</sup> (BRASIL, 2016, p. 137).

---

<sup>37</sup> CPC, “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 16 maio 2018).

<sup>38</sup> ARE 791825 AgR-EDv-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe- 188 de 5/9/2016; HC 130.509/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 15/10/2015; ARE 723.590 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 13/11/2013; HC 113.559/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 5/2/2013; AI 788.612 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 16/11/2012 e ARE 723590 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 13/11/2013 (BRASIL, 2016, p. 137).

Por fim, conclui o voto pelo indeferimento da liminar, dando interpretação de não comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário” (BRASIL, 2016, p. 140), reeditando a decisão vencedora no HC nº 126.292.

#### 5.1.5 Voto da Ministra Rosa Weber

A ministra Rosa Weber, em apenas uma (1) lauda, realizou breve registro quanto ao *habeas corpus* referido pelo ministro Roberto Barroso, os quais foram manejados em mais de 20 recursos, fazendo referência que o fato ocorreu em 1991 e vieram para análise da Ministra Ellen Gracie, no ano de 2008, sob a égide da interpretação vigente até 2009, quando houve a modificação de interpretação após o julgamento do *Habeas Corpus* de relatoria do ministro Eros Grau. Demais, acompanhou o relator (BRASIL, 2016, p. 143).

#### 5.1.6 Voto do Ministro Luiz Fux

Em seu voto, totalizando sete (7) laudas, o ministro Luiz Fux menciona a dificuldade na efetivação do Direito Penal, principalmente pela impossibilidade do direito processual de cumprir a sua função, ou seja, de infligir a sanção ao acusado:

Mas não posso deixar de realizar um mergulho no meu passado e dizer a Vossa Excelência que, em 1972, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, eu assisti a uma aula inaugural do Professor Heleno Fragoso. Nessa aula inaugural, dentre outros destaques doutrinários que foram feitos, um deles foi o de que a ameaça penal, realmente, não representa nenhuma inibição no campo criminal. Na segunda observação, que foi a frase final do Professor Heleno Fragoso, baseado nas premissas filosóficas de Radbruch, ele assentou que não queria um Direito Penal melhor, ele queria algo melhor do que o Direito Penal. Então, na verdade, o algo melhor do Direito Penal não é o Direito material; o problema do Direito Penal é a inefetividade do processo penal. O processo penal não cumpre o seu desígnio, que é exatamente o de infligir a sanção ao acusado, ao denunciado (BRASIL, 2016, p. 144).

No mesmo passo, o ministro refere que o julgamento posto em discussão apenas analisa o direito fundamental do acusado, esquecendo-se do direito fundamental da sociedade que também tem legítimo interesse de ver aplicada a sua ordem penal (BRASIL, 2016, p. 145).

Como mencionado no voto do ministro Luiz Edson Fachin, o ministro Luiz Fux ressalva que o artigo 5º, inciso LVII, não trata da prisão em segunda instância, mas apenas a culpa. A prisão é especificada apenas no inc. LXI, referindo que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 2016, p. 146). Desta sorte, se houvesse efetiva vontade do legislador de se aguardar o trânsito em julgado, haveria a inserção neste último dispositivo e não permissão de prisões em diversos delitos sem qualquer exigência de trânsito em julgado, tais como: “racismo, tráfico de drogas, tortura, terrorismo e crimes hediondos” (BRASIL, 2016, p. 146).

Em contrapartida, o Tribunal Constitucional Federal Alemão conhece os recursos extraordinários como contra a coisa julgada, garantindo o princípio da operacionalidade da Justiça Penal, nos comentários de Alexy referido pelo ministro, como “dever estatal de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal” como direito prestacional fundamental, garantindo ao titular de direitos fundamentais que se socorra do Estado “contra intervenção de terceiros” (BRASIL, 2016, p. 148). Adaptando para o ordenamento brasileiro, representa um rol limitado de efeito suspensivo da decisão condenatória em segunda instância, ao passo que confere ao acusado a possibilidade de “estender indefinidamente a imposição da reprimenda” (BRASIL, 2016, p. 148).

A teratologia resultante do alargamento recursal, na prática, transformou as Primeira e Segunda Turmas em “um verdadeiro Juizado Especial Criminal”, ante a crescente demanda por *habeas corpus* criminais discutindo toda ordem de matérias (BRASIL, 2016, p. 149).

Por fim, o ministro Luiz Fux votou no sentido de indeferir a liminar, acompanhando a divergência nos votos dos ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e o ministro Teori Zavascki.

#### 5.1.7 Voto do Ministro José Antonio Dias Toffoli

O ministro José Antonio Dias Toffoli, assim como o ministro Luís Roberto Barroso, antecipou voto em plenário, em onze (11) laudas – computando os apartes –, e apresentou voto escrito, em dezesseis (16) laudas, totalizando vinte sete (27)

laudas ao todo. Da mesma sistemática adotada no voto do ministro Barroso, considerar-se-á apenas o voto escrito, dotado de maior profundidade e reflexão.

Em seu voto, o ministro reviu seu posicionamento adotado no julgamento do HC nº 126.292/SP, quando se filiou a maioria, passando ao entendimento da impossibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Utilizando-se como fundamento, apresentou o estudo da dissertação de mestrado de Capez (2015), que divide a presunção de inocência como norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento (BRASIL, 2016, p. 166).

Como norma probatória, a presunção de inocência induz que o ônus probatório recaia sobre o órgão acusador, quem passa a ter incumbência de demonstrar a existência dos fatos, desobrigando o acusado da prova de sua inocência (BRASIL, 2016, p. 166).

Como norma de juízo, a presunção de inocência funciona como baliza de atuação decisória, cabendo ao juiz avaliar a “suficiência e aptidão da prova da materialidade e autoria” para a formação do convencimento. “Um dos mais significativos desdobramentos da presunção de inocência como norma de juízo é o *in dubio pro reo*: a dúvida fática, em todas as decisões judiciais, deve favorecer o imputado”. Por fim, como norma de tratamento, a presunção de inocência determina que ao réu, durante o curso da persecução penal, não poder ser tratado como culpado ou a esse equiparado, vedando a aplicação de medidas cautelares automáticas ou obrigatórias (BRASIL, 2016, p. 166).

Assim, o art. 283 do CPP apresenta validade material que se assenta aos dispositivos constitucionais, cujo acoplamento com a CF é inequívoco, restando apenas atribuir o correto significado interpretativo para o fim de se autorizar ou não a execução provisória da pena. O embasamento normativo adotado pelo ministro José Antonio Dias Toffoli provém da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) estabelecendo ao preso provisório e ao condenado por sentença transitada em julgado que deverão ser custodiados em separado, atendendo os critérios legais (BRASIL, 2016, p. 168).

A Lei nº 7.210/84 delimita, ainda, as espécies de estabelecimentos prisionais para cada modalidade de prisão, onde não haveria enquadramento do preso condenado em segunda instância sem a chancela do trânsito em julgado, que nas palavras do ministro manteria o *status* de preso provisório:

A Lei de Execução Penal também delimita os estabelecimentos prisionais destinados ao condenado e ao preso provisório, preconizando que a penitenciária se destina ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado (art. 87); que a Colônia Agrícola, Industrial ou Similar se destina ao cumprimento da pena em regime semiaberto (art. 91); que a Casa do Albergado se destina ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 93) e que a cadeia pública se destina ao recolhimento de preso provisório (art. 102).

Ora, admitida a execução provisória da pena, onde seriam recolhidos os presos a ela submetidos?

Em meu sentir, constituiria flagrante injustiça permitir que o preso submetido à execução provisória de pena permanecesse recolhido em cadeias públicas ou delegacias (BRASIL, 2016, p. 168).

Em sua observação ao art. 283 do CPP, o ministro José Antonio Dias Toffoli conclui a existência de apenas três modalidades de prisão constitucionalmente previstas no âmbito do processo penal: “i) prisão em flagrante, ii) prisão cautelar (temporária ou preventiva) e iii) prisão-pena ou sanção”. Para o último caso, somente após um juízo definitivo de culpabilidade “em um título judicial condenatório transitado em julgado” haveria possibilidade de recolhimento (BRASIL, 2016, p. 169).

O ministro, entretanto, reconhece a possibilidade do cumprimento da pena a partir do julgamento do recurso especial ou na pendência de agravo em recurso especial, “enquanto estabelecida uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável” (BRASIL, 2016, p. 173).

Por fim, proferiu seu voto pela concessão, em parte, da medida cautelar, determinando a suspensão das execuções provisórias de decisões penais na dependência de julgamento de Recurso Especial ou de Agravo em Recurso Especial, “que tenham por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido pelo Plenário do STF no HC nº 126.292/SP”, além disso, no caso de se obstar “que, na pendência de julgamento de recursos daquela natureza, sejam deflagradas novas execuções provisórias com base nas mesmas razões” (BRASIL, 2016, p. 177).

#### 5.1.8 O voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O ministro Ricardo Lewandowski antecipou voto em plenário, em cinco (5) laudas – computando os apartes –, e apresentou voto escrito, em dezenove (19) laudas, totalizando vinte e quatro (24) laudas. Da mesma sistemática adotada no voto dos ministros Barroso e José Antonio Dias Toffoli, considerar-se-á apenas o voto escrito, dotado de maior profundidade e reflexão.

Em seu voto, o ministro consignou que “as constituições modernas surgiram na esteira das revoluções liberais do século XVIII” exprimindo a vontade popular externada pelos seus representantes eleitos, dotadas de forma escrita e rígida, e de comandos concebidos como instrumentos de contenção de poder dos governantes e dos magistrados (BRASIL, 2016, p. 184).

Mesmo com a rigidez típica das normas Constitucionais, não poderiam permanecer imóvel sem a possibilidade de adaptação as transformações sociais, pois em todo ou em parte perderia a sua eficácia. Por essas razões, passou-se ao acolhimento das mutações constitucionais pelo modo formal – modificado pelo legislador ou mediante interpretação judicial – e pelo modo informal – “pelo desuso por não corresponder mais à realidade dos fatos” (BRASIL, 2016, p. 184).

De qualquer modo possível de mutação do texto constitucional, em nenhuma das formas é possível “vulnerar os valores fundamentais que lhe dão sustentação”, inclusive pelo fato dos direitos fundamentais serem dotados de barreiras modificativas pela CF, definidos em seu art. 60, § 4º, preservando: o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais (BRASIL, 2016, p. 184).

Da mesma forma, destaca a importância da proteção dos direitos fundamentais em face de um sistema judiciário congestionado e “disfuncional”, tramitando por volta de 100 milhões de processos para cerca de 16 mil juízes, muitos obrigados ao cumprimento de metas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), onde se convive com uma realidade de aproximadamente 700 mil encarcerados “em condições sub-humanas, dos quais 40% são provisórios”, o que multiplica a possibilidade de erros judiciais por magistrados de primeira e segunda instâncias, justificando a relevância da presunção de inocência do art. 5º, LVII, da CF, até a decisão final dos tribunais superiores (BRASIL, 2016, p. 185).

Ressaltou que não há plausibilidade em ultrapassar a taxatividade do dispositivo constitucional, salvo nas hipóteses cautelares que permitem a prisão, por tratar-se de “comando constitucional absolutamente imperativo”, com comando que não cabe qualquer tergiversação judicial, afirmando que *in claris cessat interpretativo*, não havendo possibilidade de se dar uma interpretação *in malam partem* à garantia constitucional (BRASIL, 2016, p. 185).

Como paradigma, além de fundamentar a necessidade do trânsito em julgado em texto infraconstitucional, tal como a Lei de Execuções Penais aventada no voto

do ministro José Antonio Dias Tóffoli, o ministro Ricardo Lewandowski acrescenta os arts. 283<sup>39</sup> e 594<sup>40</sup> do Código de Processo Penal Militar que também exigem, para a imposição da prisão, o trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, 2016, p. 187-188).

No mesmo plano, o voto reconhece que a manutenção do entendimento proferido no HC nº 126.292/SP constitui-se em uma “espécie de sentença normativa”, permitindo que o acusado cumpra a sua pena de forma antecipada, de tal sorte deve ser ressalvado que o cumprimento sujeite-se ao atendimento dos requisitos da prisão cautelar:

Ressalto que esta Corte, ao analisar a vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, decidiu pela sua inconstitucionalidade, haja vista que a aplicação genérica da norma afrontaria o princípio da individualização da pena. Creio que o mesmo acontecerá se o Plenário do Supremo Tribunal Federal, numa espécie de sentença normativa, definir que o condenado em segunda instância deve iniciar o cumprimento de sua pena de forma antecipada, antes do trânsito em julgado da condenação. Por tal motivo, deve ser feita a ressalva de que “poderá” haver o início do cumprimento da reprimenda, se preenchidos os requisitos de cautelaridade, analisados caso a caso, sob pena de afrontar o princípio da individualização da pena, outrora tão defendido por esta Suprema Corte (BRASIL, 2016, p. 187-188).

Observou o ministro que a decisão disposta no HC nº 126.292/SP, necessariamente, desobriga o duplo grau de jurisdição, uma vez permitindo o cumprimento da pena antecipada para o acusado absolvido em primeira instância e condenado em segunda, assim como ao condenado diretamente em segundo grau em decorrência do foro por prerrogativa de função em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal (BRASIL, 2016, p. 193).

Como último argumento, o ministro afirma ver com “perplexidade a guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação ao trânsito em julgado da sentença condenatória”, sobretudo por ocorrer pouco tempo depois do reconhecimento do “estado coisas inconstitucionais”, assentados nos julgamentos da

---

<sup>39</sup> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL. **Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018).

<sup>40</sup> “Art. 594. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.” (BRASIL. **Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018).

ADPF nº 347 e no RE nº 592.581/RS, retratando a falência do sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2016, p. 200).

Concluindo, o ministro Ricardo Lewandowski deferiu a medida cautelar como preservação da constitucionalidade do art. 283 do CPP, reconhecendo o direito do indivíduo de não ser preso, senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada, “em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (BRASIL, 2016, p. 201).

#### 5.1.9 O voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes

O ministro Gilmar Ferreira Mendes apresentou voto em plenário, no total de dezessete (17) laudas, incluindo os apartes. Quanto ao mérito, o ministro afirmou que compôs maioria no julgamento do HC nº 84.078, conhecido por restringir a prisão após condenação em segunda instância, exigindo o trânsito em julgado para a execução da sentença penal condenatória, mas passou a sustentar a revisão do precedente pela possibilidade de proceder a prisão provisória com a sentença, ainda que não transitado em julgado. Entretanto, em alguns casos seria difícil para o magistrado fundamentar a provisoriedade, que não através dos argumentos de garantia da instituição, ou da aplicação da lei penal, ou do risco de repetição, conforme fundamentos esposados pelo ministro Barroso, mas que o alargamento interpretativo daria margem a críticas (BRASIL, 2016, p. 202).

Nessa seara, o debate quanto a presunção de inocência ou mesmo da não-culpabilidade traz como elemento central, em seu núcleo essencial, a fundamentação em contexto com o conjunto normativo, que em países com “grau civilizatório elevado em relação à decisão de segundo grau”, não se conhece lugar que exija o trânsito em julgado para execução da sentença condenatória. Assim, cabe ao juiz ou tribunal suspender a execução, inclusive via *habeas corpus*, em caráter liminar, discutindo questões de direito (BRASIL, 2016, p. 203).

O ministro Gilmar Ferreira Mendes (BRASIL, 2016, p. 203), fazendo referência a Eduardo Espíndola Filho, aduz que “a presunção de inocência é varia, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa”, fazendo clara referência quanto à progressividade de exigência da lei em contrapartida ao estado de desenvolvimento do processo. Exemplificando,

uma busca domiciliar exige apenas a razões fundadas; para a denúncia exige-se a prova da materialidade e indícios suficientes da autoria; para condená-lo, exige-se prova “indubitável”.

No mesmo sentido do explanado pelo ministro Luís Roberto Barroso, a presunção de inocência ou não-culpabilidade é um princípio e não uma regra, não se resolvendo pela fórmula de tudo ou nada, o que justifica a citação de Eduardo Espíndola Filho no que se refere à gradação, distinguindo o tratamento durante a fase investigativa, denuncia, condenação em primeiro grau e condenação em segundo grau. Como “se o sistema criasse uma progressiva derruição” da presunção de inocência, desfalecendo a garantia ao passar das fases previstas pela própria legislação (BRASIL, 2016, p. 204).

Na mesma linha do voto do ministro Luiz Fux, o ministro Gilmar Ferreira Mendes referenda que o uso do Recurso Extraordinário pelos advogados, em verdade, busca protelar a execução da pena privativa de liberdade ou mesmo atingir a prescrição, pois, caso fosse a urgência e a efetiva lesão ao direito decorrente do abuso ou erro do juiz, poderia ser solvido pela via do *habeas corpus*, inclusive permitindo o alargamento de matérias que não mais poderiam ser discutidas em sede de Resp. ou RE:

Veja: países que são extremamente rígidos e respeitosos quanto aos direitos fundamentais aceitam a ideia da prisão com a decisão de segundo grau. Evidentemente, e nos deparamos com isso todo dia, poderá haver, sim, situações de abuso, que reparamos com o *habeas corpus*. Em geral, nem isso discutimos - e essa é experiência nossa -, em geral, esses casos não nos chegam por via do recurso especial, nem por extraordinário. Essas duas vias são usadas pelo Ministério Público. Hoje, usamos e recebemos o *habeas corpus*, que permite discutir todas as questões, inclusive, com a possibilidade de concessão de liminar. Nenhuma dúvida, estamos falando para advogados experientes e eles sabem disso. O ministro Pertence, até em tom um tanto quanto jocoso, dizia que a Defesa só usa o recurso extraordinário - e, claro, isso valia para o REsp - quando perseguia a prescrição. Quer dizer, queria que seu caso não fosse julgado, quer dizer, que fosse de fato retardado, se não usa o *habeas corpus* (BRASIL, 2016, p. 204).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, prevê em seu artigo 8, II, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presumam sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Texto idêntico da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que em seu artigo 6, II, define que “qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”, também

encontrado no Direito Francês – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – e Canadense – artigo 11 da Carta de Direitos e Liberdade (BRASIL, 2016, p. 204).

Em países de tradição do *Common law*, os julgamentos são divididos em fase de veredicto e de aplicação da pena. Na primeira fase apenas delibera-se quanto a culpa do réu, restando a segunda fase para a escolha do *quantum* da pena a ser aplicada. Depois de encerrado o primeiro momento, esvai-se o princípio da presunção, independente da possibilidade de recurso (BRASIL, 2016, p. 205).

No sistema estadunidense, a condenação da primeira fase, independente da fixação da pena, já induz a prisão com o afastamento da presunção de não culpabilidade. Pendente recurso, é analisado em tempo célere, sob fundamento da duração razoável do processo (BRASIL, 2016, p. 205).

Por sua vez, o Direito alemão não prevê de forma clara o princípio da presunção de inocência, mas faz parte da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, do qual é signatário, definindo em seu Código de Processo Penal que as sentenças penais não sejam exequíveis enquanto não passado em julgado. Em contraponto, havendo forte suspeita do cometimento de crime grave pelo acusado, a regra induz que responda ao processo preso. Desse modo, havendo dualidade entre a necessidade do trânsito em julgado e a possibilidade de prisão sem mesmo uma decisão definitiva, o Tribunal alemão temperou exigindo, ao menos, os requisitos mínimos para prisão preventiva com forma de prisão antes de passar em julgado (BRASIL, 2016, p. 205).

Observa-se, porém, que o sistema do *Verfassungsbeschwerde*, considera o equivalente ao Recurso Extraordinário pátrio como ação constitucional, podendo ser proposta dentro do prazo de um ano da decisão proferida em segundo grau, com caráter rescisório, por entender que o trânsito em julgado encerra-se na instância ordinária, tal como o modelo espanhol do recurso de amparo (BRASIL, 2016, p. 208).

Importante observação, também, quanto ao desafio de se estruturar um sistema institucional de criminalidade do qual o Poder Judiciário faça parte do tema da Segurança Pública, e não como tema de polícia, tendo grande responsabilidade no que diz respeito à insegurança jurídica e ao mau estado do sistema prisional, assim como o Ministério Público e a própria Defensoria Pública, perfazendo crítica severa ao CNJ e CNMP, senão veja-se:

E hoje, mais do que ontem, dispomos pelo menos de órgão que, se quiserem, se tiverem propósitos, podem fazer políticas públicas. Se quiserem ser menos corporativos, CNMP e CNJ, podem fazer políticas públicas decentes. Se não quiserem ficar dando vantagem para seus membros e de fato implementando coisas sérias, porque dispõem de força, dispõem de credibilidade, dispõem de legitimidade. Infelizmente, esses órgãos acabam desviando-se e servem a seus próprios membros. Na verdade, hoje, uma parte da decadência do Brasil se deve à formação dessa república corporativa. Todos voltados para seu umbigo (BRASIL, 2016, p. 2016).

A crítica disposta demonstra com sobriedade que a compreensão do trânsito em julgado não deve ser vista apenas pelo aspecto normativo, que analisado em separado, legitima a compreensão da presunção de inocência como transformador de um sistema de impunidade (BRASIL, 2016, p. 217).

Ao final, acompanhou o voto do ministro Luiz Edson Fachin em sua integralidade.

#### 5.1.10 O voto do Ministro Celso de Mello

O ministro Celso de Mello apresentou voto em plenário, no total de vinte e seis (26) laudas. Quanto ao mérito, o ministro questiona a negativa de valores essenciais consagrados na constituição pela Corte, em razão do clamor público prevalente em um “inescondível pragmatismo de ordem penal”, onde dados estatísticos não são autorizatários da “hermenêutica de submissão”, cujo efeito é a transgressão ao direito fundamental (BRASIL, 2016, 219).

A solução da inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo motivado pela “prodigalização dos meios recursais” deve ser enfrentada pela via legislativa, encontrando formas na sistemática processual de reformular os mecanismos procedimentais de tal modo a dar um maior “coeficiente de racionalidade”, mas não mediante a supressão de princípios caros cidadãos. O posicionamento dominante, baseado na inflexão hermenêutica “regressista” em torno da redução dos direitos e garantias individuais, retarda a “agenda judiciária concretizadora” das liberdades fundamentais (BRASIL, 2016, p. 219).

Mais especificamente a presunção de inocência, o ministro apresenta uma digressão histórica, fazendo referência à obra “Suma Teológica”, de Tomás de Aquino, como “resultado de longo período de desenvolvimento político-jurídico”, enraizado na Magna Carta inglesa (1215), mas consagrado na forma de garantia do século XVIII, imbuído pelo ideário iluminista, “na Declaração de Direitos do Bom

Povo da Virgínia”. Posteriormente, projetando-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e reprimado na Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgado em 10 de fevereiro de 1948, “em reação aos abusos cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas”, referindo que todos, sem exceção, são considerados inocentes (BRASIL, 2016, p. 219).

O mesmo princípio veio encartado em diversos diplomas e tratados, tais como os nominados no voto:

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 (BRASIL, 2016, p. 224).

As restrições não autorizadas pela Constituição já haviam sido observadas na Itália, a partir do século XIX, quando em três momentos sucessivos na história do direito penal daquele país, passou-se da Escola Clássica com inspirações iluministas, preservando a ideia do dogma da presunção de inocência; passando para a Escola Positiva, preconizando a ideia razoável de presunção de culpabilidade e o “espírito do tempo” (*Zeitgeist*); terminando na Escola Técnico-Jurídica, responsável pela “formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção prevalente ao longo do regime totalitário fascista”, trazendo a noção de irrazoabilidade da presunção de inocência ao acusado (BRASIL, 2016, p. 225).

Justamente em contrário senso à Escola Técnico-Jurídica, a CF de 1988 destina-se a comandar a sociedade sob fundamentos democráticos e contrários ao absolutismo do Estado “e a força opressiva do poder”, levando em conta o contexto histórico que justificou o rompimento da “autocracia do passado” do processo político, afastando a inaceitável hermenêutica de submissão. Essas razões assentadas definem que “ninguém poder ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado”, pela necessária observância da presunção de inocência, atuando de um lado como fator de proteção aos direitos do perseguido, de outro, elemento de legitimação da própria

execução de sanções privativas de liberdade, restritivas de direito ou apenas de multa (BRASIL, 2016, p. 228).

Em contraponto ao estudo apresentado no voto do ministro Teori Albino Zavascki, o ministro Celso de Mello assenta que as experiências dos Estados Unidos da América, da República Francesa, da República Federal da Alemanha, do Reino da Espanha e da República Portuguesa, entre outros Estados democráticos, não pode ser adaptada à realidade constitucional brasileira, até mesmo porque não contém cláusula como aquela inscrita em texto constitucional pátrio, revelando uma maior intensidade na proteção à tutela fundamental (BRASIL, 2016, p. 231).

Destarte, o posicionamento esposado de proteção aos princípios não impede ou inviabiliza a prisão cautelar (temporária ou preventiva) do indiciado ou réu que tenha a prisão devidamente justificada pela sua periculosidade, como forma de proteção aos interesses da coletividade e dos cidadãos em particular (BRASIL, 2016, p. 232).

Em inequívoca contrariedade ao voto do ministro Gilmar Mendes, o ministro Celso de Mello defende que a presunção de inocência não se esvai progressivamente à medida que se galgam os graus de jurisdição, permanecendo íntegro o princípio enquanto houver ao sentenciado possibilidade recursal, deixando de existir apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2016, p. 236).

Ao final de seu voto, o ministro acompanhou integralmente o relator, ministro Marco Aurélio Mello, reafirmando a compatibilidade do art. 283 do CPP com a presunção de inocência até que subsista a decisão transitada em julgado, nos termos do art. 5º, LVII, da CF.

#### 5.1.11 O voto da Ministra Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferiu voto de três (3) páginas. No mérito, afirma que o princípio da presunção de inocência não impede o início da execução, guardando conformidade com julgamentos proferidos pelo Supremo, em especial o HC nº 68.372, de relatoria do ministro Aldir Passarinho, já sob a égide da Constituição de 1988 (BRASIL, 2016, p. 245).

Na mesma esteira do voto do ministro Gilmar Mendes, guarda entendimento que o princípio se esvai, permitindo tratamento diferenciado até o ápice do trânsito em julgado. A sistemática jurídica pátria foi objeto de questionamentos pelos juízes de tribunais constitucionais, no mês de junho de 2016 no México, e dos próprios juízes da Corte Interamericana dos Direitos Humanos de como caminhar com a presunção de não culpabilidade de um lado e as garantias institucionais de outro, a fim de que o sistema jurídico não perca efetividade e confiabilidade, sabendo que o acesso a justiça não signifique apenas o direito de provocação, mas uma resposta do Estado-juiz dentro de um prazo razoável e proferida de forma efetiva (BRASIL, 2016, p. 247). Por fim, votou pelo indeferimento da cautelar nos processos ADC nºs 43 e 44.

## **5.2 Análise dos votos e da decisão por maioria com base nas teorias desenvolvidas nos capítulos anteriores**

Nesse subtítulo, em específico, será analisada a natureza mutacional da decisão sob o viés da teoria desenvolvida no primeiro capítulo do presente estudo, assim como a espécie interpretativa da decisão normativa proferida e o seu resultado, classificado em interpretação manipulativa aditiva respeitando os limites do texto constitucional ou mesmo ativismo judicial.

Em um último momento, a análise da decisão sob o aspecto de proteção dos direitos fundamentais como limite da atuação jurisdicional, passando da instrumentalização desenvolvida no capítulo segundo até a sua ponderação em relação aos demais princípios desenvolvida no terceiro capítulo do trabalho.

### **5.2.1 O julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43 e 44/DF como mutação constitucional**

Sabe-se que a mutação constitucional há uma alteração informal, decorrente da interpretação judicial, que deixa o texto intacto, modificando-se apenas o sentido que originalmente foram atribuídos, como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais, regulados por fatos sociais “urgentes” de uma sociedade complexa, globalizada e plural que não podem esperar pela morosidade do formalismo (VARGAS, 2014, p. 32).

Em comum entre os estudiosos da teoria mutacional – Paul Laband, George Jellinek, Rudolf Smend, Hsü Dau-Lin e Hermann Heller – está a pressão da realidade social sobre a normatividade, exigindo a interpretação da regra e princípios constitucionais como forma de conformação ao texto, que do contrário levaria a tensão e a reforma formal do texto constitucional ou mesmo a sua derrogação pelo desuso ou impossibilidade de efetivação.

No julgamento em estudo, mostra-se desnecessárias maiores digressões quanto a natureza mutacional do acórdão proferido por maioria nas ADCs nºs 43 e 44/DF, expressamente reconhecido como tal pelos ministros Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2016, 88) e Ricardo Levandowski (BRASIL, 2016, p. 184), modificando o posicionamento firmado a partir do HC nº 84.078, julgado 05 de fevereiro de 2009, de relatoria do então ministro Eros Grau, passando para o entendimento que a prisão pós decisão proferida em segundo grau, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência (não-culpabilidade) afirmado pelo art. 5º, LVII, da CF.

A peculiaridade na virada interpretativa do referido artigo constitucional, claramente pressionada por fatores da realidade social e institucional vivenciada no país, representados pelos estudos quantitativos dos encarceramentos e da inoperância do sistema processual penal, não guardaria maiores discussões quanto a sua mutação se não houvesse a peculiaridade que a decisão dos ADCs nºs 43 e 44/DF modificaram posição anterior, firmada no HC nº84.078, isso em 2009, que por sua vez modificou posicionamento que vigia de 1988 até sua alteração pelo *habeas corpus* referido, o qual guardava conformidade com o último julgamento. Em outras palavras, nos trinta (30) anos da Constituição Democrática, teve vinte e um (21) anos permitindo a prisão a partir da decisão proferida em segunda instância, ainda que pendente de recursos, posteriormente sete (7) anos obstando a automaticidade e exigindo o trânsito em julgado, e agora dois (2) anos novamente permitindo.

Argumento importante encontrado que demonstra a pressão da sociedade, a ponto de influenciar as decisões proferidas pelo STF, apresenta-se no voto do ministro Luiz Fux:

Então, essas questões me conduzem a uma colocação jusfilosófica simples: a jurisdição é uma função popular. Então, ninguém entende nenhum cidadão entende que a parte, o réu, ele tem uma denúncia recebida, ele tem uma denúncia acolhida numa sentença condenatória, ele é condenado pelo Tribunal de Apelação e ele entra inocente no Supremo Tribunal Federal. É

hora de perguntar: quem somos nós? Quem somos nós, diante de todo o Judiciário, que já reapreciou todas essas questões? (BRASIL, 2016, p. 146).

Dentro da teoria mutacional, baseada em um contraponto entre a realidade em confronto com a normatividade, resta apenas como limitador a pressão externa o núcleo essencial dos direitos fundamentais como algo inegociável e intransponível, um verdadeiro trunfo contra a maioria, conhecido como um entrincheiramento dos bens e liberdades individuais, ainda que sob a promessa do Estado de favorecimento a uma comunidade coletivamente considerada, “ou na concepção particular da vida boa” (NOVAIS, 2006, p. 28), exatamente o termo citado pelo ministro Luís Roberto Barroso em seu voto (BRASIL, 2016, p. 85), porém, defendendo um impulso externo, que no caso, o reconhecimento da possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, ainda que pendente de Recurso Especial ou Extraordinário.

#### 5.2.2 O acórdão das Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43 e 44/DF como sentença interpretativa, manipulativa com resultado não ativista

A partir da análise da teoria das sentenças interpretativas desenvolvida no item 2.3 do presente trabalho, não é difícil de classificar a decisão colegiada das ADCs como uma sentença normativa, interpretativa, manipulativa e aditiva, ainda que o resultado ativista não se mostre claro, o que será enfrentado em momento oportuno.

Especificamente em relação à sentença, nota-se que a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44 tem como escopo a declaração de que o art. 283 do CPP, referindo que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Tal dispositivo revela o exato alcance do princípio da não-culpabilidade insculpido no art. 5º, LVII, da CF, que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Entretanto, o posicionamento majoritário firmado reconhece a compatibilidade entre a presunção de não-culpabilidade do art. 5º, LVII, da CF com o art. 283 do CPP e ambos com a

possibilidade de prisão após a decisão condenatória proferida em segunda instância, ainda que pendente de recurso especial ou extraordinário.

De certo modo, a decisão puramente interpretativa mantém a presunção de inocência mitigada até o efetivo trânsito em julgado, porém, a mesma não é mais impeditiva da autoexecutoriedade da sentença condenatória pós-segunda instância, claramente complementando o art. 5º, LVII, da CF e art. 283 do CPP, que poderiam ser lidos da seguinte forma: a) artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, **não impedindo a prisão após garantido o duplo grau de jurisdição, ainda que na pendência de recurso especial ou extraordinário**; e b) artigo 283 do Código de Processo Penal: ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de **sentença condenatória proferida em grau de recurso de apelação**, ou transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

O exagero descritivo acima destacado demonstra de forma clara o resultado da manipulação interpretativa tácita à adição do texto constitucional, com reflexos na norma infraconstitucional, ainda que seus textos permaneçam inteiramente inalterados, o que é plenamente possível graças à instrumentalização do STF (trabalhado no capítulo segundo do presente estudo) pelos demais poderes constituídos, através das Emendas Constitucionais nºs 3/1993 (institui a ADC) e 45/2004 (eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade e as súmulas vinculantes).

Em relação ao resultado possivelmente ativista, este é de difícil definição, pois, na maioria dos conceitos doutrinários há uma exigência mínima de se enxergar os limites impostos pela Constituição, tal como ferido por Streck (2013, p. 22), para que se possa chegar a um juízo de expansão interpretativo do texto constitucional.

Como mencionado no voto do ministro Luiz Edson Fachin, o ministro Luiz Fux ressalva que o art. 5º, LVII, da CF não trata da prisão em segunda instância, mas apenas a culpa. A prisão é especificada apenas no inc. LXI, referindo que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 2016, p. 146).

Nota-se que entre os incisos LVII e LXI do art. 5º da CF há um vácuo normativo que somente pode ser preenchido pela interpretação hermenêutica, adotando critérios principiológicos (desenvolvido no capítulo terceiro), até por ser uníssono entre os ministros que a presunção de inocência ou não-culpabilidade é princípio e não regra, permitindo-se chegar tanto em uma interpretação mais restritiva – exigindo que o princípio da não-culpabilidade seja elemento essencial para a execução da sentença condenatória, dissolvido somente após o trânsito em julgado – ou mais elástica, mantendo o princípio da não-culpabilidade até o trânsito em julgado, porém, mitigando a sua presunção na medida em que a culpa venha se confirmando em cada instância ordinária.

Definitivamente, entender a interpretação na lacuna da lei – havendo interpretações possíveis e conforme com a ponderação dos princípios em jogo – com os critérios de conceituação do ativismo – “exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativo por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos” (CAMPOS, 2014, p. 37), ou mesmo “decisão judicial que se funda em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto legal (NERY JUNIOR; ABOUD, 2013, p. 191) – não se mostra adequado.

### 5.2.3 O acórdão reduz ou limita as garantias fundamentais?

Em um primeiro momento, sem uma análise sistemática e olhando separadamente para o art. 5º, LVII, da CF, resta a impressão de incoerência entre o princípio da inocência (ou não-culpabilidade), que somente cessa em definitivo após o efetivo trânsito em julgado, e a possibilidade de prisão a partir de decisão condenatória proferida em segunda instância, a qual se dará indubitavelmente de forma provisória.

Entretanto, analisando de forma sistemática, tal como realizado nos votos dos ministros Luiz Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki, nota-se que a formação da culpa no processo penal encerra-se justamente na decisão proferida em segunda instância, último momento processual para reanálise das provas angariadas sob o crivo do devido processo legal, restando aos Recursos Especial e Extraordinário somente a análise da legalidade. Em outras palavras, a

fiscalização da correta aplicação da lei por parte dos magistrados de instâncias inferiores, sem a possibilidade de revisitar as questões de fato.

Como bem referido pelo ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2016, p. 204), a figura heróica do *habeas corpus* é dotada de garantias que transcendem o estreitamento da via recursal, com a possibilidade de ser movido a qualquer momento durante a tramitação do processo, inclusive antes ou mesmo após a sua formação, atacando o vício no momento em que se constitui, dispensando que se aguarde a última palavra apenas quando do julgamento do mérito dos recursos superiores.

Como bem descrito no voto do ministro Luiz Edson Fachin (BRASIL, 2016, p. 44), aliás, é da tradição processual brasileira que os Recursos Especial e Extraordinários não sejam dotados de efeito suspensivo, não impedindo que os tribunais superiores concedam a cautela no entendimento de haver os requisitos formais para a sua concessão. Assim, ao invés de se aguardar a decisão final transitada em julgado para a execução definitiva da pena, não há impedimento legal para que esta se inicie de forma provisória em razão do efeito devolutivo do REsp e RE, determinados nos artigos 637 do CPP c/c a dos artigos. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, cabendo ao Tribunal competente para processamento do recurso decidir se determinado caso atende os requisitos de concessão da suspensão cautelar do cumprimento enquanto aguarda o julgamento definitivo.

Mesmo não vivendo sob a égide da doutrina alemã, onde os recursos extraordinários são contra a coisa julgada (BRASIL, 2016, p. 148), não se pode passar ao largo que no Brasil há a figura da revisão criminal, sem prazo de interposição e incluída no rol dos recursos (art. 621 do CPP), que, se acolhida em sua literalidade, nunca permitiria o efetivo trânsito em julgado definitivo, pois a qualquer momento, atendendo aos seus requisitos, poderia o acusado insurgir-se contra a decisão supostamente definitiva (BRASIL, 2016, p. 136).

No mesmo plano, havendo a presunção absoluta do princípio da não culpabilidade, atingindo o *status* de regra, ficaria difícil de defender a constitucionalidade dos efeitos extrapenais de determinadas decisões proferidas em segunda instância, ainda que pendente de recurso, tal como a inelegibilidade disposta na Lei da Ficha Limpa (art. 1º, I, EC nº 135/2010).

Desse modo, tal como desenvolvido no capítulo 3º deste trabalho, a mitigação do princípio da presunção de inocência somente pode ser dirimido na medida do

grau de jurisdição que avança quando contraposto contra princípios fundamentais de valores idênticos, porém, sopesados pela ponderação, restam por modular a sua eficácia enquanto houver a permanência do motivo de tensão, tal como descrito pelo ministro Barroso:

Por ser um princípio, e não uma regra, a presunção de inocência é ponderada e ponderável com outros valores do sistema, como a efetividade do sistema penal. Mas a efetividade do sistema penal não é um valor em si. A efetividade do sistema penal é o valor ou o instrumento que protege a vida das pessoas para não serem assassinadas, é a que protege a integridade física das pessoas para não serem agredidas, é a que protege a integridade patrimonial das pessoas para não serem roubadas. Portanto, falar em efetividade do sistema punitivo não é falar numa abstração que envolva um Poder do Estado; é falar de um conjunto de direitos fundamentais que precisa ser protegido pelo Estado, como a vida, a integridade, a propriedade e a moralidade administrativa. Portanto, o princípio da presunção da inocência é ponderado com esses princípios. Ponderar é atribuir pesos a valores diferentes, de acordo com circunstâncias e fatos. Quando o processo começa, o princípio da presunção da inocência tem peso máximo, elevadíssimo. Mas, depois de uma condenação em primeiro grau, esse peso diminui. Na sequência, depois da condenação em segundo grau, esse peso diminui mais ainda, e aumenta o peso do interesse do sistema em aplicar e fazer valer a norma penal.

Portanto, o segundo fundamento constitucional que legitima a prisão nesses casos é que se faz uma ponderação e, depois da condenação em segundo grau, o peso da presunção da inocência ou não culpabilidade fica muito mais leve, menos relevante em contraste com o peso do interesse estatal em que os culpados cumpram pena em tempo razoável. Isso porque o sistema brasileiro, ou permite a prescrição, que desmoraliza a Justiça; ou permite que a pena seja cumprida dez, quinze, vinte, trinta anos depois do episódio. Pode até ser que seja injusto, porque a pessoa que está sendo encarcerada já não é nem mais a mesma passados trinta anos daquele episódio (BRASIL, 2016, p. 56-57).

De antemão pede-se escusas pela extensão da citação colacionada, todavia, o desenvolvimento exposto demonstra a teoria da ponderação dos princípios e seus efeitos práticos, que somados a sistemática processual e aos instrumentos recursais constitucionais postos a disposição para a defesa dos direitos fundamentais, tem-se que o acórdão não reduz ou enfraquece o princípio da presunção de inocência (não-culpabilidade), mas conforma com os demais princípios constitucionais instituídos no art. 5º da CF, tais como: do juiz natural (inc. LIII); do devido processo legal (inc. LIV); da ampla defesa, contraditório e do duplo grau de jurisdição (inc. LV); da motivação (inc. LXI); da razoabilidade da duração do processo (inc. LXXXVIII).

## 6 CONCLUSÃO

Ao final, com o trabalho desenvolvido pretendeu-se demonstrar que a mutação constitucional é elemento integrante da estabilidade da norma escrita, próprio da rigidez do texto da Constituição, e que o seu não acolhimento pela doutrina forçaria a derrogação tácita do texto pelo desuso ou pela inexecutabilidade, e que a realidade fática da vida influencia diretamente na interpretação pela Corte.

No mesmo plano, como resultado dessa interpretação, conceituou-se o ativismo judicial como exasperação do resultado mutacional que, utilizando-se das sentenças manipulativas normativas aditivas, operacionaliza direitos que antes eram condicionados às políticas públicas de competência dos demais Poderes instituídos, gerando a hipertrofia do Poder Judiciário e a crise entre os demais Poderes, tal como descrito no terceiro capítulo.

Essa crise de tensão entre os Poderes, de certa forma, sempre ocorreu no fluxo da história e permanecerá enquanto houver alguém imbuído da última palavra e contra ela não existam limites conhecidos, ou, mesmo que conhecidos, não sejam aplicados de forma concreta, tal como desenvolvido em Hart.

Contudo, essa preponderância hipertrófica atribuída ao Poder Judiciário não se deu de forma estanque ou foi tomada pela força, pois foi instrumentalizada pela própria Constituição, tanto pelo constituinte originário na formação da Constituição de 1988, quanto pelo derivado. De modo que foram atribuídas competências normativas ao Supremo Tribunal Federal (eficácia *erga omnis* e sumulas vinculantes), as quais extrapolam o mero controle restritivo da atividade legislativa, tornando o sistema brasileiro repleto de quimerismos e teratologias jurídicas.

Esses enxertos constitucionais realizados pelo Poder Legislativo demonstram claramente a outorga de responsabilidade ao Poder Judiciário para a solução de casos difíceis, que jamais chegariam a um consenso democrático, levando em conta a heterogeneidade do parlamento brasileiro, sabidamente formada por parcelas da sociedade (bancadas) movidas por interesses bem definidos, mas que ainda assim faz parte do sistema representativo político vigente. Assim, a paralisia, ou mesmo a omissão, do Poder Legiferente não impede a apreciação pelo Poder Judiciário, por expressa determinação Constitucional (artigo 5º, inciso LXXI, da CF), nem mesmo a solução jurídica mais adequada ao caso concreto, dando aso a chamada “juristocracia”.

Entretanto, tal como apresentado no capítulo terceiro, a limitação da atividade judicial esbarra no núcleo essencial dos direitos fundamentais, os quais, reconhecidos em sua grande maioria como princípios, decorrentes da sua baixa densidade normativa e generalidade, tem sua aplicabilidade medida pela intensidade de incidência (ponderação), utilizando-se da proporcionalidade em sentido estrito como meio de seleção do princípio preponderante, sem que o afastado seja excluído do sistema jurídico.

A teoria “alexiana” dos princípios, em especial a ponderação, são elementos essenciais do controle de constitucionalidade, da mesma forma que o discurso racional de aplicação, este como mecanismo de controle da atividade judiciária.

Esses elementos, desenvolvidos do primeiro ao terceiro capítulos, mostraram-se de aplicação plena e corrente pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44/DF, desenvolvido no quarto capítulo, demonstrando que a Corte constitucional sofre influências da realidade social em suas decisões e não apenas pela normatividade (típico da teoria da mutação constitucional), sopesando interesses fundamentais em jogo (típico da teoria dos princípios) e proferindo decisão complementar às lacunas do texto constitucional, com força normativa e cogente, vinculando os tribunais inferiores.

Assim, resta do presente trabalho a certeza de que a “juristocracia” somente existe por causa, e em razão, da inoperância dos demais Poderes instituídos, resultando em um déficit democrático e um risco à efetividade dos direitos fundamentais, o que seria facilmente contornável na medida em que o Legislativo e o Executivo assumissem os seus efetivos papéis e realizassem as políticas públicas, tais como prometidas pela Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

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

ALVARENGA, Luiz Carlos. Discurso de justificação *versus* discurso de aplicação: em busca de uma interpretação coerente do Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 3, n. 3, p. 1-15, set./dez. 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Luiz%20Carlos%20Alvarenga.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

AMARAL, Nelson Cardoso. Um novo Fundef? As idéias de Anísio Teixeira. **Educação e Sociedade**, v. 22, n. 75, p. 277-290, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8153/o-principio-da-proporcionalidade-e-sua-aplicabilidade-na-problemativa-das-provas-ilicitas-em-materia-criminal>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. Teorias da justiça no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 48-69, jul./dez. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, Brasília, n. 4, p. 1-29, jan./fev. 2009. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 15/11/2013.

BLACK'S Law Dictionary. 2. ed. Cambridge: West Group, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. **Direito, Estado e Sociedade**, Porto Alegre, n. 44, p. 189-220, jan./jun. 2014.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **Ativismo judicial e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 16 maio 2018.

BRASIL. Código Penal Militar (1969). **Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1542-45.2010.5.19.0003**. 2ª Turma. Relator Min. José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5678176/recurso-de-revista-rr-1542-1542-2007-007-01-003/inteiro-teor-11837457>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 43 e 44/DF**. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 05 de outubro de 2016, Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 130552/SP**. Primeira Turma. Relator Min. Moreira Alves. Brasília, 04 de junho de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28130552%2ENUME%2E+OU+130552%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h9ks9m2>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 135637/DF**. Primeira Turma. Relator Min. Moreira Alves. Brasília, 26 de junho de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28135637%2ENUME%2E+OU+135637%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h9ks9m2>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

2ENUME%2E+OU+135637%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydy56ju5>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BRUST, Leo. **Controle de constitucionalidade**: A tipologia das decisões do STF. Curitiba: Afiliada, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Almeida: Coimbra, 2007.

CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. 2015. 357 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CERRI, Augusto. **Corso di giustizia costituzionale**. Milano: Giuffrè Editore, 1994.

CORTE IDH. **Caso Garibaldi vs Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n. 203. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec202esp.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

CORTE IDH. **Caso Meninos Emascarados do Maranhão vs Brasil**. Solução amistosa, em 15 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRSA12426PO.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs Brasil**. Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 04 de julho de 2006. Série C. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

COSTA, Fernando Nogueira da. Fundamentos e limites do princípio do “Laissez-Faire” ou da não-interferência governamental. **Cidadania e Cultura**, 13 nov. 2013. Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/11/13/fundamentos-e-limites-do-principio-do-laissez-faire-ou-da-nao-interferencia-governamental/>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema da separação dos poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 240-258, jan./mar. 2000.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. **Revista Jus Navigandis**, Teresina, v. 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3682/a-resolucao-das-colisoes-entre-principios-constitucionais>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. **Revista Jus Navigandis**, Teresina, v. 8, n. 62, 1 fev. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3682>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Nota breve sobre o efeito vinculante. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 12, p. 143-155, 1995.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Bilbao: IVAP, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. Tradutor Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIA, Leopoldo. Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale. In: ELIA, Leopoldo. **Scritti sul a giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli**. Pádua: Casa Editrice Antonio Milani, 1985.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle de constitucionalidade. Tradutor Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradutor Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradutor Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Disposizione vs. Norma, Studi in Memoria di Giovanni Tarello**. Milano: Giuffrè, 1990. v. 2.

GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell (coord.). **Constitucionalismo(s)**. España: Trota, 2003. p. 49-74.

GÜNTHER, Claus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Tradução

Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HÄBERLE, Peter [Entrevista]. Constituição é declaração de amor ao país. Entrevistadores Rodrigo Haidar e Marília Scriboni. **Revista Consultor Jurídico**, 29 maio 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flavio Bieho Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. Tradução Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por: Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009.

ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade**: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014. 168 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Curso de Pós-graduação em Direito, Brasília, 2014.

JUSTIÇA condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012. **Notícias CNJ**, Brasília, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2009.

LAVAGNA, Carlo. **Istituzioni di diritto pubblico**. 2. ed. Torino: Utet, 1973.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos Poderes na ordem constitucional brasileira. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 45, p. 1-20, jul./dez. 2014.

LIMA, Vinícius Melo de. **Uma teoria hermenêutica da responsabilidade**: os direitos sociais entre o ativismo judicial e a decisão democrática. 2016. 407 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-graduação em Direito, São Leopoldo, 2015.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. In: LLORENTE, Francisco Rubio. (org.). **La forma del Poder: Estudios sobre la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1965.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

MARGRAF, Alencar Frederico; TEIXEIRA, Marcelly Costa. Decisões judiciais: entre o ativismo do judiciário e a judicialização da política. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 977, p. 213-240, mar. 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso de. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC nº 267-8/DF**. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 25 de outubro de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28267%2E%2E+OU+267%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/huypklp>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei 9.882, de 3-12-1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2005. t. 2.

MORO, Sérgio Fernando. A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, p. 337-356, 2001.

MOTTA, Francisco José Borge. **Levando o direito a sério**: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOURÃO, Juraci Lopes; LIMA, Martonio MontÁlverne Barreto de. Motivação das decisões judiciais: Legitimação, controle e poder. In: ROSA, Alexandre Moraes da (org.). et al. **Hermenêutica, Constituição, decisão Judicial**: Estudos em homenagem ao Prof. Lenio Luiz Streck. 1. ed. Porto Alegre, 2016. v. 1, p. 436-449.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Nelson Junior; ABOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.) et. al. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 111-141, abr./jun. 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República de Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

QUEIROZ, Arryanne. Súmula que restringe uso de algemas é inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, 21 ago. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-ago-21/sumula\\_vinculante\\_11\\_supremo\\_inconstitucional](http://www.conjur.com.br/2008-ago-21/sumula_vinculante_11_supremo_inconstitucional)>. Acesso em: 22 out. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RE, Edward. Stare Decisis. Tradução Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 122, p. 281-288, maio/jul. 1994.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Comunicação docente e o uso dos topoi. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45/comunicacao-docente-e-o-uso-dos-topoi>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. Os 20 anos do “The Global Expansion of Judicial Power” e as diferentes teorias de Judicialização da Política no Brasil: continuidades e descontinuidades. **Ponto de Vista**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 1-14, 2015.

SANCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: Fundamentos de la democracia constitucional**. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em**

homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Celso Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e sua aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Diogo Bacha e. **Ativismo no controle de constitucionalidade**: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Suzana Tavares da. O tetralemma do Controlo Judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio. **Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 88, n. 2, p. 639-678, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

SILVESTRI, Gaetano. **Le sentenze normative della corte costituzionale**: Giurisprudenza costituzionale, Milano: Antonino Giuffrè, 1981.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêuticas e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TATE, C.N. **Why the expansion of judicial power?** New York: New York University, 1995.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VECCHI, Cristiano Brandão. **A mutação constitucional**: uma abordagem Alemã. 2005. 148 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2005.

VEGA, Augusto Martín de la. **La sentencia constitucional en Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

VIANNA, Luiz et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 55-75, out. /dez. 2008.

XAMANISMO. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. 2018. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Xamanismo>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale.** Bolgna: Società Editrice il Mulino, 1977.

ZAVASCKI, Teori. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamatória nº 4.335/AC.** Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rcl4335TZ.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.