

FACULDADE DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

PEDRO BRAZ SOBRINHO

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O TEMPO DO DIREITO:
uma análise do HC nº 152.752 STF/PR**

RECIFE
2019

PEDRO BRAZ SOBRINHO

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O TEMPO DO DIREITO:
uma análise do HC nº 152.752 STF/PR**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Weil Afonso

RECIFE
2019

Ficha catalográfica
Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

S677m Sobrinho, Pedro Braz.
A mutação constitucional e o tempo do direito: uma análise do HC
nº 152.752 STF/PR / Pedro Braz Sobrinho. - Recife, 2019.
67 f.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Weil Afonso.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2019.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Mutação constitucional. 3. Segunda instância. 4.
Tempo. I. Afonso, Henrique Weil. II. Faculdade Damas da Instrução
Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019.1-267)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO
CURSO DE DIREITO

PEDRO BRAZ SOBRINHO

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O TEMPO DO DIREITO: uma análise do HC nº
152.752 STF/PR

Defesa Pública em Recife, 18 de junho de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a):

Dedico este trabalho

A meu pai Afonso Braz da Silva, que sempre nos incentivou buscar nos estudos o crescimento intelectual e como pessoa. A minha mãe Maria Antônia Cordeiro da Silva com sua fé inabalável e perseverança e muita força para o trabalho. Meus irmãos: Gizele, André, Andréa, Marcel. Meu sobrinho Daniel. A Riva e a meu filho Pepê.

AGRADECIMENTOS

É muito importante esse momento na nossa vida, na busca de engrandecimento intelectual e profissional, e nessa altura, numa mudança de rumo de vida que levarão a novos desafios. Sonho realizado, mas não devemos nos esquecer das pessoas que estiveram a nossa volta e ajudaram na concretização do nosso sonho.

Primeiramente agradecer a Nossa Senhora de Fátima e a Deus por iluminar o caminho e nunca deixar, diante das adversidades da vida, nos abater e seguir em frente.

E com muita dor no coração, mas com imensa satisfação, agradecer a meu pai Afonso (in memorian) mesmo não estando presente fisicamente para acompanhar esse momento de felicidade foi, e sempre será, uma referência na minha vida.

A minha mãe, Maria Antônia por ser a fortaleza, o porto seguro de todos nós em casa, nos motivando para não esmorecer, continuar lutando tanto nos estudos quanto no trabalho e fazer sempre o bem sem olhar a quem com seu espírito de fé infinito.

Aos meus irmãos André, Gizele, Andréa, Marcel, Daniel (sobrinho) também sempre presentes para incentivar e apoiar as minhas iniciativas, assim como compreensão nos momentos de chatices. Agradecer a Riva por também compreender o momento e ajudar nos estudos e também ter-nos dado a melhor coisa da minha vida, Pepê.

Agradecer a Faculdade Damas por ter-nos oferecido um curso na grandeza e na excelência necessários na formação de profissionais do Direito. A todos os professores, especialmente ao meu orientador e conterrâneo professor Henrique Weil, assim como também, professor Ricardo Silva com a sua paciência de Jó soube nos conduzir para finalização do TCC. Não esquecendo também de todos os funcionários da faculdade sempre prestativos e atenciosos com as nossas solicitações.

O meu muito obrigado!!!!

“Não é nossa condição social, mas a qualidade
de nossa alma que nos torna felizes.”
Voltaire

RESUMO

As linhas de reflexões do presente trabalho, traz um estudo do instituto da Mutação Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, como a influência desse instituto acarreta nas decisões no âmbito da condenação da segunda instância e, a sua relação com o preceito constitucional da presunção da inocência. Tomando como marco teórico para análise a obra *O tempo e o Direito* de François Ost. Informalmente a Mutação Constitucional, processo realizado pelo Poder Judiciário que promove alteração de normas constitucionais sem que incida o mecanismo da revisão constitucional, feita pelo Poder Legislativo através de PEC – Proposta de Emenda a Constituição. Na vigência da Constituição de 1988 (Constituição Cidadã) passamos de um regime de ditadura para um regime democrático. De lá para cá a Mutação Constitucional foi utilizada para aplicar mudanças políticas, jurídicas e sociais. A efetividade dessa norma deveria passar por uma exigência no reconhecimento sua eficácia normativa e uma chancela do tempo, um amadurecimento para ter-se confirmado o seu feito. O STF ao interpretar tais fenômenos sociais, políticos e jurídicos busca harmonizar e unir os valores da sociedade. Entretanto, diante desse contexto, a Constituição brasileira sofreu alterações na jurisprudência da condenação em segunda instância e tais decisões vem gerando insegurança jurídica na sensação de impunidade com os crimes de corrupção de um modo geral. A justificativa para tal análise reside no fato de que, no atual Estado Democrático de Direito, busca-se uma resposta do Direito a tensão criada ao questionamento: as mudanças na jurisprudência afetam a condenação em segunda instância? A pesquisa é descritiva, de natureza qualitativa, no método dedutivo de análises bibliográficas. Com o propósito da hipótese a ser confirmada ou refutada ao fim do trabalho, explicar a natureza das decisões do Poder Judiciário na avaliação do segundo grau de jurisdição e a participação do Poder Legislativo. Chegando ao final, a conclusão da interferência da utilização da Mutação Constitucional na condenação em segunda instância.

Palavras chaves: Mutação Constitucional, segunda instância, tempo.

ABSTRACT

The lines of reflection of the present work, brings a study of the institute of the Constitutional Mutation in the Brazilian juridical order, as the influence of this institute entails in the decisions in the scope of the condemnation of the second instance and its relation with the constitutional precept of the presumption of innocence. Taking as theoretical framework for analysis the work the time and the law of François Ost. Informally the Constitutional Mutation, a process carried out by the Judiciary that promotes changes in constitutional norms without affecting the mechanism of constitutional revision, made by the Legislative Branch through PEC - Proposed Amendment of the Constitution. Under the Constitution of 1988 (Citizen Constitution) we moved from a regime of dictatorship to a democratic regime. Since then the Constitutional Mutation has been used to apply political, legal and social changes. The effectiveness of this norm should go through a requirement in recognition of its normative effectiveness and a seal of time, a maturation to have confirmed its achievement. The STF in interpreting such social, political and juridical phenomena seeks to harmonize and unite the values of society. However, faced with this context, the Brazilian Constitution has undergone changes in the jurisprudence of the conviction in second instance and such decisions have been generating legal insecurity in the sense of impunity with crimes of corruption in general. The justification for such analysis lies in the fact that, in the current Democratic State of Law, a response is sought from the Right to tension created by the questioning: do changes in jurisprudence affect the conviction in the second instance? The research is descriptive, of qualitative nature, in the deductive method of bibliographic analyzes. With the purpose of the hypothesis to be confirmed or refuted at the end of the work, explain the nature of the decisions of the Judiciary in the evaluation of the second degree of jurisdiction and the participation of the Legislative Branch. Coming to the end, the conclusion of the interference of the use of the Constitutional Mutation in the conviction in the second instance.

Keywords: Constitutional Mutation, second instance, time.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCs	- Ações Diretas de Constitucionalidades
Art.	- Artigo
Arts.	- Artigos
CCJ	- Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CF/18	- Constituição Federal de 1988
CPC/15	- Código de Processo Civil de 2015
DJ	- Diário da Justiça
HC	- <i>Habeas Corpus</i>
Min.	- Ministro
OAB	- Ordem dos Advogados do Brasil
PEC	- Proposta de Emenda à Constituição
PLS	- Proposta de Lei do Senado
PT	- Partido dos Trabalhadores
RE	- Recurso Extraordinário
REsp	- Recurso Especial
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJ/SP	- Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF-4	- Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O DIREITO E SEUS TEMPOS: A FILOSOFIA DO DIREITO EM FRANÇOIS OST	13
2.1	A Relevância da Memória para a Ordem Jurídica	17
2.2	O Perdão	21
2.3	A Promessa	22
2.4	Requestionamento	25
3	A ORDEM DEMOCRÁTICA BRASILEIRA E SUAS RELAÇÕES COM O TEMPO NO DIREITO	28
3.1	Construção Histórica e Matriz Teórica do Constitucionalismo.....	29
3.2	A Concepção da Norma Jurídica no Pensamento Constitucional	34
3.3	Mutação Constitucional como Técnica Informal de Reforma	41
3.4	A Essência da Interpretação Constitucional	47
4	ESTUDO DE CASO: HC 152.752 STF/PR- LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA	50
4.1	A Controvérsia - Como Surgiu o Conflito da Condenação em Segunda Instância.. ..	50
4.2	A Condenação em Segunda Instância na Visão do Legislativo e Executivo	55
4.3	O Habeas Corpus 152.752 STF/PR	57
	CONCLUSÃO	59
	REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

É vivenciado no constitucionalismo brasileiro uma efervescência com mudanças políticas, jurídicas, sociais, e nesse sentido, os compromissos com a efetividade de normas passa por uma exigência no reconhecimento da eficácia normativa da Constituição Federal. Isso ao interpretar os fenômenos sociais, políticos e jurídicos na busca de harmonia e unicidade de valores da sociedade.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo dentro Poder Judiciário brasileiro, compete basilarmente a guarda da Constituição, de acordo com que está definido no art. 102 da Constituição de 1988, exerce um leque de competências, que foi ampliado pela Carta Magna. no que tange ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Não se admite que um ato realizado por instância inferior hierarquicamente afronte os preceitos constitucionais.

As constantes alterações sofridas ao longo dos trinta anos de promulgação da Constituição Federal, geram insegurança jurídica e uma demasiada sensação, ao cidadão comum, da perpetuação da impunidade com os crimes de corrupção tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário.

Diante desse contexto, a Constituição brasileira vem sofrendo mutações e mais recentemente na jurisprudência da condenação em segunda instância. Com isso, advém a preocupação no mundo jurídico e na sociedade com tais mudanças constitucionais no âmbito da criminalização em segundo grau no nosso ordenamento jurídico.

Dentro deste pensamento, na visão de que o Direito nasce do fato social, nas complexidades das relações humanas, o embate entre direitos fundamentais constitucionalmente tutelados e na necessidade de um contraponto do ordenamento jurídico, sendo o fiel da balança que atua para dar repostas a sociedade.

Portanto, buscando dá uma resposta do Direito a tensão criada ao questionamento: as mudanças na jurisprudência afetam a condenação em segunda instância?

Quanto ao problema que se expõem, hipoteticamente, trabalha-se para a compreensão do tema da mutação constitucional e o como é utilizado e conceituado a mutação que produz alteração no significado, sentido ou alcance da norma constitucional sem que haja alteração no texto escrito.

A Constituição Federal de 1988 é dotada de estabilidade, sendo uma exigência indispensável à segurança jurídica, à manutenção das instituições e ao respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Ao apresentar um caráter estático e ao mesmo tempo dinâmico a Constituição deve evoluir juntamente com a sociedade que se renova. Alguns doutrinadores refutam e rechaçam uma constituição que seja absoluta e, por outro lado, seja muita flexível com interpretações distorcidas do Judiciário.

A pouco tempo, a controvérsia em torno da possibilidade de prisão em segunda instância, antes do trânsito em julgado de todos os recursos, iniciou-se com julgamento do *Habeas Corpus* 126292 STF/SP, na sessão do dia 17/02/16. O Supremo Tribunal Federal decidiu, por 7 votos a 4, que é possível iniciar a execução da sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segundo grau, sem que isso ofenda o princípio da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal que assim expressa: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A decisão causou tremendo furor na comunidade jurídica e em toda a sociedade com acaloradas manifestações, contra e a favor da decisão.

Desde modo, o presente trabalho tem como objetivo investigar o instituto da mutação à luz do marco teórico de François Ost, “O Tempo do Direito”. O tempo é grandeza, é também um elemento instituinte na sociedade, colaborando para a criação, alteração e eliminação de estruturas sociais e jurídicas.

Ao analisar o fenômeno da mutação constitucional perante os poderes e as suas decisões, que na carta Magna assegura uma certa estabilidade e garante os direitos fundamentais, que só pode ser alterada através de um processo legislativo através mecanismos formais: a emenda constitucional e a revisão constitucional, e informalmente as mutações constitucionais que são processos para promoverem alterações nas normas constitucionais sem que incidam os mecanismos formais já citados acima.

Sendo assim, e para alcançar a finalidade desse estudo, mais especificamente pretende-se investigar o histórico do STF sobre o tema Mutação Constitucional e sua relação com o tempo na análise do HC 152.752 STF/PR. De modo a identificar os critérios norteadores de decisão e, traçar um perfil da utilização desse instituto (Mutação Constitucional) e suas inter-relações a partir da segunda instância através de estudo de caso.

A presente pesquisa do ponto de vista dos objetivos é descritiva, de natureza qualitativa, a análise no método dedutivo, partindo de uma premissa para direção uma outra (particular), através dos procedimentos técnicos de análises bibliográficas elaboradas a partir de material já publicado, como livros, artigos científicos, periódicos, internet, etc. Com o propósito de explicar a natureza da relação entre os poderes Legislativo e Judiciário nas condenações em segunda instância.

Nessa perspectiva e com o propósito de seguir os objetivos traçados, a pesquisa contará com três capítulos.

No primeiro capítulo examinar as considerações do tempo e o direito, os desafios: a memória, perdão, promessa e requestionamento em sendo uma grandeza cronológica e também a importância do tempo diante da complexidade de uma sociedade mutável. Numa abordagem da obra O tempo do Direito do pensador François Ost, na ótica em relação da institucionalização do tempo no como novo paradigma para o Direito.

No segundo capítulo, examinar o constitucionalismo e interpretação da Constituição, o estudo da mutação constitucional, a hermenêutica e a interpretação constitucional, o controle de constitucionalidade conferido ao Supremo Tribunal Federal como intérprete da constituição, ao legislador com sua parcela nas alterações na Constituição quando sugere mudanças no texto constitucional.

E para finalizar com o terceiro capítulo, examinar as controvérsias das decisões em segunda instância na Suprema Corte das questões centrais através de estudo de caso do julgamento do HC 152.752 STF/PR.

2 O DIREITO E SEUS TEMPOS: A FILOSOFIA DO DIREITO EM FRANÇOIS OST

É essencial para encerrar o início de trabalho ter-se um espaço norteador que estabeleça ideias, que faça sentido, que tenha regras e referenciais que venham esclarecer o objetivo de estudo e de modo que a postura escolhida possa direcionar, fundamentar a abordagem do tema e aponte o caminho a seguir, sendo mais que uma opinião pessoal.

O tempo é uma grandeza cronológica: passado, presente e futuro. O que foi? O que é? E o que será? O tempo também é elemento que estabelece a uma sociedade, quando cria, altera ou elimina estruturas tanto sociais como jurídicas. A importância do tempo diante da complexidade de uma sociedade mutável a todo instante, o abandono de velhas práticas e paradigmas para uma reforma nos preceitos constitucionais tão rápidos sem que haja uma fase de conhecimento e consolidação das normas, chega a ser um paradoxo e risco muito grande para as instituições sem que tenha um fortalecimento do regramento para essa mesma sociedade.

Voltemos aos gregos na antiguidade, que tinham duas formas de expressar o tempo: *Kronos* e *Kairós*. *Kronos* seria personificação do tempo, uma medida linear de movimento e de natureza quantitativa o “tempo dos homens”. Enquanto *Kairós* seria o momento indeterminado no tempo, momento oportuno, algo especial, tempo potencial, tempo eterno, “o tempo de Deus”.

Na obra “O Tempo do Direito” do jurista e filósofo François Ost,¹ no qual estuda as relações do direito e do tempo. Começa na mitologia grega em que *Kronos* tentou controlar o tempo quando tomou o trono de seu pai, *Úrano*, com a ajuda de sua mãe *Gea*. Avisado através de uma profecia em que um dos seus filhos iria tirar o seu trono, como havia feito a seu pai *Úrano*. *Kronos* devora os seus filhos assim quando eles nascem.

Entretanto, *Reia* esposa de *Kronos*, conseguiu enganá-lo fazendo com que ele engolisse uma pedra envolta em faixas imaginando ser seu filho *Zeus*. Chegando na fase adulta, *Zeus* comandou uma revolta e pôs fim ao reino de *Kronos* enviando-o para o *Tártaro* (nascidos a partir do caos).

¹ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 9-12.

Kronos ao agir desta forma, colocou-se em posição de dono do tempo, quando castrou o seu pai cortando o elo com o passado e privando-o de futuro num presente estéril sem memória nem projeto. O tempo é interrompido momentaneamente e compelido. *Kronos* tenta suprimir a sua descendência e tanto no caso de *Úrano*, quanto no de *Kronos*, é um de seus filhos que usa dos mesmos artifícios que eles utilizaram.

Houve uma abnegação, uma recusa do tempo em detrimento da transformação, mutação, aperfeiçoamento, numa ideia de eternidade sem que houvesse uma finitude para tudo *ad eternum*.

Desde os gregos, há uma relação enigmática do tempo com o justo, que estão lado a lado: a temperança e a justiça. Temperança que seria a sabedoria do tempo e a justiça a sabedoria do Direito.

Temperança porque é o equilíbrio, o fiel da balança. O excesso por mais benéfico que seja, caso tenha uma dosagem acima do necessário, causa um desequilíbrio e um mal não imaginado. O sal que já foi uma moeda de troca em tempos idos, além de dar sabor aos alimentos e os conservar retirando a água e afastando as bactérias, o seu excesso na preparação dos alimentos e conseqüentemente no organismo humano causa hipertensão arterial e problemas renais, por exemplo. Há de ter uma dosagem adequada na quantidade ingerida para que tenha satisfação e não o contrário.

Ainda segundo o autor, da mesma forma a temperança seria a sabedoria no tempo², não se pode quer parar ou acelerar o tempo. Os ciclos vão e voltam como bumerangue, tomemos como base o nosso calendário de dias, todos nós sabemos que o ano tem 365 dias que se repetem a cada 365 dias, excluindo os anos bissextos, o dia tem 24 horas e assim por diante. É um ciclo em que o homem criou para contar e mensura o seu tempo. Já a justiça sendo a sabedoria do Direito, e o Direito só existe por causa do homem, sem o qual não seria necessário. Os outros animais não precisam do Direito, a própria natureza se incumbem de criar e fazer evoluir as suas relações com os outros animais sem a interferência humana.

Ainda de acordo com o autor da obra:

² OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 12.

O tempo é uma instituição social antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Onde se apresenta em uma realidade objetiva, pela sucessão dos dias e das noites ou pelo envelhecimento do ser vivo.

[...]

A segunda tese diz respeito ao direito. Defende que a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social sendo mais do que interditos e sanções, como era antes ou cálculo e gestão como frequentemente acredita ser hoje. O Direito é um discurso performativo é um emaranhado de elos que operam e exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade.³

A terceira tese⁴ de OST, resulta da interação dialética das duas primeiras teses. Estabelece, ainda neste sentido, uma corrente dominante entre a temporalização social do tempo e a instituição jurídica da sociedade. Há um diálogo entre as duas, há uma interação em que uma afeta diretamente a outra na medida que uma temporiza e a outra empreende. A instauração do tempo pelo direito é um feito instável em consequência de a todo momento surgirem ameaças de destemporalização (a recusa do tempo entendido como mudança, a evolução, limitação e mortalidade).

Uma instituição que, aos nossos olhos, é tanto ruptura como ligação. É preciso sublinhá-lo claramente: só num segundo momento é que as forças instituintes se moldarão às formas instituídas, formas estas que, mais dia menos dia, pedirão para ser destituídas por novos modelos instituintes.⁵

Essencialmente o tempo jurídico não precisa de um longo prazo, mas para sua implementação, mas tempo necessário para maturação, um tempo neguentrópico. Neste íterim, a formação do tempo pelo direito é uma relação frágil e é abalada constantemente por todos os lados, a ameaça da destemporalização é vigente e real.

O tempo possui quatro categorias normativas e temporais, cada uma com sua dimensão de temporalização . Nessa análise temos: a memória, o perdão, a promessa e o questionamento.

A memória está intrinsecamente ligada ao passado onde assegura e registra os fatos; o perdão desliga o passado conferindo um novo sentido ao futuro; a promessa ligada ao futuro por compromissos normativos, onde o cidadão através de

³ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 12-13.

⁴ Ibid., p. 14.

⁵ Ibid., p. 17.

convenção individual outorgar a constituição uma promessa que a nação fez a si mesma; o requestionamento, uma fase que se desliga do futuro para fazer uma revisão, em tempo útil, se impõem em virtude das mudanças que hão de vir e tenha vida longa, e cada uma dessas dimensões da temporalização exprimem um olhar da instituição jurídica.

Uma norma jurídica vale para qualquer espaço ou para período de tempo. Tendo uma vida própria: nasce, cresce e morre. E aqui determina-se o seu início, a sua continuidade e até quando irá a sua vigência. Mas para acontecer, a memória é indispensável.

A questão da mutação constitucional é complexa por ocasião da separação entre emenda constitucional, processo formal de alteração do texto constitucional; mutação constitucional, uma alteração informal da norma constitucional⁶. A solução para o problema do descompasso entre o texto constitucional e os hábitos sociais (atuais). Desse modo, oferece um dinamismo entre realidade, as mudança sociais e norma constitucional sem a necessidade de se passar por um processo formal de elaboração de emendas à Constituição. O texto constitucional é fixo, estático e de tempos em tempos precisa ser atualizado tentando aproximar-se do mundo ideal (constitucional) com mundo real (atual).

Neste contexto, entra a reflexão de Ost quando designa as quatro categorias de tempos normativos e temporais, quatro formas da retemporalização: a memória, o perdão, a promessa, o requestionamento.

O aspecto tempo torna-se claro, na análise da mutação constitucional quando se observa a existência de diversas formas de contar o tempo (calendários), conforme a história de cada sociedade que se une, cada qual com um momento fundador distinto e suas particularidades. A memória, o perdão, a promessa, o requestionamento essas quatro figuras, nenhuma delas são absolutas estão interligadas e não podem ser tratadas isoladamente. Há sempre uma tensão no campo da estabilidade e a mudança, a inquietude é constante a depender dos valores que sociedade julgar necessários.

A mutação constitucional não pode ser pretexto para facilitar alterações de fatores de poder, que passem a configurar a cima da força normativa da Constituição⁷

⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 341.

⁷ Ibid., p. 343.

ao mesmo tempo deixando-a presa:

É necessário buscar um ponto de equilíbrio entre estas demandas, de modo a não enrijecer nem flexibilizar em demasia a Constituição. Não se deve, sob o pretexto de mutação constitucional, possibilitar que os fatores reais de poder atropelam a força normativa da Constituição. Nem tão pouco adotar uma leitura imobilista da Lei Maior, insensível às novas circunstâncias e valores de uma sociedade em permanente evolução.⁸

E este ponto de equilíbrio não é absoluto, mas fortuito, vai depender das variáveis jurídicas e políticas de Estado para Estado e pode ser alterados no tempo e de uma gestão constitucional para outra. A norma constitucional está atrelada a realidade. Com efeito, depreende-se que a conjuntura regulada no texto constitucional seja positivada na realidade. A pretensão de efeito não pode ser desligada das condições históricas, de sua ação e a institucionalização da mutação constitucional. Tanto é ruptura como ligação do tempo, requer um certo período de maturação para não tornar-se inócua, momentânea sem o amadurecimento necessário para sua efetivação e uma das determinações da Constituição é a sua realidade social.

2.1 A Relevância da Memória para a Ordem Jurídica

Ao longo da história da humanidade temos diversos fatos, acontecimentos registrados ora por figuras, ora desenhos rupestres: marcas, fósseis, escritas, tecidos, moedas, construções, alimentos, falas e assim por diante. Define-se a memória como:

s.f. 1. Faculdade de reter as ideias adquiridas anteriormente, de conservar a lembrança do passado ou da coisa ausente. 2. Reminiscência, lembrança, recordação. 3. Fama, nome, crédito, reputação, celebridade. 4. Relação, apontamento para lembrança, memorial. 5. Nota diplomática. 6. Dissertação literária ou científica. 7. (informática) Área do computador onde são registradas e conservadas as informações ; dispositivo de armazenamento. Pl. 8. Notas ou narrações históricas, escritas por pessoa que as presenciou ou que nelas tomou parte. 9. Livro em que alguém descreve sua própria vida e os acontecimentos de sua época; autobiografia.⁹

⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 343.

⁹ KURY, Adriano da Gama. **Minidicionário Gama Kury da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD, 2002.

A memória tem a capacidade de adquirir, de armazenar e recuperar informações disponíveis, seja ela interna ou externa ao cérebro. É também a faculdade de armazenamento de informações de fatos obtidos de experiências ouvidas ou vividas.

Na pintura surrealista “*A Persistência da Memória*” (Salvador Dalí – 1933) fala-nos sobre a noção da temporalidade e da memória. A obra abstrata de Dalí é cheia de simbolismos e dá margem para várias interpretações e foge da racionalidade. Nesta pintura os relógios são retratados de forma que se derretem e representam o tempo diferente do normal. A interpretação da memória é feita de uma maneira de marcar o tempo, interna e subjetiva. O tempo da memória não é o mesmo do relógio: um instante que se passou há muito, pode ser rememorado como algo recente, e o dia anterior pode parecer como algo que aconteceu anos atrás.

Os elementos que o homem fez ou deixou no passado, as manifestações culturais, artísticas expressas na sua oralidade são alguns exemplos de fontes históricas. As sociedades com as fontes históricas tentam responder aos atos de origem, e assim busca-se responder as suas inquietações, nesse conjunto tem-se uma identidade coletiva. O caráter histórico da tradição dos costumes irão validar as decisões. “Contra a irreversibilidade mortífera da mudança física, é necessário buscar o elo cultural do passado e do futuro, a fecundação reflexiva do projeto pela experiência e a revitalização do dado pelo possível”.¹⁰

A elaboração cultural do tempo é resultado da evolução humana, atos, fatos em tempos passados não são mais aceitos na sociedade moderna, por exemplo a execução de pessoas em praça pública como era comum na idade média.

Na reflexão na vida coletiva, nos instiga Ost a pensar na maneira de, como o Direito atribui o quotidiano e em toda extensão da sociedade como o fiel defensor na memória da sociedade tornando-se efetivo do conhecimento na ótica dos tempos e das amplitudes na continuidade da consciência dos temas coletivos. A carência de um contraponto do ordenamento jurídico ocorre da sucessiva colisão entre direitos fundamentais constitucionais tutelados. O paradigma para o Direito é uma nova perspectiva acerca da institucionalização do tempo social. O tempo social é fruto da temporalização, múltiplo, simultâneo e sucessivo – as demandas de ritmos

¹⁰ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 17.

específicos, os ciclos, as durações particulares, as velocidades diferenciadas, impostas pelo mercado tendente à homogeneização, ainda assim, há uma divisão contemporânea que desintegra a sociedade. No dilema do provisório permanente, da urgência, das medidas paliativas. A temporalização expõe que o tempo é das criações sociais. Transigir o tempo e reconstruí-lo da forma mais que se aproxima da grandeza e da cultura de uma sociedade, o Direito afeta a temporalização, e o tempo determina a intensidade da força que constitui o Direito, como seu elemento fundante. O Direito temporaliza em contrapartida que o tempo compõe.

A dialética temporal ocorre no presente, enquanto a dialética opera no núcleo de cada categoria. Na medida que há muito esquecimento na memória e muita memória no perdão; e no mesmo sentido, há muita incertezas na promessa e muita fidelidade na revisão. O tempo presente onde nada é garantido, mas que trabalha como uma grande embreagem do tempo, parte de uma condição de conquista e responsabilidade ética e política deixando de lado a premissa ontológica. Para Ost, não é tudo, a justa medida dos tempos é um debate com encargo positivo voltado para o futuro, livre de conotações momentâneas e impostas.

Nesta perspectiva, uma tentativa de retemporalização significaria o "direito ao tempo" ou "direito ao seu tempo", ao "seu ritmo". Implica em dizer que cada sociedade deveria encontrar o vértice, entre duração e momento e reerguer um passado segundo seu aprendizado e um futuro segundo sua espera.

Neste sentido, para se certificar a real medida desta incumbência, remete-se na hierarquia das funções¹¹. Para se construir uma argumentação jurídica há de se buscar uma análise em processos históricos não dá para tomar uma decisão sem fundamentação, sem lastro sem que tenha um embasamento legal e que dê segurança jurídica. E nesse sentido não há como desprezar o passado, não apenas restringindo-se aos acontecimentos idos, a adaptação com o presente e o futuro são também essenciais.

A tradição é uma temporalidade¹², projeta-se para ligar o passado, transmite crença e prática, traduz um código de valores e sentidos de geração a geração. Institui e reinventa o tempo passado. Tem características de continuidade (liga uma dada fonte usada anteriormente) e conformidade (existe um alinhamento de

¹¹ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 17.

¹² Ibid., p. 63.

foco de autoridade). Em suma: há referência ao passado, autoridade no presente e uma transmissão contínua que para o Direito constitua sedimentação de soluções, sobretudo por uma tradição de costumes e precedentes jurídicos consagrados. E essas características são mais herdadas do que fabricadas.

Na sua obra, Ost¹³ também nos traz, através da ótica inspirada na dialética, a atenção para as diversas lições que o tempo oferece ao Direito, para uma maior reflexão e consciência, sobre como o Direito, livre das imposições do apressado reexame e da simplicidade da história tradicional, pode retribuir, de maneira a auxiliar a sociedade em sua pluralidade de histórias.

Em face à memória a mutação constitucional representa em alguns momentos ruptura e em outros um desligamento. É tanto ruptura como ligação do tempo é preciso evidenciar contra a tendência regressiva da eternização é preciso fazer valer o tempo desligado da mudança. A memória liga o passado e avaliza a identidade histórica o registro, o começo e a cessão, da mesma forma é seletiva, inventiva, é tanto esquecimento quanto celebração. A tradição imemorial é histórica e evolutiva; o precedente judiciário, como o costume, são reconstituídos nas necessidades que o presente requer. O perdão desliga o passado, dando-lhe um sentido novo. Desligar o passado, nem é apagar definitivamente a ancestralidade.

Quando o STF julga um ato normativo convicto de constitucionalidade, nada impede que no futuro reexaminar a questão e eventualmente invalidá-lo. Vemos aqui em sentido de desligamento. Já no caso de inconstitucionalidade o STF não pode voltar atrás porque perante aquele ato normativo específico estaria usurpando a função do Legislativo de reexaminar matéria que já foi expurgada por ele.

Para exemplificar uma ocorrência de ruptura da mutação constitucional, está no fato da consagração da união estável entre pessoas do mesmo sexo que na Constituição de 1988 não previa esse tipo de relação, mas que de lá para cá a sociedade diminui a relutância e ficou mais inclusiva tornou-se mais aberta ao fato. E isso se deu na informalidade cotidiana em que movimentos sociais angariaram apoio da sociedade e o Supremo convalidou ampliando os direitos fundamentais este grupo.

¹³ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 14.

2.2 O Perdão

Na regulação jurídica do tempo social em que o perdão em sentido mais amplo faz com que a sociedade resgate o passado ao transpor e derrubar o ciclo de vingança, mágoa ou ressentimento. Nesta perspectiva, a sociedade com a capacidade de creditar o futuro e comprometer-se em relação a ele por meio de antecipações normativas irão marcar o seu desenvolvimento. Contra a construção cega da fatalidade, a sociedade estabelece o ato imperioso e extraordinário do perdão dando um futuro ao seu passado. A instituição do perdão de forma mais geral parte da necessidade das instituições jurídicas serem capazes de inovar porque o tempo social se conjuga no passado e nessa interação há uma mescla do passado com o futuro cabendo ao Direito fazer essa transição.

Mas no tempo do perdão, que devolve as hipóteses ao passado, só se manifesta no campo penal: é no sistema jurídico que é possível localizar seus vestígios. O ofício do juiz servir-nos-á aqui de revelador. Um juiz que é sem dúvida, como “guardião de promessas”, a memória do direito e o testemunho dos factos passados; mas um juiz, chamado igualmente – como negá-lo? – a exprimir o sentido actual dos textos e a versão contemporânea dos acontecimentos e dos actos do ontem. Desde logo se põe a questão: como é que, no exercício de sua missão, o juiz articulará a inevitável retroactividade das suas intervenções e o desejo legítimo de segurança jurídica? Por outras palavras, como conciliar fidelidade ao texto pré-estabelecido e necessidade de mudança quando o juiz analisa `a luz do seu tempo a situação que resolve? ¹⁴

No exame desta situação, um direito transitório deverá ser analisado entre a memória e o perdão e necessário equilíbrio na ponderação jurisprudencial.

A não aceitação do tempo na atualidade, o passado que não passa, o presente que se torna eterno com a ausência do futuro, e o futuro asfixiado pela multiplicação de medidas jurídicas casuística que são incapazes de disciplinar e traz insegurança no ordenamento jurídico.

Precisões decisivas, na verdade: ao prestarem juramento, os juízes reportam-se, se não as leis, pelo menos a valores preexistentes; ao instituir-se no tempo durativo, a jurisdição dedica-se a uma obra de justiça durável em que a coerência e estabilidade estão presentes. Duas maneiras muito eficazes de casar autonomia e heteronomia na fundação da instituição judiciária.¹⁵

¹⁴ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 155.

¹⁵ Ibid., p. 17

O equilíbrio, a coerência e a estabilidade são fundamentais para propositura, adequação e fluidez do ordenamento jurídico de qualquer nação. Se aprende com o passado se faz no presente e inova-se para o futuro. É uma relação de evolução não pode ser pulada as etapas, tem de ser gradativamente e experimentada, maturada para se ter noção e desta forma, chegar a um conhecimento pleno de realização.

A nostalgia da eternidade¹⁶ é a forma de recusa do tempo, a vertigem da entropia, a crise da cultura e o risco de discronia são ameaças de destemporalização bem verdadeiras. E é nesse contexto que a instituição jurídica de um tempo social portador de sentido ganha sua lucidez e discernimento. É preciso o comprometimento com a forma de organização social. É necessário combater essas patologias temporais (nostalgia, entropia, determinismo, discronia) que promovem o retorno ao estado de natureza, pré-social.

2.3 A Promessa

Dentre várias passagens da Bíblia que falam da promessa no Novo Testamento, no livro de João nos diz:

Jesus disse então: “em verdade, em verdade, vos digo: eu sou a porta das ovelhas. Todas aqueles que vierem antes de mim são ladrões e assaltantes, mas as ovelhas não os escutaram. Eu sou a porta. Quem entrar por mim será salvo; poderá entrar e sair, e encontrará pastagem. O ladrão vem só para roubar, matar e destruir. Eu vim para que tenham vida, e a tenham em abundância.¹⁷

Aqui Jesus fala por parábolas, aquele que acreditar nele como bom pastor das ovelhas terá repouso no abrigo do bom pastor, apesar da boa vontade, as ovelhas andavam desgarradas a procura de um porto seguro e, não se deixaram de se iludir com falsas promessas, a verdadeira vida será aquela firmada nos preceitos e fundamentos nos ensinados por Jesus.

Em outra passagem bíblica em que Deus chamou Abraão para sair de sua terra e vagar como peregrino numa terra estranha. Abraão acreditou e fez conforme o Senhor havia pedido. Deus prometeu a Abraão: que o faria um grande povo, que

¹⁶ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 27.

¹⁷ BÍBLIA, A.T. João. In Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada**: Antigo e Novos Testamentos. Tradução CNBB. São Paulo: 7. ed. Editora Canção Nova, 2008. p. 1325.

nele (Abraão) todas as famílias seriam benditas e que os seus descendentes teria a terra.

A família de Abraão peregrinou na terra de Canaã até Jacó (neto de Abraão). Jacó mudou com sua família para o Egito. Os governantes Egípcios ficaram preocupados com os descendentes de Abraão dominassem o Egito, eram em números grandioso e os escravizaram por anos, mas como Deus foi fiel à sua promessa e através de Moisés libertou os descendentes de Abraão, agora chamados israelitas. Moisés fez a travessia do Mar Vermelho e levou-os até o Monte Sinai, onde Deus fez uma aliança com eles e cumpriu mais uma vez sua promessa fazendo dos descendente de Abraão uma grande nação.

Vimos claramente nessas duas passagens bíblicas que a promessa é a obrigação de fazer algo ou alguma coisa, e existe um comprometimento daquele que prometeu a efetivação, realização do que foi declaro para fazer. O que nota-se também que a promessa é feita no presente para sua concretização, intenção no futuro. Do contrário, não deveria ter assumido tal compromisso. Como na frase “É melhor não fazer promessas do que fazê-las e não as cumprir”.¹⁸

No nosso ordenamento jurídico há a modalidade de contrato de promessa de compra e venda muito usual nos nossos dias e está situada nos artigos 1.417 e 1.418 em conjunto com o direito real expresso no artigo 1.225, VII do Código Civil.¹⁹

A promessa de compra e venda não iremos detalha-la, mas citar que é um contrato preliminar, que objetiva a realização de um futuro contrato de compra e venda. Existe um esforço para respeitar o que foi pactuado e não cair no esquecimento e cansaço. O Estado de direito encontra base através do voto de estabilidade e segurança com os pactos que são garantidos pelo poder público que comprometeu-se a honrar e respeitar as leis que ele próprio criou e estabeleceu.

A instituição da promessa liga o futuro²⁰ por meio de compromissos normativos a imprevisibilidade subsequente. A Constituição que está no ápice da cadeia normativa, acena como promessa que a sociedade faz a si mesmo, apresentando uma concentração de valores fundamentais que fixa como instituição durável. A confiança é um pré-requisito indispensável para segurança jurídica, a

¹⁸ BÍBLIA, A.T. João. In Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada**: Antigo e Novos Testamentos. Tradução CNBB. São Paulo: 7. ed. Editora Canção Nova, 2008. p. 796.

¹⁹ BRASIL. **Código Civil e Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁰ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 27.

promessa tem como objetivo corrigir e converter a confiança prévia por meio da busca pelo equilíbrio das relações, aqui presente o princípio da boa-fé. Entretanto, a memória surge como a projeção da promessa no passado em que um compromisso assumido e sua releitura que marque o equilíbrio entre o momento instituinte e de um futuro dinâmico.

Quais são os pontos de partida e chegada para que a leitura constitucional não seja nem tão presa a um estado infinito passado e nem tão grifado a ponto de alterar totalmente a promessa realizada?

A sociedade globalizada demanda do Direito contemporâneo a produção de novas formas num curto lapso temporal, a fim de acompanhar o tempo social, julgando que a sociedade existe no tempo instantâneo pelo imediatismo. Desta maneira, os quatro momentos essenciais para a regulação jurídica do tempo social devem estar sempre presentes (a memória, o perdão, a promessa e o questionamento), de modo que devem estar inseridos numa velocidade maior, diante da exigência desta globalização. Por essa razão, O Direito tem que ter a capacidade de criar, recriar e descreir o tempo e a si mesmo.

O grande problema de uma Constituição em sua conjuntura é identificar qual parte visa amparar e suspender o instante como origina a ideia dos direitos fundamentais (cláusulas pétreas) que estão asseguradas na Lei Maior com o firme propósito, intensão de proteger o homem atual do próprio homem futuro.

Quando o constituinte pensou na criação da Carta Magna buscou-se fundamentos no passado para dá respaldo e corpo ao texto, mas também imagina-se que tem ideias presentes da atualidade que detectam problemas, inquietudes, fragilidades do Estado, e em outro momento, manter certos direitos fundamentais que não possam ser alterados, as chamadas cláusulas pétreas. As cláusulas pétreas fazem limitar o poder constituinte originário.

As promessas para o momento futuro traz uma construção no presente, tem-se uma visão atual, hoje, que amanhã não mais serão as mesmas de hoje, as promessas do passado entrarão em vigor, tornando-se realidade. A dualidade é evidente há uma relação muito tênue na composição da natureza desses preceitos o tempo nequentrópico e a cisão deverá marcar o ritmo, o feito de ligação e do contrário, de continuidade e de ruptura. O Estado de direito concebe-se como responsável pela manutenção e segurança, o que não deve aprovar a inércia ou excesso de confiança em algo que pode destemporalizar.

A mutação constitucional pretende renovar a promessa quando as circunstâncias se mostrarem diversas das prometidas?

Conforme Hesse, a norma constitucional não poderia existir separada da realidade porque o texto nela escrito será firmado na realidade:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e autoridade das proposições normativas.

Mas, - esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realidade; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.²¹

A demonstração de que a mudança da realidade intervém na constituição jurídica, a interpretação da norma constitucional tem uma força muito grande, de extrema fundamentação para a solidificação e estabilidade da força normativa da constitucional, porque através dela será possível conciliar a promessa normativa com as restrições das capacidades existentes em determinado momento.

O Direito tem a capacidade e pode ofertar mecanismos para amarrar e desamarrar o tempo histórico, construindo ou reconstruindo a ordem social, de uma forma consistente que demonstre um amadurecimento político, maior consciência ética, segurança entre o direito legislado e o que é praticado.

2.4 Requestionamento

Nos estudos de Ost, as leis são criadas numa perspectiva para o futuro e essas decisões são tomadas no presente, após um período de vagância entram em

²¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p.1-15.

vigor, o julgamento se faz de leis já criadas que nos remete ao passado quando o juiz faz a interpretação da norma jurídica preexistente, por outro lado, dá a segurança jurídica necessária ao ordenamento jurídico. Entretanto, a ideia do Direito no passado, muitas vezes não vale mais para o presente. O que vale para hoje, não valerá mais para o amanhã. O tempo da promessa, como sustenta Ost, faz a ligação do presente com o futuro dando a qualidade, firmeza e segurança jurisprudencial e previsibilidade normativa.

Nos contratos, os envolvidos são compelidos a acreditar na parte contrária através do princípio da boa-fé e o princípio da confiabilidade, exige-se uma conduta leal e na expectativa do que foi pactuado, conforme as regras avençadas, estando na raiz de todos os comprometimentos jurídicos.

O desafio do questionamento está na coragem, no desafio de não ruptura do passado, presente e futuro de manter-se o provimento das promessas buscando um equilíbrio em todas as etapas – memória, perdão, promessa, questionamento:

Sem memória, uma sociedade não conseguiria ter uma identidade nem aspirar a qualquer espécie de perenidade; mas sem perdão, expor-se-ia ao risco da repetição compulsiva dos seus dogmas e dos seus fantasmas. Em compensação, como vimos, o perdão sem memória remete-nos ao caos inicial dos cálculos interesseiros ou reconduz-nos ao confuso abismo do esquecimento. Sem promessa, a sociedade vai errando por aí, como se dizia outrora dos vagabundos, gente “vadia”, “sem fé nem lei”; mas sem questionamento, lá virá o dia em que a lei oprimirá e o contrato explorará. Radical, o questionamento mergulhar-nos-á, contudo, num tempo indeterminado que, decididamente, não passa da figura inversa, igualmente pouco portadora de sentido, do tempo canônico da memória obsessiva.²²

Nas escalas temporais, o passado corre o risco de ficar fechado na inércia dos fatos já ocorridos e condenados a eternidade sem se modificarem, por outro lado o futuro ficará na incerteza e imprevisibilidade das referências.

O sentido do debate temporal está no presente só aqui que acontece todas as medidas para a obtenção do liga-desliga do tempo, da memória, do futuro. As figuras temporais do direito que muitas vezes estão ocultas serão afloradas e relacionadas inversamente na vertente normativa.

Há uma citação muito interessante de Rousseau ilustra essa situação:

²² OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 45.

Há para as nações, como para os homens, um tempo de maturidade, que é preciso esperar, antes de as sujeitarmos às leis; mas a maturidade de um povo não é fácil de conhecer, e se a antecipamos, aborta a obra. Certo povo pode ser disciplinado ao nascer; outro não será ao término de dez séculos.²³

Cada uma dessas análises ao mesmo tempo são normativas como temporais, cada uma com a sua dimensão da temporalização normativa que exprime um olhar da instituição jurídica.

²³ ROSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**: Princípios do Direito Político. Tradução de Antônio de Pádua. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 33-35.

3 A ORDEM DEMOCRÁTICA BRASILEIRA E SUAS RELAÇÕES COM O TEMPO NO DIREITO

O exemplo de constitucionalismo atual em que a Constituição passou a ser a norma jurídica suprema é mais recente, pós segunda guerra mundial, iniciada na Europa, transpassando fronteiras e atingindo boa parte do mundo ocidental, dando um ar de garantia jurisdicional com uma concepção liberal legitimando, muitas vezes, normas rígidas ou flexíveis criando um arranjo de forma democrática onde todos teriam, em tese, seus direitos assim como seus deveres respeitados.

E essa supremacia colocaria todos no mesmo nível não havendo diferenciação. Isso não quer dizer que foi só a partir deste marco que se falou em constitucionalismo, a ideia remonta ao século XVIII e gradativamente foi ganhando mundo a fora. Estados Unidos, França, Polônia foram os primeiros.

A referência para o pós segunda grande guerra está no fato de privilegiar, garantias de direitos fundamentais que reforçam bem o modelo de Estado Constitucional e o Estado Democrático. Nos assevera Souza Neto e Sarmento:

As Constituições são o resultado de uma intensa mobilização cívica do povo, que ocorre apenas em momentos extraordinários da história nacional, e não se reproduz na vida política cotidiana.

[...]

As constituições do pós-guerra, neste sentido, incorporam direitos fundamentais, que passaram a ser considerados diretamente aplicáveis, independentemente da vontade do legislador.²⁴

O que seria então a Constituição? De uma forma geral, todas coisas formados por uma estrutura, organização, arcabouço de uma cadeia de elementos que dão sustentação, que somados os pormenores numa concepção orgânica e essencial desenvolvida para alicerçar tal conjunto.

Assim, nos preconiza o constitucionalista Michel Temer:

Em sentido mais restrito, Constituição significa o “corpo”, a “estrutura” de um ser que se convencionou denominar Estado. Por ser nela que podemos localizar as partes componentes do Estado, estamos autorizados a afirmar que somente pelo seu exame é que conheceremos o Estado.²⁵

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 26-27.

²⁵ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

E agora, o que é o Estado? É datado do século XIII o termo Estado que designa ou refere-se a qualquer país soberano que possui uma estrutura própria, organizado politicamente, agrega instituições que administram e controlam uma nação. Onde o cidadão delega ao Estado a sua liberdade em benefício de uma coletividade, relegando a sua individualidade para a nação (unida pelos hábitos, cultura, tradições, religião, língua e consciência nacional) com reflexos jurídicos, baseada na não-agressão e que gera um contrato de convivência.

Falando em soberania inalienável e indivisível, Rousseau²⁶ traça uma ideia de Estado quando no estabelecimento da sociedade, só a vontade geral poderia administrar as forças do regime, em função de um bem comum para todos. Os interesses particulares não poderia sobrepor-se ao coletivo e, desta feita, deveriam ser governados.

3.1 Construção Histórica e Matriz Teórica do Constitucionalismo

Para a construção histórica do constitucionalismo, em uma clara e simples resposta seria o que se denomina movimento social-político-jurídico-ideológico, defende como primordial uma constituição para guiar a vida de cidadãos de um determinado país é indispensável à concretização dos direitos de uma comunidade.

O Constitucionalismo moderno culminou na organização do Estado, por direitos e garantias fundamentais, em uma Constituição com finalidade a limitação do poder estatal arbitrário e absolutista no final do século XVIII, de forma irrestrita pelos monarcas.²⁷

Nesta construção do constitucionalismo (antigo-moderno-contemporâneo) foram sendo incorporados novos princípios e partir desta concepção, no século XXI, a doutrina esboçou uma nova ideia da não limitação do poder político, entretanto, para se ter um caráter retórico e programático. Dando efetividade principalmente, diante da expectativa dos direitos fundamentais. Mas sobretudo que haveria uma lei superior de eficácia maior em que as demais deveriam obedecer. No topo do

²⁶ ROSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social: Princípios do Direito Político**. Tradução de Antônio de Pádua. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 33-35.

²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 23.

ordenamento jurídico estaria a Constituição com o carácter de norma jurídica e com uma imensa carga valorativa.

Corrente de pensamento da filosofia do direito que surgiu na França no começo do século XIX, o positivismo, tendo como os principais idealizadores os pensadores Auguste Comte e John Stuart Mill. Aconteceu em um momento de transição para a modernidade que a Europa passava e nova corrente de pensamento nasceu. No qual, o modelo positivista adotou o conhecimento científico como a única forma de conhecimento verdadeiro, e todas as outras maneiras de adquirir conhecimento humano, que não fosse através do método científico válido (empírico), seriam desconsideradas.

Tudo que não puder ter a comprovação cientificamente era teológico ou metafísico. Para seus idealizadores se tratava de uma doutrina filosófica, sociológica e política. Com a publicação de o “Curso de Filosofia Positiva” em 1830 por Comte, onde na sua interpretação, buscava dar uma explicação aos fenômenos naturais ou humanos através de observação da composição das leis imutáveis, estabelecendo a ciência como o estudo das leis do invariável, útil e determinado na evolução humana. O Juiz seria meramente o “Boca da Lei” interpretando apenas literalmente o que a Lei descreve.

Um dos expoentes e notável defensor do positivismo jurídico foi o jurista e filósofo Hans Kelsen dizia: que em fase da multiplicidade de argumentos dos ordenamentos jurídicos positivos, em permanente crescimento, é em função da evolução de uma teoria geral do Direito, na qual tem sempre a ameaça de não abarcar todos os fenômenos jurídicos na atribuição jurídica fundamental por ela definida.²⁸

O positivismo jurídico ou normativismo como alguns doutrinadores gostam de denominar para distinguir do positivismo, expressa o positivismo jurídico designa um conceito exclusivo e próprio do Direito, segundo o qual, o Direito traduz aquilo que está posto, positivado, legislado. O direito efetivamente posto pelas autoridades do Estado que possuem o poder político de impor as normas jurídicas.

Assim desvenda Norberto Bobbio, autor estudioso do histórico e dogmática do normativismo:

A expressão “positivismo jurídico” não deriva da de “positivismo” em sentido filosófico [...] em suas origens [...] nada tem a ver com o positivismo filosófico

²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: 6. ed. Martins Fontes, 1998. Prefácio 2 ed.

– tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão “positivismo jurídico” deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural.²⁹

O Direito decorre de ensaios de elementos empíricos e mutáveis com o tempo, caso que é tese do fato social e os princípios: o direito como fato e não como valor; o direito se estabelece pela imposição; o direito corresponde a textos legislativos; a norma corresponde a um comando imperativo; ordenamento jurídico completo e coerente de normas; a exegese é meramente declaratória do conteúdo da lei; obediência estrita à lei.

O Pós-positivismo de matriz jusfilosófica leva em consideração princípios e valores para determinar a interpretação legal, não nega a existência do positivismo. O pós-positivismo atesta a atividade jurídica não se restringir a lei e aplicação dela, incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras que busca uma razão prática, uma decisão justa. Nos termos de proporcionalidade, razoabilidade e ponderação de valores para um sistema garantista.

Segundo Barroso, quando houve a superação na história do direito natural (jusnaturalismo) e com a caída do positivismo, vislumbrou-se um novo destino para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Segundo o autor, o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Mais adiante, Barroso enaltece que:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre dignidade da pessoa humana. Neste ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e ética.³⁰

²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 15.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 193.

No pós-positivismo busca a praticidade dentro da legalidade indo além do que está estrito na lei, tendo como alicerce o direito posto, porque sem o histórico não teria parâmetro para se julgar, mas por outro lado, sem divagação sem transcendência. A construção do entendimento passa pela interpretação da norma jurídica, sem que haja uma mudança no texto constitucional em um desenvolvimento hermenêutico dando um novo frescor, vigor na sua percepção firmada nos direitos fundamentais.

No estudo de algumas referências importantes para o Direito Constitucional pátrio pode-se destacar pelo menos três mutantes doutrinadores no marco teórico constitucional: Luís Barroso, Gilmar Mendes e Daniel Sarmento onde será explorado alguns ideias.

A Constituição após de escrita e promulgada consagra o constitucionalismo. Na carta Magna de uma nação está os direitos e garantias fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana³¹ assim como a limitação estatal. Após passar pelos direitos de primeira geração: o direito à vida, à liberdade, à manifestação de pensamento e o voto. Sobreveio o Estado Social de Direito (segunda geração): a garantir condições mínimas de existência ao indivíduo. Garantidores de direitos sociais (trabalho, saúde, educação), econômicos e culturais.

O constitucionalismo é dotado de 3 referências teóricas: força normativa; expansão da jurisdição constitucional e a forma de interpretar a constituição.

A força normativa incorpora a Constituição a realidade jurídica do Estado, conectada com a realidade social. As normas constitucionais, essencialmente, precisam ser interpretadas de modo que a eficácia da Lei Maior seja plena.³²

A expansão da jurisdição constitucional no mundo pós Segunda Guerra Mundial seguiu o modelo de constitucionalismo que era fundado na centralidade da Constituição, na supremacia judicial, onde o controle de constitucionalidade é definido pelo órgão judicial. Modelo esse implementado pelos americanos. Portanto, o objetivo de efetivar o texto constitucional, na perspectiva da supremacia da Constituição. Em contraponto o modelo europeu não vingou porque concentrou esforços nas decisões e da última palavra ser do parlamento.

³¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 24.

³² BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 28, 2015.

Por último, a forma de interpretar a Constituição passou a lidar com princípios, conceitos mais abertos, argumentação jurídica e a técnica de ponderação em que os intérpretes (magistrados) dariam o ponto final para a solução de conflitos entre os direitos.

Um exemplo disso está na Lei 12.376/10³³, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que retrata no artigo 4º: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

O intérprete da lei, não poderá se abster nos casos em que houver lacunas e não exista norma definida para a situação. Neste caso, deve ser utilizado a ordem prevista na norma, ordem hierárquica: a analogia, o costume e os princípios gerais do Direito. Na analogia o juiz para equipar a lacuna existente deverá utilizar uma norma que já foi utilizada em caso semelhante.

Em uma situação hipotética, em um caso alfa que não exista norma vigente (objetiva e direta), entretanto, no caso beta em situação semelhante que já foi julgado e parece com o caso alfa e tenha uma regra objetiva. Desta forma, será aplicada a norma de beta em alfa permitindo a resolução da lide e consideração a individualidade.

A analogia³⁴ classifica-se em: analogia legal (*analogia legis*) na qual a aplicação de uma norma já existente e analogia jurídica (*analogia juris*) conjunto de normas de onde se extrair elementos que possam ser aplicados em casos concretos não previsto.

Já os costumes³⁵ referem-se ao uso reiterado, que é repetido várias vezes e de forma uniforme de um determinado ato social. Não há um tempo que indique e reconheça que tal costume como fonte formal e válido para o Direito.

Outrossim, é necessário que tenha consciência social e convicção na prática repetida e que seja fundamental para a sociedade. Essa prática é tão normal que já faz parte do cotidiano das pessoas ser tornou público e geral. São as espécies de costumes: *secundum legem* – é o que está previsto em lei; *praeter legem* – os costumes são usados de forma suprir a lei nos casos de omissão, falta da lei. Um

³³ BRASIL. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, Brasília, DF**: Senado Federal, 2011.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 1: parte geral. São Paulo: 10. ed. Saraiva, 2008. p. 21.

³⁵ Ibid., p. 15-16.

exemplo é o cheque pré-datado, foi criado para ser uma forma de pagamento à vista, mas passa a ser uma garantia de dívida futura. *contra legem* – é quando um costume é contrário a lei.

Para efetividade social da norma jurídica, tanto Barroso, como Sarmiento reforçando a necessidade da participação popular, para torná-la respeitada de plena realização do Direito no cumprimento dos preceitos da norma e materialização dos fatos na atuação da função social.

3.2 A Concepção da Norma Jurídica no Pensamento Constitucional

Conforme, Hans Kelsen³⁶, o elemento nuclear, o objeto da ciência do Direito é a norma jurídica. Desta forma, concluir-se que a norma constitucional é o elemento nuclear da Constituição.

Na sua sabedoria, Kelsen traduzia “a norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma.”³⁷ A norma jurídica é instrumento delineador no ordenamento jurídico em um sistema que caracteriza-se pela imperatividade porque impõe uma ordem, uma determinação, uma conduta que tem de ser observada, imposição de vontade. A norma jurídica também é coercitiva porque possibilita ao Estado a administrar e a gerenciar a sociedade algo que seja comum para todos, e ao mesmo tempo, caso não tenha essas diretrizes contrariadas, autoriza a utilização da força física para ter o seu cumprimento. A norma não constitui a sociedade, mas dá o alicerce as relações e formas sociais.

Montesquieu já nos ensinava que:

Os particulares, inteligentes, podem ter leis que eles mesmos fizeram; mas têm também leis que não fizeram. Antes de haver seres inteligentes, eles eram possíveis: tinham, pois, relações possíveis e, por conseguinte, leis possíveis. Antes de haver leis feitas, havia relações possíveis de justiça. Dizer que nada há de justo ou de injusto além do que ordenam ou proíbem as leis positivas é dizer que, antes de se ter traçado um círculo, todos os raios não eram iguais.³⁸

³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: 6. ed. Martins Fontes, 1998. p. 50.

³⁷ Ibid., p. 3.

³⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 42.

O Direito só existe por causa do homem, foi criado para dirimir as relações humanas que com passar do tempo foram se tornando variáveis, complexas e mutáveis. As necessidades atuais de relacionamentos individuais e, em sociedade nada são iguais as gerações anteriores e as normas não conseguem abarcar todas as possibilidades de fatos, atitudes, comportamentos porque a sociedade está em constante evolução e daí surgem conflitos sem resposta exata na legislação.

Essa preocupação inquieta ao homem desde os primórdios, buscou em todos as etapas da vida humana de relação do homem com o próprio homem e o ambiente em que vive. Buscou-se dar uma uniformização, padronização. No aspecto geral, a norma jurídica é aplicável em todas as relações de todos os cidadãos. Quando a norma jurídica disciplina condutas dar um caráter bilateral.

Desempenha funções de: defesa social, repressiva, distributiva, coordenação, organizadora, repressiva, de garantia e tutela de Direitos, reparadora e arrecadadora de meios.

De acordo com Norberto Bobbio³⁹ deve-se analisar três aspectos da norma jurídico: a justiça, a sua validade e a sua eficácia. A justiça: para saber a valoração da norma se ela é justa ou injusta no mundo real ou ideal. A validade: se a norma tem valor, deve ser cumprida, é legal, se está contida no ordenamento jurídico, não choca com normas superiores, e se é legítima. A vigência é outro aspecto a ser observado, porque nem toda lei válida é vigente, tem que vencer por exemplo, o período de vacância. E por fim, ser eficaz quando atinge os objetivos para que foi criada entre outras possibilidades, quando a norma adverte seus destinatários, por exemplo. Vigência, validade e eficácia, portanto, podem até interagir no que diz respeito à norma, mas constituem qualidades distintas da mesma e não precisam necessariamente coexistir em todas as hipóteses.

A norma jurídica em suma, é convivência social mediante a coerção no relacionamento Estado-Cidadão.

A sanção externa e institucionalizada quando se refere ao conjunto das normas jurídica. Neste sentido, resume Barroso:

Normas jurídicas são, em suma, atos jurídicos emanados do Estado ou por ele reconhecidos, dotados de imperatividade e garantia, que prescrevem condutas e estados ideais ou estruturam órgãos e funções. São atos de

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

caráter geral, abstrato e obrigatório, destinadas a reger a vida coletiva. Se integrarem o documento formal e hierarquicamente superior que é a Constituição, serão normas jurídicas constitucionais.⁴⁰

A Imperatividade da norma impõe condições para um bom relacionamento e um senso comum em sociedade, balizando os convivas no mesmo patamar, quer estabelecendo regras e procedimentos, quer implementando garantias para o coletividade.

As posições aqui expostas retratam interpretações da norma jurídica, nas quais se nota profunda influência juspositivista característica comum a estas posições, a crença na completude do sistema jurídico foi desafiada pelo correntes interpretativas marcadas pela hermenêutica filosóficas.

Bernardo Gonçalves Fernandes, traz-nos um grande dispositivo no entendimento interpretativo constitucional, a hermenêutica. Inicialmente apresenta numa perspectiva mais ampla:

de uma ou um conjunto de teorias voltadas para a interpretação de algo, não apenas de um texto escrito, mas de tudo o qual se possa atribuir sentido e significado, um filme, uma música, uma pintura, até mesmo uma conversa entre amigos.⁴¹

A Hermenêutica toma como um ponto de partida, ser uma disciplina instrumental, como uma ferramenta que oferece ao leitor ora com vontade e objetivos não demonstrados do criador da obra ou ora como instrumento que dá um sentido objetivo, que passa a ser evidente com o compartilhamento para todo um conjunto de leitores do texto.

Possibilita uma aceitação mais segura e precisa sobre o que o texto enuncia. Considerada mais que uma disciplina acadêmica ou um simples instrumento para compreensão de alguma coisa. Fernandes acrescenta, “constitui própria prática cotidiana do sujeito” e nessa perspectiva a Hermenêutica é muito maior do que a busca de esclarecer o que o texto não demonstrou ou simplesmente atingiu um ponto convergência.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 24, 2015.

⁴¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: 9. ed. Juspodium, 2017. p. 158.

A Hermenêutica na ótica filosófica, mostra-se como espécie de formação da nossa própria ideia de mundo e através dela não só compreender tudo, mas firmar acordos ou consensos de qualquer coisa no mundo.

Um exemplo apresentado foi do movimento protestante de Lutero, no campo da religião, em que os textos bíblicos eram em latim e apenas os eclesiásticos tinham acesso. Lutero fez a interpretação bíblica, e a ideia dele, não era apenas fazer uma análise gramatical das palavras usadas pelo autor na obra, e sim, compreender o “espírito” do criador que está detrás da criação. O intérprete, aqui, se transforma no uso de normas técnicas, como um psicólogo que entra no pensamento do autor.

Em outro momento da sua obra, Fernandes apresenta um conceito mais preciso para a Hermenêutica quando afirma que:

Sem dúvida, a perspectiva objetivista inerente à hermenêutica até aqui brevemente apresentada, não se coaduna com o que iremos chamar de giro hermenêutico (a seguir delineado). Com esse giro, saberemos que o conhecimento hermenêutico leva o homem a tomar consciência de que possui pré-conceitos (sem a carga pejorativa que se pode atribuir à palavra) que antecipam a experiência - o conceito -, de modo que, em cada experiência, o intérprete se move de maneira circular (mas de maneira expansiva) entre pré-conceitos e conceitos revendo-os mutuamente. Além disso, a compreensão, necessariamente, acontece em uma dimensão histórica, o que exige do estudioso uma tomada de consciência de que, em cada tempo, em cada momento histórico, as visões de mundo podem ser - para não dizer que necessariamente serão - distintas do momento presente, o que, indubitavelmente, fecha as portas para qualquer ambição objetivante por parte da hermenêutica.

[...]

Todas essas transformações e aberturas de perspectivas levaram a um questionamento mais profundo da relação que se estabelece entre linguagem e racionalidade. A partir daí, a linguagem passa a ser vista como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo, de modo que essa mesma linguagem é fruto de um processo de comunicação envolvendo uma relação de intersubjetividade, isto é, onde antes havia uma relação sujeito/objeto, instaura-se uma relação sujeito/sujeito, necessariamente mediada pela linguagem.⁴²

No final do século XIX, surge o movimento chamado giro linguístico que começa a dar mais nitidez na linguagem, marcando uma nova perspectiva para a Filosofia: as teses de Wittgenstein e Gadamer⁴³ que mais representam claramente essa fase. Wittgenstein, mostra uma leitura das relações humanas por um novo ângulo, a tese dos "jogos de linguagem", nota-se que o sentido de uma palavra ou

⁴² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: 9. ed. Juspodium, 2017. p. 163-164.

⁴³ Ibid., p. 167

termo somente poderá surgir a partir de uma compreensão do seu uso em uma "forma de vida", em uma situação determinada sem especulação *a priori*. Assim, um mesmo sentido linguístico poderá ser utilizado de forma distinta em duas ocasiões diferentes, adquirindo significados completamente diferentes.

Ainda na sua análise, o autor descreve que o pensamento de Gadamer, completa a tese de Wittgenstein quando lança novas bases para o desenvolvimento da Hermenêutica, na obra "Verdade e Método", sugere que é a compreensão da dimensão hermenêutica, como comunicação na interação dos interlocutores que procuram atingir um entendimento sobre algo no mundo, e retrata uma fusão de horizontes, de maneira que, o texto e o intérprete passam a dividir um horizonte comum. Não havendo uma apropriação pelo intérprete do texto, seria uma conversa com perguntas e respostas, no qual o intérprete ouviria o que o texto tem a dizer.

Com o giro linguístico demonstrou que todo ato de emprego do direito, está sempre dependente de um ato de compreensão da norma jurídica. E certa maneira, a obra é bem maior que seu criador (legislador) e a ação de interpretação (intérprete) provém do seu horizonte histórico e está ligado a suas tradições. O objetivo sempre terá algo a dizer, entretanto, não pode ficar restrito ao querer do legislador (criador do objeto) nem da própria lei, trata-se de um processo de interpretação, uma fusão de horizontes entre o mundo do sujeito e do objeto. O intérprete não pode unilateralmente tentar descobrir uma vontade oculta.

Referindo-se a validade, como condição de existência de uma norma jurídica que só seria referendada por uma outra norma superior. Se o critério de validade é único, para reconhecimento da norma jurídica e sua interpretação para um fato social. Como reconhecer que a decisão tomada foi a mais acertada e qual deveria ser empregada pelos Tribunais? Segundo Fernandes, tomando como base o pensamento de Kelsen (Teoria Pura do Direito)⁴⁴, não se saberia. Se a interpretação é considerada válida, ela pode ser empregada. A escolha dentre as muitas interpretações, caberia ao aplicador do direito porque o critério seria discricionário.

As transformações que surgiram da Hermenêutica Filosófica na Hermenêutica Jurídica, fez surgir a Hermenêutica Constitucional, que vai além dessas duas, basicamente por uma sequência de rupturas decorrentes do constitucionalismo, confirmadas e efetivadas na jurisdição constitucional, no sentido de que a norma

⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: 6. ed. Martins Fontes, 1998.

jurídica só pode ser interpretada nos ditames da Constituição. Desta forma, a "filtragem constitucional" é um ponto de partida, no modo que não há como trabalhar, desenvolver um texto normativo separado e desvinculado da normatividade constitucional.⁴⁵

Corroboram com o pensamento de Fernandes em relação a Hermenêutica Constitucional quando ele afirma:

Assim, ganha notoriedade as pesquisas de Konrad Hesse, na Alemanha, que afirma que Hermenêutica Constitucional deve se voltar para o problema da concretização, ou seja, do desenvolvimento de uma interpretação das normas constitucionais que leve em conta que a leitura de um texto normativo tem começo pelo levantamento das pré-compreensões de seu sentido pelo intérprete.

[...]

Sendo assim, a interpretação da norma constitucional é sempre um ato no qual o intérprete tem de preencher de sentido jurídico a norma em questão, mas tendo como seu referencial uma situação histórica concreta.⁴⁶

Ademais, para Ronald Dworkin⁴⁷, ainda nas palavras de Fernandes, quando diz “o Direito deve ser lido como parte de um empreendimento coletivo e compartilhado por toda a sociedade. Os direitos, assim, seriam frutos da história e da moralidade, no sentido de que observam uma construção histórico-institucional”, são divididos em uma mesma sociedade, de uma mesma maneira de princípios e iguais em direitos e liberdades subjetivas a todos os seus membros. Uma mesma sociedade, que compartilha direitos e deveres básicos, na construção e na atribuição dando sentido a esses direitos, tanto no campo do Legislativo como no campo do Judiciário.

São enumerados quatro pontos merecedores de destaque para Dworkin, uma vez que são pertinentes ao debate: 1 - a negativa da discricionariedade judicial, ato de vontade “decisionismo” ou interpretações do magistrado; 2 - decisões judiciais não devem ser ancoradas em diretrizes políticas; 3 - a importância da consciência de devido processo para a dimensão da integridade; e 4 – o conhecimento da integridade, que determina, cada caso, seja entendido como parte de um enredo entrelaçado, não podendo ser descartado sem uma razão fincada em uma coerência de princípios.

⁴⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: 9. ed. Juspodium, 2017. p. 181.

⁴⁶ Ibid., p. 183.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Para explicar a teoria da integridade, Dworkin descreve uma estória, na qual denomina de "romance em cadeia". Onde cada juiz deve escrever um capítulo da obra. Entretanto, cada um desses juízes deverá ler os capítulos anteriores para saber a narrativa e preservar o enredo da estória, manter a linha de discurso estabelecido pelos outros romancistas. Não sendo possível que seja ignorado o que já foi escrito, nem alterar o livro coletivo em uma obra de contos autônomos, sem conexão. Cada capítulo (cada romancista) deve ter uma ligação com o passado e, ao mesmo tempo, deixar uma abertura para o futuro, de modo que, a estória possa evoluir.

Aqui podemos fazer um paralelo com o François Ost quando expressa na sua obra a necessidade do liga-desliga do Direito e o tempo, criar o elo do passado com o futuro, porque sem essa junção passado-futuro, teríamos um vácuo de consciência que faz lembrar *Kronos* quando quis parar o tempo, tornou-o estéril, sem memória. É fundamental a conexão com a temporalidade para se ter uma base para impulsionar novos preceitos, renovar conceitos. Assim nos ensina Ost:

Uma dimensão reflexiva e crítica está assim inscrita no centro dos nossos modos de pensamento, submetendo-os a um trabalho permanente de ajustamento que se aplica igualmente à linguagem em que se exprimem. A verdade não é por isso o termo certo dessa busca, mas pelo menos os dados adquiridos da tradição estão inscritos num objectivo de universalidade (a procura do melhor argumento, a produção da explicação mais esclarecedora) que, incessantemente, relança o processo do seu aprofundamento.⁴⁸

Outro pensador do Direito que Fernandes apresenta na sua obra é Lenio Streck⁴⁹, traz reflexões na medida que as necessidades aumentam a procura por direitos fundamentais e o constitucionalismo adentra, progressivamente, na liberdade de conformismo do legislador. Cresce na mesma proporção, a necessidade de aplicar limites ao poder hermenêutico dos juízes, em decorrência de demandas e obrigações constitucionais (direitos fundamentais).

O poder Judiciário vai ampliando o seu campo de atuação ultrapassando os limites dos outros poderes (Legislativo e Executivo), constitui-se vital ter condições para um controle democrático na aplicação das leis evitando decisionismos (decisões arbitrárias e pragmáticas), em que o magistrado substitui o legislador. traz também a

⁴⁸ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 27.

⁴⁹ STECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: 2. ed. Editora Forense, 2004.

ideia de Steck (adepto do giro hermenêutico - *ontológico-linguístico*), *a compreensão como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos*:

[...]

É para interpretar, necessitamos compreender. Para compreender, temos que ter uma pré-compreensão (por exemplo, para uma adequada compreensão da Constituição, necessita(ría)mos de uma prévia teoria da Constituição), constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia(Vorhabe), visão prévia (Vorsicht), e concepção prévia (Vorgriff) – que já une todas as partes (textos) do “sistema”. É a condição-de-ser-no-mundo que vai determinar o sentido do texto⁵⁰ [...]

Tanto Steck como Gadamer⁵¹, entendem que parte do processo de compreensão da consciência de nossa historicidade (momento hermenêutico em que se encontra o intérprete), e dos efeitos da história, do "círculo hermenêutico" ser sempre um processo de "fusão de horizontes" (interação circular entre o passado e o presente). Para Gadamer, o indivíduo só tem noção de sua força através da experiência dos limites, pressão e resistência sofridas, que o próprio indivíduo passa, para se dá conta da força que possui, mas que nem tudo é paredes da facticidade. Por ser um ser histórico, experimenta e passa por vivências históricas que darão, ao mesmo tempo, sustentação e reencontro nas objetivações da vida. Portanto, não se dá para desvencilhar de todo um histórico, experimentos, conteúdo e desprezar. Seria repetir erros já evidenciados. Concatenando com as ideias de Gadamer e Steck o círculo hermenêutico e a fusão de horizontes são processos que tem tudo haver com os pensamentos de Ost, em relação ao Tempo e o Direito não se pode afastar um do outro, são complementares, na medida de se buscar experiências vividas outrora, apresentadas (no presente) para o futuro esperado e promissor.

3.3 Mutação Constitucional como Técnica Informal de Reforma

As mudanças que acontecem na constitui o sem a necessidade de altera o no seu texto são chamadas de muta o constitucional, sendo um processo informal de mudança, não h a a participa o do poder legislativo para criar uma

⁵⁰ STECK, Lenio Luiz. **Jurisdi o Constitucional e Hermen tica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: 2. ed. Editora Forense, 2004. p. 197.

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermen tica filosófica. Tradu o Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: 3. ed. Vozes, 1999.

emenda constitucional, e assim alterar o que foi convencionado e o que está posto na carta magna.

O tema mutação constitucional é enigmático⁵² a sua proveniência está na junção de pontos importantíssimos no constitucionalismo: tem de guarnecer a Constituição de estabilidade dando um sentido de continuidade relacionado com o caráter rígido dela. Todavia, também com tamanha importância, está o fato de se ter dinamismo constitucional para dar um certo frescor e condição de adaptabilidade as mudanças sociais essenciais e de modernidade sem que seja necessário, a cada momento, modificar o texto constitucional.

A explicação para essa ocorrência está no fato, e isso ocorre em diversos ordenamentos jurídicos, da constatação de que o poder que elaborou a carta magna não tinha e não tem como prever todas as circunstâncias do futuro. Nasce da dinâmica social, e é adaptada condizente com a nova realidade, na qual a constituição está incluída. A relação entre a norma e a realidade muitas vezes são atreladas ao dogmatismo e modas políticas, afirma ser indiscutível e verdadeiro, porém, com tempo frequentemente perde o seu valor.

A norma quando criada tem o objetivo de chegar o mais próximo possível da realidade, de acordo com os valores que estão presentes na sociedade e nela assentada. É imprescindível conectar-se com as circunstâncias da situação histórica e concreta não afastando-se seus condicionamentos com a regulação e limites jurídicos, impostos para a mutação não transfigurar o que foi criado.

Antes dos anos 70 a briga pela igualdade racional sempre muito aguerrida, nos Estados Unidos da América, e é assim até hoje, mas foi nesses anos que uma mutação mudou a compreensão do princípio constitucional da igualdade. Progressivamente a sociedade da época e a Suprema Corte americana deram novos atributos ao princípio.

Essa realidade era factual para o período, tanto era assim que Souza Neto e Sarmento descrevem o ocorrido:

A mudança na opinião pública e nos valores comunitários, impulsionada por diversos movimentos sociais que se mobilizaram em favor da justiça e da inclusão social de grupos até então excluídos provocou uma dramática alteração da interpretação de uma cláusula constitucional, que se refletiu

⁵² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 343.

diretamente na jurisprudência da Suprema Corte do país, sem que houvesse qualquer modificação no texto da Constituição.⁵³

Os novos conteúdos interpretativos são incluídos paulatinamente sem alterar o texto, e essa interpretação divergente da original em que o constituinte imaginou, mantém-se íntegra a redação, porém com outra compreensão.

A constituição permite uma certa abertura, mas sempre limitada para não perder o sentido e conteúdos que são essenciais para o regime da democracia. As mudanças econômicas, sociais, culturais, técnicas com a evolução histórica da sociedade permanecem na sua existência e eficácia ou são excluídas perdendo totalmente a sua relevância.

Toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição. Quando se desatende dita mudança, o conteúdo constitucional “fica petrificado” e a curto ou longo prazo não poderá cumprir suas tarefas quando se adapta, sem reservas, às circunstâncias de cada momento; em tal caso, suas normas já não são pauta das circunstâncias, mas são estas que atuam como parâmetros de suas normas. Funcionalmente e só até certo limite pode contrapor-se a tal situação mediante a exigência de maiorias qualificadas para a reforma constitucional. Em ambos os casos, no entanto, a força dos fatos revela-se superior ao poder do Direito; no primeiro caso, o tempo deixa defasada a Constituição, e, no segundo, a degrada até reduzi-la a mero reflexo das relações de poder existentes em cada momento.⁵⁴

Não se deve, a qualquer pretexto momentâneo buscar-se alteração no texto constitucional, que venha a atropelar e afrontar a força normativa da Constituição e ao mesmo tempo deixá-la imóvel. Busca-se uma moldabilidade da Lei Suprema em decorrência da constante evolução da sociedade agrupando as variáveis jurídicas, políticas e sociais, conforme o Estado. Terá mais facilidade os Estados que tenham a sua Lei Maior mais aberta, cuja a expressão é mais indeterminada, mais genérica são mais aptas a sujeitarem à mutação constitucional, em função de não causar tanto embaraço ao seu tradutor.

Quaisquer que sejam os objetivos de mudança na Constituição, serão sempre incapazes de suplantar a importância de se priorizar os princípios

⁵³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 342.

⁵⁴ HESSE, Konrad. **Conceito e peculiaridade da Constituição**. Tradução Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

constitucionais, mesmos que desagradem à visão do cidadão. A carta Magna não tem o poder de particularizar todos os casos o que tornaria a lei impraticável.

Neste sentido o jurista Barroso⁵⁵ descreve que o constituinte e nem o legislador foram capazes de abarcar todas as situações da vida cotidiana e na moderna interpretação jurídica, a norma não fica apenas restrita ao enunciado do texto, mas sim, da interação da realidade com o texto, e há algumas questões que o constituinte e o legislador já remeteram ao juízo valorativo a decisão final.

A força do Estado, ao longo da humanidade sempre se manifestou com uma presença indispensável a formação das sociedades, que por toda essa extensão sofreu transformações, adaptações, e nesse processo, a evolução do Estado se fez presente tomando as iniciativas de equilíbrio, fazendo as atualizações necessários ao pleno desenvolvimento social, sem que as leis tornassem-se desnecessárias, desvirtualizadas e antiquadas pela sociedade.

A mutação constitucional deve sempre derivar de alguma alteração ocorrida no quadro das relações sociais que compõem o pano de fundo da ordem jurídica – seja no plano dos fatos, seja naquele dos valores sociais. Contudo, as mutações são muitas vezes veiculadas por decisões de órgãos estatais que captam a mudança ocorrida, cristalizando-a no universo jurídico-constitucional. Neste sentido, é possível falar-se em mutação constitucional por intermédio de mudança jurisdicional, por ato legislativo ou por práticas ou decisões de governo. Há, contudo, que se adotar uma certa cautela nesta questão, para não converter nenhum poderes do Estado em senhor da Constituição, titular de algum suposto poder constituinte permanente, que lhe permita reelaborar a Lei Maior de acordo com os seus valores ou preferências.⁵⁶

A primeira referência a mutação constitucional por interpretação no Brasil foi feita Anna Cândida Cunha Ferraz⁵⁷ antes mesmo da Constituição de 1988, em 1986 que a mutação constitucional pode vir a ser consolidada pelo exercício do legislador, por meio da interpretação constitucional jurídica e administrativa. Aqui vamos nos ater na interpretação constitucional jurídica.

Entretanto, foi na década de 70⁵⁸ que a jurisprudência nacional exemplificar a mutação, na ocasião houve mudança na aplicação do princípio da legalidade na

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 31, 2015. Número especial.

⁵⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 345.

⁵⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

⁵⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 342.

correção monetária, quando a inflação não era tão elevada que a correção monetária sobre as dívidas só ocorreria se houvesse lei que especificasse (STF. RE nº 74.655, relator Min. Bilac Pinto. DJ. 1 de junho de 1973)⁵⁹. Mais a frente, quando a inflação começou a subir houve o entendimento que a ocorrência da correção monetária poderia ser nos casos de “dívidas de valor” (STF. RE nº 104.930, relator Min. Rafael Mayer. DJ. 10 de maio de 1985), mas com a chegada hiperinflação já nos anos 80 a jurisprudência brasileira mudou o entendimento e passou a reconhecer a correção monetária deveria praticada a qualquer dívida. (STJ. Resp. nº 2.122, relator Min. Sávio de Figueiredo. DJ. 20 de agosto de 1990)⁶⁰.

O tocante aqui, foi o aumento exacerbado da inflação que vez com que analisasse por outra ótica, a interpretação constitucional do princípio da legalidade sem alterar o seu texto. A mutação constitucional é fundamental quando decorrente na perspectiva de alteração nas relações sociais, seja nos fatos, seja nos valores sociais dentro da ordem jurídica.

Mais recentemente a jurisprudência, através do Supremo Tribunal Federal consagrou a união estável de pessoas do mesmo sexo baseado nos princípios constitucionais fundamentais ampliando o conceito de família que no texto tem uma linguagem vaga e abstrata.

Neste fenômeno evolutivo há de se ter a preocupação com a qual nos ilustra Souza Neto e Sarmiento quando afirma:

O STF, não é legislador e não tem como reintroduzir no ordenamento norma jurídica que dele já fora expurgado. Mas nada impede que, em outro julgamento. A Corte mude a sua orientação sobre o tema de fundo e repute constitucional algum preceito legal com o mesmo teor daquele que antes ela mesma invalidara.

Vale Destacar que nem toda alteração na jurisprudência constitucional pode ser vista como uma autêntica mutação constitucional. Muitas vezes trata-se de mera correção de um erro judicial do passado, ou ainda do cometimento de um novo equívoco, quando o precedente superado se afigure correto, mesmo no presente.⁶¹

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 74.655/SP**. Dispõe sobre correção monetária, princípio da legalidade. exceções. a correção monetária somente pode ocorrer em face de autorização legal. jurisprudência do supremo tribunal federal. exceções permitidas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+74655%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxspunm9>>. Acesso 04 de jun. 2019.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 2.122/MS**. correção monetária, mútuo rural, incidência, evolução dos fatos econômicos e construção pretoriana, regra moral, invocação de ofensa a lei 4829/65, ao d.l. 167/67 e ao art. 145 - ii, ccb. dissídio notório. Disponível em : <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 04 de jun. 2019

⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de . SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 347.

Todavia, há de ser ressaltar que Poder Judiciário é um agente indiscutível no desenvolvimento da mutação constitucional e através do Supremo Tribunal Federal “guardião da Constituição” não pode ser considerado uma espécie de poder constituinte. Se por acaso o STF afirmar que a pena de morte fará parte do nosso ordenamento jurídico seria uma aberração, um absurdo porque a Lei Maior não admite-se tal situação. E além do mais, geralmente há um determinado sentido no contexto social e cultural que da sustentação ou no mínimo conteste a nova orientação.

Conquanto, o Poder Legislativo também faz a interpretação da Constituição quando na elaboração de normas jurídicas, ao editar uma lei por exemplo, o Legislativo é obrigado a verificar se essa lei não infringe os ditames constitucionais exigidos, se o ato normativo não vai de encontro ao que está estabelecido nos mandamentos da carta.

O Poder Executivo também pode exercer a função de agente da mutação constitucional, ocorre quando aplica a interpretação das suas competências tanto nas novas práticas e orientações assim como em normas jurídicas que venha a produzir dando uma nova leitura da norma constitucional específica. O costume constitucional também é admitido desde que em constituições escritas e rígidas (o costume interpretativo e integrativo) no primeiro dentre as várias interpretações que o texto oferece, o costume jurídico garante e cristaliza. Já o Integrativo é o preenchimento de uma lacuna constitucional que é invocado pelo costume.

Para reconhecer quais seriam as limitações da mutação constitucional é uma tarefa árdua, dado o grau de complexidade e flexibilidade que o intérprete tem de criar para um novo significado para o novo texto. Sem que esse nova interpretação afronte o que está consolidado, e não permitem mudanças como as cláusulas pétreas⁶². O constituinte quando assentou as cláusulas pétreas tinha por finalidade vetar ao legislador futuro qualquer alteração ou supressão. Se isso viesse a acontecer causaria um enfraquecimento da força normativa e a rigidez que caracteriza a Lei Suprema. Diante da singularidade da mutação constitucional nem a doutrina conseguiu delimitar a fronteira, não há um rol específico que determine quais são as

⁶² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártines. MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 293-295.

variáveis, o que se sabe é que são em decorrência de fatos sociais que perfazem a transformação do Estado.

A constante evolução da sociedade e conseqüentemente novas situações, acontecimentos e a reforma do Estado, não ser possível com exatidão todas as probabilidades de limitar, delinear as mutações e encontra barreiras pela interpretação, pela construção judicial, pelos usos e costumes e a sua eventual ocorrência.

3.4 A Essência da Interpretação Constitucional

Através de seus estudos e considerações sobre a interpretação, Kelsen constituiu uma importante análise fundamental para compreensão das normas jurídica na ocasião, quando afirma:

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto.⁶³

A interpretação constitucional é profundamente importante no cenário jurídico, e na atualidade se tornou imprescindível, sobremaneira em decorrência das sociedades complexas, múltiplas e na evolução das formas de convívio coletivo. E cada vez mais diante das controvérsias e judicialização das decisões.

O ordenamento jurídico brasileiro possui tanto contribuições da Escola da Exegese como: a importância da lei na busca pela segurança jurídica, a importância na criação do conceito de estado democrático de direito e o fortalecimento do princípio da legalidade. A hermenêutica aqui é voltada para o que está expresso na lei, quando por exemplo, o artigo 140 do CPC/15⁶⁴, afirma “ O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.” O juiz de toda forma

⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: 6. ed. Martins Fontes, 1998. p. 245.

⁶⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Edipro, 2015. p. 45.

terá que julgar mesmo que no ordenamento não conste tal situação específica. A fidelidade a vontade do legislador era a lei como única fonte do Direito.

Já a Escola Histórica que teve Savigny como seu defensor a divergência em relação à Escola da Exegese estava na forma da interpretação. Acreditava-se na analogia, nos costumes ou princípios gerais do direito como fonte do Direito e uma realidade histórica em que a lei era mutável e que o Direito vinha do Espírito do povo (“*volksgeist*”), portanto, seus costumes. Segundo Reali Júnior,⁶⁵ a atividade jurisprudencial seria um exemplo disto, sendo fonte do direito consuetudinário porque em função de seguidas decisões de forma harmônicas dos tribunais encontrou respostas oportunas e diminuiu os litígios e incertezas do direito perante a sociedade. Há uma renovação das decisões judiciais dando forma ao costume no judiciário. Mas que sozinha não tem valor definitivo, por ter uma condução interpretativa adicional.

A Constituição fixa limites tanto para os legisladores como para seus intérpretes e dentro destes parâmetros, tomem as decisões, desde que respeitadas tais balizas. Para Kelsen a aplicação desse raciocínio vale também para o Direito, que além da aplicação é um ato de criação e estaria dentro de uma moldura. Ao juiz caberia o preenchimento da moldura pela aplicação da lei estabelecida dentro do parâmetro (moldura) como também criação. Porque é o magistrado que escolhe uma dentre as diversas interpretações que o texto legal oferece, a qual se encaixa no caso concreto.

O doutrinador e jurista Hart diz que a interpretação das normas jurídicas possuem “textura aberta” por serem de natureza da linguagem humana onde algumas normas estão mais presentes em relação a outras, mas estão sempre presentes independentemente do seu grau de participação. Há situações que é nítido a sua aplicação e em outras não. Há as zonas de penumbras que são os “casos de difíceis” da interpretação. Nessas circunstâncias caberá ao juiz usando do seu poder de discricionariedade judicial dá uma resposta mais adequado ao caso.

Entretanto, há uma indagação levantada pelos doutrinadores Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, a relação entre o tempo e o direito é bastante interessante:

Se for verdade que o problema fundamental para o operador do direito não é a distância cronológica entre o momento da elaboração da norma e o da sua

⁶⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p 148.

aplicação, mas a distância material entre a generalidade do seu enunciado e a singularidade dos casos a decidir, então o trabalho do intérprete-aplicador apresenta-se não apenas como uma tarefa de desocultamento ou de fixação de significados que, até certo ponto, permanecem escondidos, mas também como um esforço de mediação/superação desse abismo entre a generalidade da lei e a situação jurídica emergente dos casos particulares...⁶⁶

Mais a frente, eles em suma, descrevem:

Em síntese, sem que se opere a transformação do abstrato em concreto e do geral em particular – porque essa é a forma de interrogá-los corretamente – os textos jurídicos nada dirão àqueles que pretendam compreendê-los e, a partir deles, resolver os problemas ocorrentes.

Por outro lado, é de registrar, igualmente, que a cada concretização os modelos normativos se ampliam e se enriquecem, adquirindo sempre novas possibilidades de utilização, que não poderiam ter sido imaginadas sequer pelo mais profético dos legisladores históricos, até porque num direito legislado existem mais lacunas do que disposições [...]⁶⁷

Como a modalidade principal de mutação constitucional, a interpretação constitucional, em virtude da nova hermenêutica constitucional⁶⁸, que considera boa parte das normas constitucionais são providas de alto grau de elasticidade, dando ao intérprete autonomia, em certos limites, a aumentar o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional mesmo que tenha o *fictio iuris* onde explica situações que aparentemente são contrárias à própria lei, mas que precisam de soluções lógicas, satisfazendo os interesses da sociedade.

Dando ao direito a figura de indicador do tempo, traz consigo o tempo metamórfico, quando alterna o liga e desliga da instauração do tempo porquanto se transforma, mas sem renegar o que está posto. O tempo como revelador do direito traz o direito como um processo de ajustamento do comportamento social.⁶⁹

⁶⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártines. MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 108.

⁶⁷ Ibid., p. 109.

⁶⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: 9. ed. Juspodium, 2017. p. 181.

⁶⁹ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

4 ESTUDO DE CASO: HC 152.752 STF/PR - LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

O tema Mutação Constitucional   bastante pol mico e possibilita várias discussões, onde está em jogo a interpreta o do texto constitucional, no qual assegura o Estado Democrático de Direito, afim de garantir a legalidade dos mandamentos democráticos, como a prote o dos direitos fundamentais dos cidadãos. E neste ponto,   determinante a participa o do Poder Judiciário, dentro da jurisdi o constitucional, ao interpretar e aplicar o que está contido na Constitui o, por meio dos seus órgãos judiciais, no caso, a competência que cabe ao STF.

A altera o semântica na Constitui o torna possível que a norma jurídica se adapte a uma sociedade aberta, democrática e plural. Geralmente decorrentes de mudanças sociais contemporâneas. O texto constitucional, tendo a rigidez como uma de suas principais características, a Muta o Constitucional vem proporcionar o encontro com a realidade e evitar um caráter desatualizado e obsoleto do texto.

O significado da ordena o jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordena o e realidade – forem consideradas em sua rela o, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condi es de fornecer resposta adequada   questão. Para aquele que contempla apenas a ordena o jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema em sua totalidade, ou será a ignorar, simplesmente, o significado da ordena o jurídica.

A despeito da sua evidência, esse ponto de partida exige particular realce, uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre a norma e a realidade, como se constata tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e Georg Jellink, quanto no “positivismo sociológico” de Carl Schmitt.⁷⁰

Neste capítulo, o presente estudo de caso: julgamento do caso Luiz In cio Lula da Silva, pretende expor a rela o dos fatos, tomando como base do marco teórico no estudo “O Tempo do Direito” de Ost⁷¹, na análise dos riscos da discronia e modifica es casuísticas onde seria uma competência do Juiz ou do parlamento?

4.1 A controvérsia - Como surgiu o conflito da condena o em segunda instância

⁷⁰ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constitui o**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 13.

⁷¹ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradu o de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

No julgamento do *Habeas Corpus* 126292 STF/SP⁷², na sessão do dia 17 de fevereiro de 2016, o STF decidiu, por 7 votos a 4, que é possível iniciar a execução da sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segundo grau. Contou com votos favoráveis de Edson Fachin, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Barroso e Teori Zavascki. Ficaram vencidos Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello. Para eles, a prisão só poderia acontecer com o trânsito em julgado da condenação que, no Brasil, só ocorreria após análise do STF, portanto o quarto grau. Os ministros que tiveram as suas teses confirmadas dentre outras considerações, asseguravam que não ofenderia o princípio da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Contudo, a decisão despertou críticas de boa parte do mundo jurídico, especialmente dos criminalistas, que acusaram o Supremo de “interpretação criativa”⁷³ e, da sociedade, com manifestações exaltadas contra e a favor do acórdão. À época, o Ministro Barroso em seu voto, rechaçou a ideia da “interpretação criativa”, dizendo que de 1988 a 2009, sempre se entendeu que a prisão em segunda instância poderia ser executada. Entretanto, posteriormente, no julgamento do *habeas corpus* de Lula, alguns ministros mudariam seu entendimento.

O *Habeas Corpus* 126292 STF/SP especificamente, era de um homem condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime fechado, por crime de roubo qualificado enquadrado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, com direito de recorrer em liberdade. A defesa do condenado apelou ao TJ/SP, que negou provimento ao recurso de apelação e determinou a prisão. A defesa então, em sede de *habeas corpus*, entrou no Supremo, alegando que o Tribunal de Justiça de São Paulo decretou a prisão sem qualquer motivação, o que constitui flagrante

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas corpus* 126.292/SP**. Princípio constitucional da presunção de inocência (cf, art. 5º, LVIII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. execução provisória. possibilidade. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 21 de mai. 2019.

⁷³ MAGRO, Maira. MARTINS, Luísa. Duro em matérias penais, Barroso é formador de maiorias no STF. **Valor Econômico**. Brasília, 7 jun. 2018. Disponível em <https://www.valor.com.br/politica/5576627/duro-em-materias-penais-barroso-e-formador-de-maiorias-nostf?origem=G1&utm_source=g1.globo.com&utm_medium=referral&utm_campaign=materia> . Acesso em: 08 de jun. 2018.

constrangimento ilegal: isto porque o juiz de primeira instância permitiu que o réu recorresse em liberdade.

Naquele momento, o ministro Teori Zavascki deferiu liminar para suspender a prisão preventiva decretada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo com base na decisão do plenário do STF no HC 84078/MG⁷⁴, cuja relatoria era do ministro Eros Grau. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, “é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no artigo 312 do Código do Processo Penal incidem na espécie”. E, no caso em concreto, de acordo com o que explicou o ministro. O fundamento aplicado pelo TJ/SP diz respeito a fundamentos da execução da pena, e não com elementos cautelares da prisão preventiva.

O entendimento da Corte sobre o assunto mudou várias vezes desde 1991, à luz da Constituição de 1988. Até 2006, a interpretação corrente determinava o cumprimento da pena já na segunda instância.

Neste contexto, é importante a análise na visão de Ost: “o tempo é antes do mais uma construção social – e logo, uma questão de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico”, a relação institucional do tempo com o direito é muito delicada com o constante risco de destemporalização como se vê, não houve um amadurecimento na construção social, a temporalização da Constituição de 1988 é muito recente, não foi dado o devido tempo ao tempo para que houvesse a maturação necessária à instituição jurídica. O compasso cronológico foi atropelado por uma decisão casuística. O que dá margem para uma insegurança jurídica. Daí, a presente importância do trabalho para esclarecer tais fatos.

A indefinição do STF a respeito de qual momento as penas devem começar a ser cumpridas, e quando o escândalo do mensalão veio à tona, começou e alcançar a classe política e empresarial, iniciou-se a tese argumentativa de que a condenação em segundo grau de jurisdição, a sua interpretação violava a cláusula da Constituição que estabelece a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Em 2009, o STF mudou de entendimento e determinou que a sentença deve ser cumprida apenas depois de esgotados todos os recursos à disposição do réu (trânsito em julgado).

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 84.078/MG**. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. art. 5º, LVII da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. art. 1º, III da Constituição do Brasil. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf> Acesso em: 22 de mai. 2019

No entanto, com as decisões de 2016 – fevereiro e novembro – voltou a interpretação antecedente. Desta vez o placar favorável à condenação em segunda instância foi um pouco mais apertado (seis a cinco), mas que o cumprimento da sentença não seria mais obrigatório: ainda haveria o recurso especial – STJ e o recurso extraordinário – STF.

Houve as mudanças de lado: no caso dos ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que anteriormente eram favoráveis à condenação em segunda instância, mudaram de entendimento, sendo agora contra. Com o falecimento do ministro Teori Zavascki, assumiu seu lugar o ministro Alexandre de Moraes, cujo entendimento seguiu o mesmo do ministro Teori, a favor da prisão a partir da segunda instância.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na época era composta pelos ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Celso de Melo e Edson Fachin (relator da Lava Jato). Com os votos dos quatro primeiros ministros, a turma mandou parar a execução das penas do ex-ministro José Dirceu e do ex-tesoureiro do PP João Cláudio Genu, ambos condenados em segunda instância na Operação Lava Jato. O ministro Edson Fachin ainda tentou suspender o julgamento, pedindo vista dos processos, mas como já havia maioria formada, foi emitido *habeas corpus* o que garantiu a liberdade dos dois. E ainda trancou a ação contra o deputado estadual Fernando Capez (PSDB) no escândalo da "máfia da merenda", e declarou ilegalidade da operação de busca e apreensão no apartamento funcional da senadora Gleisi Hoffmann (PT) em junho de 2016.

Contudo, O retorno do Sr. José Dirceu à detenção, foi decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), no dia 16 de maio de 2019, que negou um recurso da defesa na segunda condenação dele no âmbito do Operação Lava Jato.

A segunda turma do STF, concentrou até setembro de 2018 quatro dos cinco ministros da ala mais “garantista” do STF (Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello), com exceção do ministro Edson Fachin, que assumiu o lugar do ministro Teori Zavascki (falecido num acidente de avião) na relatoria da Operação Lava Jato. Desta feita, formou-se maioria sólida contra os “excessos” da citada operação. E assim houve a liberação de três réus em menos de uma semana, entre eles os mesmos José Dirceu e Cláudio Genu. Ambos ainda não haviam sido condenados em segunda instância nos casos em questão. Foi a prisão preventiva que os ministros julgaram como “prematura” e “injustificada”. Mesmo com a decisão do

plenário recomendando a prisão em segundo grau, a turma ou decisões monocráticas, os ministros tinham entendimento contrário, não fazendo valer a posição da maioria do plenário do STF.

A controvérsia se mantém em virtude das decisões tomadas até agora, através de *habeas corpus*. O correto seria a análise das duas ADCs - Ações Declaratórias de Constitucionalidade - 43 e 44, que estão no Supremo e que estabeleceriam e encerrariam definitivamente o conflito e o entendimento do STF.

Conforme, o Ministro Gilmar Mendes no livro de Curso de Direito Constitucional nos ensina a representação da ADC:

Embora a discussão sobre a ação declaratório de constitucionalidade seja mais ou menos recente no Brasil, a prática constitucional demonstra que, muitas vezes, a representação interventiva e sobretudo a representação de inconstitucionalidade foram utilizadas com o fito de afastar qualquer dúvida sobre a legitimidade de uma norma.⁷⁵

Apesar de estarem prontas para julgamento no plenário em 2018, a ministra Cármen Lúcia, presidente na época, resolveu não pautar o julgamento para aquele ano, ora por pressão da sociedade (que temia beneficiar o ex-presidente Lula e os réus da operação Lava Jato), ora por ser ano eleitoral e os ânimos estavam bem acirrados entre a população com a polarização de “nós contra eles”, “ele sim, ele não”.

Neste último julgamento, em abril de 2018, o HC no qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva procurava evitar a sua prisão, o entendimento da ministra Rosa Weber era conhecido, sendo da ala que defendia a leitura mais rigorosa do princípio da presunção de inocência e, desta maneira, a prisão só ocorreria após o trânsito em julgado. Mas por uma questão de ética e respeito à decisão anterior do colegiado (plenário), votou pela manutenção da condenação em segundo grau.

Neste julgamento, um dado foi apresentado pelo ministro Barroso: de janeiro de 2009 a 19 de abril de 2016, o STF só foi favorável aos réus em 1,1% dos recursos, em mais de 25.707 mil casos, enquanto o porcentagem média de recursos criminais providos pelo Ministério Público, em favor do réu, é de 2,93%.⁷⁶

⁷⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártines. MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 1214.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 126.292/SP**. Princípio constitucional da presunção de inocência (cf, art. 5º, LVIII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. execução provisória. possibilidade. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 de mai. 2019.

A instabilidade ainda permanece na corte: mesmo com os votos vencidos em plenário, os ministros Marco Aurélio, Toffoli e Lewandowski costumam emitir *habeas corpus*, dando liberdade a réus em situações semelhantes.

Quando assumiu a presidência do Supremo, em setembro de 2018, o ministro Dias Toffoli disse que não colocaria em pauta as ADCs naquele ano, mas montaria um calendário para o ano de 2019, e assim o fez, pautando para o dia 10 de abril o julgamento. Entretanto, a OAB solicitou ao presidente que retirasse da pauta a análise dos casos, por ser ela, a entidade que havia solicitado com outros dois partidos a apreciação do Supremo. A retirada seria em virtude da nova diretoria da OAB ter assumido no início do ano e gostaria de mais tempo para se inteirar do assunto. O pedido foi aceito e extraído da pauta sem data para retornar. Recentemente a OAB informou ao STF, que a matéria já poderia voltar para a pauta ser discutida em plenário.

4.2 A Condenação em Segunda Instância na Visão do Legislativo e Executivo

No Congresso Nacional, tanto na Câmara como no Senado, há propostas para garantir a prisão em segunda instância. E também no Poder Executivo, através de um projeto de lei defendido pelo Ministro da Justiça, o “pacote anticrime”.

Na Câmara Federal a PEC – Proposta de Emenda à Constituição – 410/18⁷⁷ do deputado federal Alex Manente (proposta que altera a Constituição para a prisão após a condenação em segunda instância) acredita que o princípio da presunção da inocência está garantido, mesmo com a condenação em primeira instância. O réu teria a possibilidade de recorrer aos tribunais, em grau de recursos, onde encerra-se a fase de fatos e provas. Tanto o STJ quanto o STF fariam as análises apenas referentes a matérias processuais. Para a PEC ser aprovada pelo plenário da Câmara são necessárias duas votações, com os votos de 3/5 dos deputados (308 votos).

⁷⁷ CÂMARA FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição 410/18, de 27 de março de 2018.**

Dispõe sobre alteração do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal para prever que ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170496>> Acesso em: 21 de mai. 2019.

Já no Senado Federal, o Projeto de Lei do Senado (PLS) 166/2018⁷⁸ proposto pelo Senador Lasier Martins, encontra-se desde o dia 26 de março de 2019 sob a relatoria do Senador Rodrigo Pacheco na CCJ (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), para fins de cumprimento de sentença penal condenatória do trânsito em julgado já a partir da segunda grau, em instância única e recursal. Seria a solução encontrada para garantir a presunção de inocência sem afrontar a impunidade. Como na Câmara, a proposta para ser aprovada no Senado, seriam necessários 3/5 dos votos em dois turnos.

Ademais, há um Projeto de Lei⁷⁹ encabeçado pelo Ministério da Justiça, que está em análise no Congresso, mais precisamente na Câmara Federal, o chamado “pacote anticrime”, que altera diversas leis e traz também a ideia de condenação em segunda instância.

Não obstante, o que se constata é uma mobilização em todas as esferas dos poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo) e na própria sociedade, numa decisão terminativa que acabe com essa indefinição: por um lado, os que defende a presunção de inocência será afetada por não ter havido o trânsito em julgado; pelo outro, os que defendem a condenação em na segunda instância, com o direito de recorrer em grau superior, mas desta vez já cumprindo pena.

Durante o período de julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 (de 17 de fevereiro de 2016 a 04 de abril de 2018), a Corte Suprema mudou a composição do plenário, bem como o entendimento de alguns ministros no tocante a condenação em segunda instância, o que gerou uma enorme discussão no mundo jurídico, contra e a favor, que reverberou em toda a sociedade e levou um tema só discutido nas barras do judiciário para dentro da casa da população brasileira, tornando-se um tema de interesse nacional. Ali, além de estar em jogo a prisão do ex-presidente Lula, estava sendo analisando um dos preceitos fundamentais da Constituição a questão da presunção de inocência. Anteriormente, já havia decisão que definia a situação.

No capítulo anterior, quando foi abordado o tema Mutação Constitucional, e fazendo uma comparação com a narrativa acima, na qual a aceleração e mudanç a

⁷⁸ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado 166/18, de 10 de abril de 2018.** Dispõe sobre a altera o do Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condena o em segunda instância. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>> Acesso em: 21 de mai. 2019.

⁷⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Projeto de Lei 882/2019.** Dispõe sobre altera es de 14 leis. Disponível em: <<https://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1555510204.13/pl-882-2019.pdf>> Acesso em: 21 de mai. 2019.

radical em entendimentos positivados, para que se tenha uma urgente resposta a sociedade, não levaram em consideração as circunstâncias concretas da situação histórica, afastando dessa maneira, seus condicionamentos com a regulação e limites jurídicos impostos para a mutação não transfigurar o que foi criado.

Novos conteúdos interpretativos deveriam ser incluídos de forma progressiva, para não alterar o texto e a interpretação, e não serem divergentes da original em que o constituinte imaginou, mantem-se íntegra a sua redação, porém com outra compreensão.

Não se deve a qualquer pretexto súbito, alterar o texto constitucional que venha a atropelar e afrontar a força normativa da Constituição, e ao mesmo tempo, deixá-la imóvel, os objetivos de mudança na Constituição, serão sempre incapazes de suplantar a importância de se priorizar os princípios constitucionais.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas podem – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição . Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança de situação.⁸⁰

A interpretação constitucional é importantíssima no cenário jurídico e imprescindível para as sociedades (complexas, múltiplas), e na evolução das formas de convívio coletivo. Mas não pode ser utilizado ao bel prazer do intérprete, diante das controvérsias e judicialização de decisões.

4.3 O Habeas Corpus 152.752 STF/PR⁸¹

Em julho de 2017, a 13ª Vara da Justiça Federal no Paraná condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a nove anos e meio de prisão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, em primeira instância, no processo referente ao tríplex na praia do Guarujá, São Paulo. Em janeiro de 2018, o Tribunal Regional Federal da

⁸⁰ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 23.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 152.752/PR**. matéria criminal, execução provisória da pena, impetração em substituição a recurso ordinário constitucional, ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. alegado caráter não vinculante dos precedentes desta corte, plausibilidade de teses veiculadas em futuro recurso excepcional. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>> Acesso em: 19 de mai. 2019.

4ª Região, localizado em Porto Alegre, a 8ª turma aumentou a condenação do ex-presidente para 12 anos e um mês. Em abril de 2018, após o TRF-4 negar o recurso e um *habeas corpus* preventivo, a defesa do ex-presidente entrou com HC 152.752 no STF que também negado pelo Suprema Corte e decretada a prisão.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, e no último dia 23 de abril, a quinta turma do tribunal, em decisão unânime, ratificou a condenação do ex-presidente. Porém, reduziu a pena para oito anos, dez meses e vinte dias, o valor da multa também foi reduzido de 29 milhões de reais para 2,4 milhões de reais.⁸²

Desta feita, com a redução da pena, poderá o ex-presidente solicitar a progressão de pena para o regime semiaberto já que terá direito, em setembro de 2019 terá o direito de progredir por ter cumprido 1/6 da pena. Deve ser levado em consideração o comportamento na prisão e reparação dos danos à sociedade, por exemplo. Para tanto, o benefício precisa ser concedido pela Justiça.

Assim, com essa decisão do STJ de certa forma alivia a pressão exercida no STF e, somada à solicitação de retirada da pauta de julgamentos feita pela OAB, a definição foi adiada mais uma vez.

Entretanto, o evento ainda não foi encerrado em virtude de outra decisão recente do STF, em 14 de março, com votação apertada (placar de 6 a 5), que deu à Justiça Eleitoral a competência para julgar crimes comuns conexos: quando esses crimes têm relações eleitorais (“caixa dois”) que pode anular todos os atos da Justiça Federal, até mesmo as condenações. O STF examinou questão de ordem levantada no inquérito que investiga o ex-prefeito do Rio de Janeiro, Eduardo Paes e o deputado federal, Pedro Paulo⁸³. No processo, a denúncia é de que o Deputado recebeu dinheiro para campanha eleitoral em 2010, além de outros valores em 2014. Para a defesa do ex-presidente, no caso do tríplex, havia relação com delitos eleitorais. Então, com mais essa possibilidade de recurso, a defesa ganha fôlego para insistir na absolvição do ex-presidente.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1765139/PR**. Direito Penal, Crimes Previstos na Legislação Extravagante, Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores. Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral, Corrupção passiva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201765139>> Acesso em: 22 de mai. 2019.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4435/DF**. Dispõe sobre a Justiça Eleitoral é competente para julgar crimes comuns conexos a eleitorais. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149810>> Acesso em: 22 de mai. 2019.

No primeiro capítulo desse trabalho, foi apresentado que o tempo é uma grandeza cronológica com passado, presente e futuro, assim como é elemento que fixa a sociedade no momento de criação, alteração ou eliminação de estruturas sociais e jurídicas, e a sua importância na sociedade complexa e em constante evolução, Deve-se olhar para o passado não esquecer o que foi testado e aprovado nas práticas e paradigmas de uma reforma constitucional, sem que tenha um fortalecimento do regramento, chega a ser um paradoxo e risco muito grande para as instituições. Existe a necessidade de um freio de arrumação, serenidade para não se tomar uma atitude açodada e com profundos erros que futuramente serão lamentados.

A mutação constitucional tem um potencial enorme de afirmação ou derrocada da Lei Maior, e como afirma Hesse⁸⁴, o Direito Constitucional não pode negar o seu valor enquanto ciência jurídica, assim portanto, uma ciência normativa que se diferencia da Sociologia e da Ciência Política porque expressa a realidade fática: a ciência da realidade. A norma constitucional não é autônoma: não existiria sem a realidade, depende da sua vigência para a conjuntura por ela a ser regulada e materializada. Esse desejo empregado não pode ser separado das circunstâncias históricas de sua realização.

CONCLUSÃO

⁸⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p.11.

O presente trabalho teve como objetivo analisar o fenômeno da mutação constitucional no nosso ordenamento jurídico ao examinar as considerações do tempo e o direito. Sendo o tempo uma grandeza cronológica e de enorme importância diante da complexidade de uma sociedade mutável, uma relação de institucionalização do tempo como novo paradigma para o Direito é feita através de uma leitura do pensamento de François Ost, na obra *O tempo do Direito*.⁸⁵

Uma preocupação considerável é o exame na teoria constitucional da temporalidade da Constituição, na conjuntura da dogmática-positiva do texto contido na Lei Suprema, produzidos em um certo momento histórico do tempo, com aspiração de se manter ao longo do ciclo, dando ao intérprete uma margem hermenêutica para decisões.

A relação do tempo com a sociedade está sempre em curso, nunca cessa. Como construir uma sociedade com memória coletiva dos impactos negativos do passado? Como garantir um futuro com preceitos que poderão ser revisados quando necessários? Há sempre a questão da dialética: tempo x direito, passado x futuro, mutabilidade x imutabilidade, perdão x promessa, memória x revisão.

O debate temporal está presente nas medidas para a obtenção do liga-desliga do tempo: da memória, do perdão, da promessa, do questionamento. As figuras temporais trazem, cada uma delas, uma dimensão da temporalização das normativas e suas particularidades da instituição jurídica. E cada uma dessas categorias não são suficientes isoladamente para o seu sucesso, porque senão geram apenas a destemporalização o que conduz a arbitrariedades.

Chegou-se a conclusão que a mutação no estudo de caso interfere nas decisões em segunda instância, haja vista que no longo de todo o processo, desde que foi definida, mesma momentaneamente, a condenação há não uma decisão final, nem pelo Poder Judiciário, nem pelo Poder Legislativo e, desta forma gerando uma insegurança jurídica e uma percepção de impunidade na sociedade.

É preciso haver o tempo nequentrópico, a temperança, que os poderes entrem em acordo e apresentem soluções certas, práticas e seguras, não esquecendo que as mudanças propostas são operadas no presente. Daí a importância do liga e

⁸⁵ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

desliga do tempo unindo o passado com o futuro. O Direito deve possuir a qualidade de construir, reconstruir e desconstruir o tempo e a si próprio.

Buscou-se trazer para o enredo do trabalho uma análise da interpretação e o estudo da mutação constitucional, e ao legislador com sua parcela nas alterações na Constituição quando sugere mudanças no texto constitucional.

A supremacia da Constituição tem um papel central no ordenamento jurídico, em função de está no topo da estrutura da hierarquização judicial, fundada na teoria da pirâmide de Kelsen⁸⁶, com o caráter normativo e com uma imensa carga valorativa. Qualquer ato normativo ou de efeito concreto há de ser validado e demonstrado que está dentro dos preceitos constitucionais para não correr o risco de ser invalidado.

Em muitas das ações imputadas ao Poder Judiciário, a mutação constitucional é um dos processos que dá oportunidade de incentivar transformações na Constituição sem ter a necessidade de alterar o texto constitucional. Neste processo informal de mudança não há a participação do Poder Legislativo que age através de emenda constitucional para alterar o que estava convencionado na Carta Magna.

Entretanto, hiato do Poder Legislativo e Poder Executivo, que deveriam agir nas matérias de interesse do Estado e da sociedade e o não fazem, o Judiciário atua. Mas uma constatação nos ordenamentos pós II Guerra Mundial, em função da jurisdição constitucional, onde o mesmo só deve atuar em casos que sejam contrários e que afrontam a direitos fundamentais, e na hipótese de ofensa ao Estado Democrático. A legitimação dos poderes Legislativo e Executivo ocorre pelo voto de toda a sociedade, que espera eleger os seus representantes para resolverem seus anseios. Na realidade, o protagonismo do STF deveria ser nas lacunas normativas ou nas omissões de inconstitucionalidades. Na essência, o protagonismo caberia ao Congresso, até em que nível de judicialização é crucial para sociedade.

No estudo de caso da condenação em segunda Instância, objeto do presente trabalho, no qual a Suprema Corte debruçou-se no julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Intenciona-se que a dimensão temporal tratada por Ost⁸⁷ na interpelação das formas dominantes de produção do Direito, os novos

⁸⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: 6. ed. Martins Fontes, 1998.

⁸⁷ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget,

institutos, a vivência, os jovens valores não foram dimensionados adequadamente. A congruência desses critérios não foi levada em conta. Nota-se que há uma indefinição da Suprema Corte para com a sociedade em decidir o caso, para um lado ou para o outro. O tema está em debate sem se chegar a uma conclusão definitiva. A instabilidade gera esse desgaste em que muito bem falou Ost da institucionalização do direito.

Por aqui se vê que o tempo se constrói, literalmente, temporiza-se. É por isso que, se podemos dar o tempo, modalidade que privilegiamos, também o podemos tomar, passar, perder, encontrar, matar, ganhar, recuperar... O conceito de temporalização servir-nos-á para pensar essa instituição social do tempo. Um tempo que já não continua a ser exterior às coisas, como um contentor formal e vazio, mas que participa sua própria natureza.⁸⁸

Interessante notar que o critério que o STF utiliza, para julgar determinados processos, possibilita a aplicação de interpretação, e conforme o caso, costuma variar no método quando levado a efeito. E mais sério ainda, quando a mudança de sentido acontece em casos de grande repercussão e pessoas poderosas envolvidas.

E, no momento atual, está numa situação inusitada: processo já passou pelo STJ, a terceira instância, que confirmou a sentença das instâncias inferiores, com a diferença de dosimetria da pena, entretanto, a defesa pode apresentar o recurso extraordinário ao STF, mas as ADCs 43 e 44, que colocariam um ponto final sobre a condenação em segunda instância saíram da pauta do plenário, sem data prevista para voltar.

Paralelo a tudo isso, o Poder Legislativo revolveu agir, com a nova formação parlamentar do Congresso e o anseio da sociedade para se ter a condenação em segundo grau: o presidente de Câmara dos Deputados Federais, afirmou de levará ainda esse ano, ao plenário da Câmara, a Proposta de Emenda a Constituição que põe fim a essa celeuma.⁸⁹

Por outro lado, caso o STF decida colocar em pauta o processo antes do Congresso, e qualquer que seja o resultado do acordão, pode ser inócuo, sem valor, porque a decisão do legislador é soberana e que valerá, neste caso.

1999.

⁸⁸ Ibid., p. 13.

⁸⁹ SADI, Andréa. Maia: após julgamento de Lula no STJ, Câmara votará prisão de condenados em 2ª instância. **G1**. Brasília, 25 abr. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/andreiasadi/post/2019/04/25/maia-apos-julgamento-de-lula-no-stj-camara-votara-prisao-de-condenados-em-2a-instancia.ghtml>>. Acesso em 04 de jun. 2019.

Do ponto de vista dos defensores da condenação em segunda instância sustentam que a prisão após condenação em segundo grau é indispensável para evitar a impunidade ou o arrastamento prolongado no cumprimento das penas.

Ademais, para o cidadão comum, sustentar o processo em instâncias recursais é financeiramente inviável: o custo é muito elevado. A questão é que a condenação em segunda instância começou a atingir a crimes financeiros, tributários, de “colarinho branco”, corrupção, dentro outros, que são cometidos por uma camada da sociedade que se via distante de cumprir prisão. Utilizando-se de bons advogados e recursos financeiros consegue protelar ao máximo os processos, o que muitas das vezes faz com que a condenação cai por prescrição.

A evolução do Direito é um feito temporalmente definido, no entanto que, sucessivamente, precisa menos de um avanço no legislado do que de um incremento hermenêutico no trato com a legislação existente.

A mutação constitucional com tamanha importância, está no fato de se ter dinamismo constitucional para dar condição de adaptabilidade as mudanças sociais essenciais e de modernidade sem a necessidade de modificar o texto constitucional. Tem o objetivo de chegar o mais próximo possível da realidade, de acordo com os valores que estão presentes, é imprescindível conectar-se com as circunstâncias da situação histórica e concreta. Novos conteúdos interpretativos devem ser incluídos paulatinamente e, não se deve, a qualquer pretexto momentâneo, alterar o texto constitucional. Busca-se uma moldabilidade da Lei Suprema em decorrência da constante evolução da sociedade agrupando as variáveis jurídicas, políticas e sociais, conforme o Estado. E esses os objetivos de mudança na Constituição não poderão suplantam a importância dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, 2015. Número especial.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BÍBLIA A.T. Eclesiastes. In Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada: Antigo e Novos Testamentos**. Tradução CNBB. São Paulo: 7. ed. Editora Canção Nova, 2008. p. 796.

_____. A.T. João. In Bíblia. Português. **Bíblia Sagrada: Antigo e Novos Testamentos**. Tradução CNBB. 7. ed. São Paulo: Editora Canção Nova, 2008. p. 1325.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

_____. **Estado Governo Sociedade Para Uma Teoria Geral da Política**. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártines. MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 108.

BRASIL. **Código Civil e Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Edipro, 2015. p. 45.

_____. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, Brasília, DF**: Senado Federal, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. **Revista Esmat**. O Direito Entre o Positivismo e o Pós-Positivismo Jurídico: por uma teoria impura do Direito. BOLWERK, Aloísio Alencar. OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Teixeira de Castro, 2014. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/5/7>. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**. XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Brasília. ALVIM, Márcia Cristina de Souza. COUTINHO, Ana Luísa Celino. ROCHA, Leonel Severo. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/1718/pdf>> Acesso em 02 de nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 126.292/SP**. Princípio constitucional da presunção de inocência (cf, art. 5º, LVIII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. execução provisória. possibilidade. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 21 de mai. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 152.752/PR**. matéria criminal, execução provisória da pena, impetração em substituição a recurso ordinário constitucional, ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. alegado caráter não vinculante dos precedentes desta corte, plausibilidade de teses veiculadas em futuro recurso excepcional. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>> Acesso em: 19 de mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4435/DF**. Dispõe sobre a Justiça Eleitoral é competente para julgar crimes comuns conexos a eleitorais. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149810>> Acesso em: 22 de mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 74.655/SP**. Dispõe sobre correção monetária; princípio da legalidade. exceções. a correção monetária somente pode ocorrer em face de autorização legal. jurisprudência do supremo tribunal federal. exceções permitidas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+74655%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxspunm9>>. Acesso 04 de jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 2.122/MS**. correção monetária, mútuo rural, incidência, evolução dos fatos econômicos e construção pretoriana, regra moral, invocação de ofensa a lei 4829/65, ao d.l. 167/67 e ao art. 145 - ii, ccb. dissídio notório. Disponível em : <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 04 de jun. 2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1765139/PR**. Direito Penal, Crimes Previstos na Legislação Extravagante, Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores. Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral, Corrupção passiva. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201765139>> Acesso em: 22 de mai. 2019.

_____. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Positivismo jurídico: significado e correntes. DIMOULIS, Dimitri, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

CÂMARA FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição, de 27 de março de 2018**. Dispõe sobre alteração do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal para prever que ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170496>> Acesso em: 21 de mai. 2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: 9. ed. Juspodium, 2017.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: 3. ed. Vozes, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 1: parte geral. São Paulo: 10. ed. Saraiva, 2008.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

_____. **Conceito e peculiaridade da Constituição**. Tradução Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: 6. ed. Martins Fontes, 1998.

KURY, Adriano da Gama. **Minidicionário Gama Kury da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD, 2002.

MAGRO, Maira. MARTINS, Luísa. Duro em matérias penais, Barroso é formador de maiorias no STF. **Valor Econômico**. Brasília, 7 jun. 2018. Disponível em <https://www.valor.com.br/politica/5576627/duro-em-materias-penais-barroso-e-formador-de-maiorias-nostf?origem=G1&utm_source=g1.globo.com&utm_medium=referral&utm_campaign=materia> Acesso em: 08 de jun. 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Projeto de Lei 882/2019**. Dispõe sobre alterações de 14 leis. Disponível em: <<https://justica.gov.br/news/collective-nitf-content1555510204.13/pl-882-2019.pdf>> Acesso em: 21 de mai. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**: Princípios do Direito Político. Tradução de Antônio de Pádua. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 33-35.

SADI, Andréa. Maia: após julgamento de Lula no STJ, Câmara votará prisão de condenados em 2ª instância. **G1**. Brasília, 25 abr. 2019. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/politica/blog/andreiasadi/post/2019/04/25/maia-apos-julgamento-de-lula-no-stj-camara-votara-prisao-de-condenados-em-2a-instancia.ghtml>> Acesso em 04 de jun. 2019.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado 166/18, de 10 de abril de 2018.** Dispõe sobre a alteração do Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>>. Acesso em: 21 de mai. 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.