

Mutações hermenêuticas e coisa julgada na jurisdição constitucional: os limites da mutabilidade do direito

Hermeneutic changes and res judicata in constitutional jurisdiction: The limits of mutability in law

Juliana Cristine Diniz Campos¹

Universidade Federal do Ceará, Brasil

julianacdcampos@gmail.com

Resumo

O trabalho analisa a possibilidade de desconsideração da coisa julgada decorrente do controle de constitucionalidade abstrato em caso de mutações hermenêuticas. Parte de uma reflexão sobre a internalização da segurança jurídica no conceito moderno de direito e da relação filosófica entre segurança e tempo. Analisa o conceito de coisa julgada e as suas especificidades na jurisdição constitucional, assim como investiga o sentido de mutação constitucional. Avalia criticamente as hipóteses levantadas a partir da análise da possibilidade de um rejuízo da ADPF nº 153, que versou sobre a recepção da lei da anistia.

Palavras-chave: coisa julgada, jurisdição constitucional, anistia.

Abstract

This paper deals with the constitutional function of *res judicata* and its relations with hermeneutic transformations caused by history in the meaning of the Constitution's text. It analyzes the dimension of the definitive judgment of ADPF 153 by the Brazilian Supreme Court, specifically regarding the reception of the Amnesty Law (6.683/1979) by the Constitution. This controversial ruling, extending amnesty to all agents of the military regime, has stirred both domestic and international criticism, which has prompted scholars and commentators to consider the possibility of a new judgment about the same matter.

Keywords: *res judicata*, constitutional jurisdiction, amnesty.

¹ Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Rua Meton de Alencar, s/n, Centro, 60035-160, Fortaleza, CE, Brasil.

Introdução

A estabilidade da coisa julgada é uma das manifestações da segurança oferecida pelo direito em face da passagem do tempo. Enquanto o futuro do ordenamento permanece aberto, oferecendo múltiplas possibilidades de transformação de valores e ressignificação de normas, a coisa julgada consolida o passado, protegendo-o em face da mudança: é a garantia de permanência (imutabilidade) da norma de decisão do caso concreto. No âmbito da jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade abstrato, a coisa julgada material se manifesta no reconhecimento da validade ou da invalidade normativa, de modo que o acórdão da corte transforma a incerteza quanto à coerência do sistema em segurança quanto aos efeitos da norma. Como pensar o tratamento das decisões tomadas no âmbito da jurisdição constitucional transitadas em julgado em face das transformações culturais e políticas que promovem mudanças profundas na compreensão da constituição? É tolerável a tese de que a coisa julgada material deve ceder em face de mutação hermenêutica, como no exemplo paradigmático da recepção da lei da anistia? Essa a problemática de fundo deste trabalho.

Uma retomada da reflexão filosófica profunda acerca do conceito de direito no contexto de sociedades hipercomplexas e multiculturais passa, necessariamente, pelo enfrentamento de um paradoxo que nasce com a Modernidade e seu ideal de direito como sistema racional. Esse paradoxo se manifesta no reconhecimento de um postulado de segurança jurídica – as normas positivadas em textos legais gerais e abstratos tendem à permanência, como garantias em face do Estado – ao mesmo tempo em que a interpretação dos dispositivos positivados se dá no âmbito da linguagem e de sua historicidade, o que implica plasticidade e abertura à mudança. A concepção de direito como sistema racionalmente construído no âmbito da linguagem escrita indica o problema da interpretação normativa como uma tarefa não só de clarificação de enunciados ocultos, mas como *criação efetiva* do direito pelo intérprete (Rückert, 2006). Desse modo, o esforço de codificação, como caminho em direção à estabilidade, convive com a mutabilidade potencial do direito pela sua aplicação prática em contextos históricos diversos. Trata-se, em outras palavras, do paradoxo jurídico da Modernidade².

O direito moderno, sistemático e sistematizado, pode ser entendido como um complexo de saberes e

produtos culturais que se interligam e se tocam na finalidade comum de pacificação. Embora sempre seja possível pensar em uma resposta mais precisa, mais completa e mais cabal, toda tentativa de definição do direito passará forçosamente pela conclusão de que o sistema jurídico se volta para um tipo de controle simbólico que se manifesta como contenção, redução ou gestão de conflitos humanos numa visão eminentemente teleológica.

Na gênese do conceito de direito apenas esboçada está implícita uma garantia, a que se designa comumente de segurança jurídica. O direito surge e se impõe coercitivamente para pacificar, a fim de proporcionar estabilidade de comportamentos concretos e de expectativas de comportamento como condição de segurança e de liberdade. Ao definir um referencial para o agir na forma de enunciados deontológicos, o direito quer reduzir o caos e a desagregação social na forma de previsibilidade de comportamentos.

O sentido de direito que se está construindo deve ser historicamente situado. Trata-se do direito da Modernidade e do liberalismo político clássico, fruto do Iluminismo. O direito que pretende coordenar as condutas para a paz social na forma de previsibilidade é um direito que se põe como alternativa aos códigos tradicionais representados pela moral religiosa da pré-modernidade, como explica Neves. Enquanto que na pré-modernidade a função orientadora do agir era monopolizada pela religião na forma de uma rígida hierarquização social, a passagem para a Idade Moderna representa uma ruptura da unidade entre religião-política-direito que se manifesta na autonomia do direito em relação à política, uma autonomia que não deve ser confundida com total independência (Neves, 2009, p. 11).

Esse processo de várias frentes, que se pode chamar de *secularização do poder*, implica a fundação de um ideal de direito manifesto em leis escritas, gerais e abstratas, preferencialmente organizadas na forma de uma codificação com pretensão totalizante. Esse é o direito voltado à pacificação social e, sobretudo no primeiro momento do constitucionalismo liberal, à proteção do indivíduo em face do império do Estado. A função do direito é, assim, disciplinar a arena política para viabilizar a esfera privada.

As transformações por que passa o constitucionalismo no século XX intensificam o paradoxo nascido com a Modernidade. A flexibilização das fronteiras e o intercâmbio cultural e econômico provocados pela

² Loughlin e Walker (2008) nomeiam o “paradoxo do constitucionalismo” moderno o antagonismo fundamental entre dois imperativos: a soberania popular e a limitação do poder pelas instituições conforme a constituição. Embora o paradoxo deste artigo se refira ao antagonismo entre permanência e mudança, a reflexão dos autores sobre o poder constituinte é um pressuposto lógico para o argumento do trabalho.

globalização sem precedentes aprofundam as diferenças culturais, e a constituição precisa ser capaz de gerir tanto uma crescente demanda pela intervenção estatal no sentido de garantir e *realizar* direitos sociais como uma intensificação da tensão democrática provocada pelo pluralismo cultural e político. A estrutura da constituição, entendida especificamente como seu modelo operativo e linguístico, passa por modificações sensíveis³, que culminam no reconhecimento, por várias propostas teóricas⁴, de tipos normativos diferenciados (e cuja diferença se manifesta na aplicação, primordialmente): as regras e os princípios.

Na medida em que as normas constitucionais ostentam estrutura e natureza inteiramente *sui generis* – por constituírem um canal de diálogo entre política e direito – a plasticidade de sua interpretação ao longo do tempo e a resignificação constante de seu conteúdo levam ao reconhecimento teórico de que *mutações interpretativas* são admissíveis, sem prejuízo da lógica sistêmica, quando um mesmo texto pode originar normas distintas, em virtude da transformação substancial do contexto cultural em que será aplicado. De acordo com essa ideia, é admissível que o tribunal constitucional, por exemplo, em face da mudança social e da passagem do tempo, mude radicalmente seu posicionamento quanto ao sentido atribuído a normas jurídicas, gerando uma descontinuidade na própria jurisprudência. O exemplo do mandado de injunção é paradigmático, e pode-se afirmar ter o tribunal redimensionado sua compreensão do princípio da separação de poderes ao decidir os mandados de injunção nº 670, 708 e 712 em 2007⁵.

Para analisar a questão, este estudo se concentrará especificamente em uma das garantias de segurança previstas na constituição: a coisa julgada. Enfrentando seu conceito, abrangência, função normativa e sua relação com o ideal de permanência, será possível vislumbrar em que medida a flexibilização da coisa julgada pode ser tolerada por força de mudanças na interpretação judicial do direito. Por esse motivo, relaciona-se a coisa julgada com o fenômeno das mutações constitucionais. A fim de situar o problema no âmbito da *praxis* da jurisdição constitucional, a título de ilustração, será discutida a possibilidade do STF desconsiderar coisa julgada sob o argumento de ocorrência de mutação no julgamento da ADPF 153, que versa sobre a recepção da Lei da Anistia.

Coisa julgada e estabilidade da jurisdição: uma manifestação de segurança jurídica

A compreensão da coisa julgada como garantia constitucional e manifestação do ideal de segurança parte de uma reflexão sobre o tempo: de como o direito trata, normativamente, os efeitos do tempo sobre os efeitos jurídicos. A segurança, pensada em sua dimensão dinâmica, se relaciona, portanto, com a certeza de permanência em face da mudança.

O sentido de tempo para a filosofia – e, por consequência, para o direito – tem uma dimensão distinta daquela atribuída ao tempo físico, ou natural. Pensado sob o sentido puramente filosófico, o “tempo é uma instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica” (Ost, 2005, p. 12). Com essa afirmação, Ost quer dizer que, ainda que sintamos sua manifestação objetiva – a passagem do tempo cronológico – “o tempo é, inicialmente, e antes de tudo, uma construção social – e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico” (Ost, 2005, p. 12).

Perceber o tempo como uma manifestação da subjetividade humana é, de certa forma, entender o homem como “senhor” dos seus efeitos, notadamente quanto aos objetos culturais. A cultura que se faz e se resignifica com a transformação histórica, inserida na temporalidade, deve ser ela mesma compreendida como construção plástica, mutável, no eterno vir-a-ser. Essa plasticidade da cultura é mediada, no âmbito jurídico, por certas “normas de transição”, que garantem a segurança na mudança, impedindo que a falta de confiança no direito abale seus níveis de eficácia.

Isso se dá porque, como esclarece Ost, o tempo pode ser “temporalizado”: “se podemos ‘dar’ o tempo, modalidade que privilegiamos, podemos igualmente ‘tomá-lo’, ‘passá-lo’, ‘perdê-lo’, ‘encontrá-lo’, ‘matá-lo’, ‘ganhá-lo’, ‘remontá-lo’...”. É por isso que, para o francês, existe uma interação dialética insuperável entre direito e tempo, na medida em que, ao mesmo tempo em que o direito afeta a temporalização do tempo, é o tempo o fator determinante da força coercitiva do Direito (Ost, 2005, p. 13).

O controle jurídico sobre o tempo busca realizar, em última análise, uma pretensão de segurança. Nesse

³ Também é possível refletir sobre a transformação da constituição no plano simbólico, no que se refere especificamente às funções que a carta constitucional pode desempenhar na retórica política. Barroso menciona a aptidão da constituição para “mobilizar o ideário social”, enquanto Neves realiza um estudo sociológico sobre o déficit normativo da constituição pelo seu esgotamento semântico a partir do seu uso inflacionário na área política e jurídica (cf. Neves, 2007; Barroso, 2005, p. 4).

⁴ Os exemplos de Ronald Dworkin e Robert Alexy são paradigmáticos e têm influenciado a teoria constitucional no Brasil de forma determinante (cf. Dworkin, 2014; Alexy, 2011).

⁵ As ações versam sobre a omissão legislativa na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

sentido, a vigência legal, salvo exceções, não tem um lapso temporal predefinido, havendo uma presunção de permanência fictícia que permite a criação de uma base de confiabilidade entre sujeito e Estado/legislador. O cerne do ideal da segurança jurídica é, pois, a confiabilidade. A palavra “confiabilidade” deve ser entendida, como esclarece Ávila, “como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis” (Ávila, 2012, p. 130). A nota da juridicidade é justamente a segurança que as normas podem oferecer aos sujeitos no regramento de suas relações sociais, uma segurança que é “externa”, na medida em que há todo um aparato estatal organizado para agir em caso de não cumprimento voluntário da norma positivada.

Para o autor, os três “eixos” da segurança jurídica seriam a inteligibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade. A noção de confiabilidade remete justamente à ação do direito no tempo, notadamente quanto à relação entre passado e futuro (Ávila, 2012, p. 345). Em outras palavras, importa resguardar da ação do legislador expectativas legítimas de estabilidade em relação a determinado regime ou regramento jurídico voltado a um fato social específico, estabelecendo-se como regra geral no direito nacional a eficácia não retroativa da legislação superveniente.

A coisa julgada, situada na dimensão da confiabilidade, constitutiva do conceito de direito, pode ser entendida como “Um dos efeitos da sentença, ou como a sua eficácia específica, entendida ela, quer como complexo das consequências que a lei faz derivar da sentença, quer como conjunto dos requisitos exigidos, para que possa valer plenamente e considerar-se perfeita” (Liebman, 2007, p. 3).

A lição de Liebman é esclarecedora, pois estabelece uma das características da jurisdição: a definitividade. Certo que o processo judicial deve se desenrolar no tempo, é necessário que tenha uma conclusão, dentro de uma “razoável duração” que não comprometa sua efetividade. A cognição não pode, portanto, ser uma atividade interminável, sob pena de o processo perder sua função instrumental relativamente ao direito material. Rigorosamente, só os atos jurisdicionais são “susceptíveis de se tornar imutáveis”, característica própria da coisa julgada, definida por Dinamarco *et al.* (2013, p. 160) como “a imutabilidade dos efeitos de uma sentença, em virtude da qual nem as partes podem repropor a mesma demanda em juízo ou comportar-se de modo diferente daquele preceituado, nem os juizes podem voltar a decidir a respeito”.

Liebman (2007, p. 40) discorda desta definição, pois parte da distinção entre imperatividade e imutabi-

lidade da sentença. Para o italiano, o trânsito em julgado não é condição para a produção de efeitos do ato decisório, na medida em que a sentença “é imperativa e produz todos os seus efeitos ainda antes e independentemente do fato da sua passagem em julgado”. Não é a coisa julgada, para o italiano, um efeito da sentença, mas a condição de sua estabilização no tempo.

É instituto tipicamente processual, na medida em que só os atos jurisdicionais são “susceptíveis de se tornar imutáveis” (Dinamarco *et al.*, 2013, p. 160). Uma vez perfeita, a coisa julgada tem a autoridade de impedir a reanálise do objeto litigioso, independentemente do que venha a acontecer (ou ser produzido no âmbito legislativo). A lide, portanto, é resolvida, ainda que permaneça um estado de inconformação de uma ou ambas as partes.

A proteção da coisa julgada alcança duas dimensões. Uma que se pode definir como endoprocessual, pois diz respeito aos efeitos da sentença em relação ao processo enquanto relação processual organizada pelo procedimento: é a coisa julgada formal. Cada relação processual que se desenvolve por meio de uma sequência ordenada de atos necessita de um fim, simbolizado pela sentença que impede a continuidade permanente do litígio nessa relação processual específica. Nesse sentido, a sentença faz coisa julgada formal para representar o fim oficial de determinado processo. A outra dimensão, coisa julgada material, alcança o conteúdo da decisão na qualidade de norma concreta e diz respeito à imutabilidade da própria resolução do mérito do litígio proferida pelo Poder Judiciário, a decisão que resolve a lide, portanto, ao enfrentar o direito material.

A distinção processual entre coisa julgada material e coisa julgada formal diz respeito, assim, à análise de mérito: enquanto a coisa julgada formal é a definitividade do provimento jurisdicional que põe fim a determinado processo, sempre vindo a ocorrer quando findo um procedimento, a coisa julgada material é a definitividade de um provimento de mérito, onde foi avaliada a lide, e nem sempre ocorre, só alcançando o dispositivo da sentença. Essa distinção é fundamental, pois a extinção sem resolução de mérito – que faz coisa julgada formal, mas não material – não impede a renovação do pedido quando superados os vícios que impediram a análise do mérito no processo anterior.

Além de instituto processual, a coisa julgada constitui uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, compondo, por isso, o núcleo intangível das cláusulas pétreas. O fundamento para a hierarquia constitucional diferenciada atribuída à garantia da coisa julgada é a sua relação com a segurança jurídica, uma condi-

ção constitutiva do Estado Democrático de Direito. Ao garantir a imutabilidade da decisão, a coisa julgada estabiliza o conflito, definindo direitos e obrigações que estão aptos a ser exigidos. O futuro, assim, ainda que aberto a mudanças e transformações significativas no direito legislado, não poderá atingir aquela situação jurídica já consolidada a partir do comando estatal simbolizado pela sentença imutável⁶: a coisa julgada é, por essa razão, uma imunidade contra o potencial destabilizador do tempo.

Segundo Néry Jr. e Néry (2013, p. 224), apenas a coisa julgada material é alcançada pela disposição prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. Tem-se que “ao juiz é vedado decidir contra decisão anterior acobertada pela coisa julgada material”, na medida em que “a sentença tem força de lei nos limites da lide (CPC 468)”. A autoridade da coisa julgada válida é, com a ressalva das hipóteses previstas para a ação rescisória, absoluta, gerando uma vedação normativa quanto à provocação e ao exercício da função jurisdicional. O artigo 5º, interpretado sistematicamente, concilia a inafastabilidade do controle jurisdicional com a coisa julgada, que se apresenta como um dos limites ao pleno acesso à jurisdição. O acesso à jurisdição é inafastável, desde que não haja coisa julgada já formada sobre o objeto litigioso, uma vez que, nesse caso, já houve um pronunciamento oficial que simboliza a própria garantia de acesso ao Poder Judiciário. Importa saber, para os propósitos desta análise, se (e em que medida) as características e os efeitos da coisa julgada são distintos no âmbito do processo constitucional.

No controle de constitucionalidade abstrato e concentrado têm-se o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da coisa julgada como manifestações da natureza do controle exercido, de forma exclusiva, pelo Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião último da autoridade constitucional. Tais características, expressas no artigo 102, § 2º da Constituição Federal de 1988, constituem uma verdadeira ampliação dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada nessas ações, tratando-se, assim, de elementos indicativos de uma natureza distinta.

É preciso distinguir, como categorias distintas, a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante da decisão tomada pelo tribunal constitucional no controle de constitucionalidade. A eficácia *erga omnes* pode ser entendi-

da como uma ampliação subjetiva dos efeitos da coisa julgada para além das partes do processo. Enquanto a eficácia *erga omnes* indica uma certa semelhança entre a sentença oriunda do controle de constitucionalidade e a lei, no que tange à generalidade de seus efeitos, o efeito vinculante refere-se à autoridade da decisão relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, que devem guardar respeito à decisão, ainda que não tenham participado diretamente do processo, sendo expressão da própria autoridade e hierarquia diferenciada do tribunal constitucional. O Poder Legislativo não fica adstrito à decisão da corte, podendo legislar em sentido contrário sem que tal atitude configure uma postura inconstitucional. Do mesmo modo, o STF tem entendido não haver autovinculação, de modo que o tribunal pode se manifestar em sentido contrário no futuro, não havendo uma imposição normativa de respeito à própria jurisprudência⁷.

Percebe-se, portanto, que a coisa julgada no âmbito da jurisdição constitucional e, mais especificamente, no controle abstrato de constitucionalidade possui características próprias, dada a natureza objetiva do processo constitucional, com *causa petendi* aberta, no qual as partes – autor e réu, por assim dizer – não atuam em defesa de interesse próprio, mas na preservação da sanidade normativa do sistema, por meio da exclusão expressa de normas tidas por inválidas ou incompatíveis com a constituição. Nesse panorama, é possível dizer que se agrega ao sentido tradicional de coisa julgada: (a) sua *eficácia geral*, porque é sentida para além das partes do processo, como se a sentença lei fosse, e (b) seus *efeitos vinculantes*, porque a autoridade da sentença alcança o Poder Judiciário como um todo, bem como os órgãos componentes da estrutura administrativa do Poder Executivo.

A abrangência da coisa julgada material no controle abstrato de constitucionalidade depende da definição precisa do objeto litigioso do processo. No caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), o objeto do processo há de ser a compatibilidade material e/ou formal de norma não impugnável pela via da ADIN ou ADC com a constituição federal, como, por exemplo, das normas infraconstitucionais produzidas de forma válida e em momento anterior ao advento da nova ordem constitucional. A apreciação do

⁶ Ávila chama atenção para um aspecto relevante concernente ao Direito Tributário: o possível conflito entre a coisa julgada individual decorrente de um processo onde a constitucionalidade da lei é avaliada de forma difusa e a coisa julgada temporalmente posterior, decorrente do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Sendo uma relação continuativa, a coisa julgada posterior não afeta o passado, que se estabiliza, mas pode transformar o futuro, pois a obrigação de pagar o tributo se reconstitui continuamente. Desse modo, a coisa julgada formada pelo STF teria o condão de desobrigar, para o futuro, mesmo havendo coisa julgada anterior no sentido de afirmar a obrigação (cf. Ávila, 2012, p. 360).

⁷ Zaneti Jr. (2015, p. 25) defende uma teoria normativa dos precedentes na qual a vinculação aos próprios precedentes se manifesta como um “elemento de estabilidade dos ordenamentos jurídicos”, na medida em que garante coerência. O autor chama esse efeito de vinculação horizontal.

fenômeno da *recepção* constitucional, portanto, constitui um dos objetos possíveis da ADPF, cuja aplicabilidade é residual relativamente às ações de controle de constitucionalidade estrito, ADIN e ADC.

Pela análise da *recepção*, avalia-se se o teor da norma a ser recebida é compatível com o novo fundamento sistêmico de validade, a constituição. Caso haja conflito, conclui-se não ter a norma infraconstitucional tido sua vigência perpetuada pela constituição, de modo que é considerada inoperante, não sendo apta à produção de efeitos. O objeto litigioso não é a avaliação da potencial nulidade da norma, mas de sua recepção pela nova ordem constitucional, uma vez que a ruptura da ordem constitucional traduz a ficção jurídica de recriação do ordenamento a partir de um novo fundamento de validade, de modo que as normas temporalmente anteriores à nova carta constitucional e com ela incompatíveis são simplesmente excluídas do sistema, como se não mais existissem. Na avaliação da recepção, não se tem uma sentença de natureza constitutiva, mas meramente declaratória.

A coisa julgada material oriunda do controle de constitucionalidade abstrato, ainda que tenha características próprias, não tem sua natureza jurídica radicalmente modificada, inexistindo no direito constitucional positivo qualquer indicativo que autorize uma interpretação nesse sentido. A autoridade do dispositivo que transita em julgado há de ser absoluta se validamente produzido, inviabilizando a renovação da demanda com o mesmo objeto. Uma relativização da coisa julgada material em relação ao órgão de cúpula do Poder Judiciário implica uma desconstrução do próprio sentido de imutabilidade própria da garantia constitucional representada no artigo 5º, inciso XXXVI da CF/88, que é, em última análise, uma garantia da norma contra os efeitos desestabilizadores do tempo. Coisa julgada não imutável não é, por assim dizer, coisa julgada. Resolvido o mérito, não tem o Poder Judiciário, mesmo que representado pelo seu órgão de cúpula, autorização constitucional para voltar a decidir a questão, na medida em que a coisa julgada é uma garantia do processo e em face do processo.

É preciso investigar se uma transformação absoluta da norma pela atualização hermenêutica do texto legal teria (ou justificaria) o poder de afastar a coisa julgada no âmbito do controle de constitucionalidade, sob o argumento da realização de determinado valor caro à ordem constitucional, conforme a opinião geral favorável a um rejuízo da recepção da lei da anistia sustenta. Haveria no fenômeno da mutação um efeito transformador tão importante a ponto de justificar uma flexibilização da segurança jurídica?

Reflexões sobre a linguagem e racionalidade jurídica: as mutações constitucionais

Hsü Dau-Lin, em monografia paradigmática sobre o tema das mutações constitucionais, atenta para o papel de Laband e Jellinek nas primeiras definições sobre o seu sentido e sua função na teoria constitucional. Os teóricos indicam a existência de um aspecto dinâmico do fenômeno constitucional que, muitas vezes, entra em descompasso com a dimensão estável das constituições escritas: o seu texto.

A temática das mutações representa um aspecto próprio das constituições rígidas, na medida em que se refere à positividade temporal e espacialmente delimitada de uma constituição escrita, cuja reforma e modificação é dificultada por normas mais exigentes (Dau-Lin, 1998, p. 45). Enquanto o texto positivado permanece estável, o sentido a ele atribuído ou as circunstâncias de sua aplicação transformam-se a ponto de implicar uma verdadeira *reforma informal* do conteúdo constitucionalmente protegido. Dita reforma, mediada pelo processo interpretativo, constituiria a mutação.

As mutações seriam, assim, fruto de uma tensão ou incongruência entre o texto legal e a expectativa/ideal normativo a ele agregado. Nesse sentido, enquanto o texto permanece “fixo”, as circunstâncias e necessidades de aplicação da constituição se modificam, exigindo uma transformação interpretativa que atualize os dispositivos constitucionais: daí surgem as chamadas *mutações mediante interpretação* (Dau-Lin, 1998, p. 45). Para o autor, é possível identificar quatro categorias: (a) *mutações mediante uma prática estatal que não viole formalmente a constituição*; (b) *mutação em razão da impossibilidade de exercício de direitos constitucionalmente previstos*; (c) *mutação mediante uma prática estatal contrária às disposições da constituição*; (d) *mutação mediante interpretação* (Dau-Lin, 1998, p. 31). Na quarta categoria, que interessa a esse estudo, tem-se o papel decisivo do intérprete na (re)construção dinâmica das normas constitucionais quando o texto não mais se mostra adequado à realidade social.

A existência de uma assimetria entre realidade e constituição escrita é a nota característica do fenômeno da mutação constitucional. Como modalidade de reforma informal da norma, as mutações permitem uma adaptação do texto constitucional à mudança, sem que seja necessária uma ruptura no direito positivo. Entre as principais críticas ao conceito, está a ausência de controle sobre o resultado do “esforço atualizador” do intérprete, conforme salientam Arzate e Esquivel

(2012, p. 201). Por não estarem inscritas no “contexto normativo” do Estado, as mutações precisam superar o questionamento sobre a legitimidade política de uma “atualização sem regra ou parâmetro de controle”.

O conceito de mutação manifesto por Dau-Lin é coerente com os textos de Grau sobre interpretação e aplicação da constituição, em especial quanto à distinção entre texto e norma e ao papel do juiz na tarefa de construção do direito (2014, p. 25)⁸. Para Grau, “os juízes completam o trabalho do autor do texto normativo. A finalização desse trabalho é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto (a norma) a partir de um primeiro texto (a Constituição, uma lei, um regulamento ou um regimento)”.

A oposição entre a dimensão legislativa e a dimensão normativa condiz com a ideia de que cabe à sentença materializar a interpretação *autêntica* do direito, na medida em que interpretar consiste em realizar uma atividade constitutiva, “decisiva, embora não discricionária”. Referindo-se a Müller, Grau define o momento da construção do direito, pelo intérprete, “no decorrer do processo de concretização”, isto é, de sua revelação concreta pelo juiz, de modo que, enquanto o Poder Legislativo produz o texto, instituindo a disposição, o Poder Judiciário constrói (e realiza) a dimensão normativa ao proferir a norma de decisão (sentença) aplicável ao caso concreto. A interpretação, então, como ato e *práxis*, ocorre no momento da aplicação, inexistindo uma cisão completa entre as duas operações.

A ideia de interpretação como ato constitutivo que ocorre no momento da aplicação do direito pelo intérprete autêntico parece indicar que as mutações constitucionais não apenas são possíveis e toleráveis, como fazem parte do próprio modo de ser do fenômeno jurídico. A noção de temporalidade indicada por Grau vai ao encontro do sentido de interpretação apresentado por Gadamer em sua obra filosófica, como indica o autor brasileiro. O influxo do tempo e a limitação interpretativa representada pelo horizonte de pré-compreensão do intérprete estão, no direito, presentes do momento da criação legislativa à aplicação judicial. O fenômeno jurídico, em sua integralidade, é um objeto histórico que se faz no tempo.

O desvelar do sentido da norma pela linguagem, para além de um esforço de atualização textual, como indica o conceito de mutação, é o próprio movimento da interpretação e está presente em qualquer ato de

cognição do objeto jurídico, mesmo quando não se observa, pelo menos na aparência, um descompasso entre texto e expectativa normativa. “Atualizar” a norma e adequá-la à realidade social não é um privilégio interpretativo das mutações, mas orienta o fazer hermenêutico como um todo. Ainda que se reconheça a influência inegável do tempo – e das transformações culturais por ele impostas – sobre a interpretação, o direito positivo do Estado de Direito impõe, contudo, alguns cuidados relacionados à ideia de segurança.

O papel funcional da legislação no panorama de uma coordenação entre política e direito é a garantia de previsibilidade, um elemento estruturante da noção liberal de Estado, onde o espaço de autonomia privada é condição de possibilidade do desenvolvimento econômico e individual como um todo. Nesse horizonte, ainda que se reconheça que o fenômeno jurídico se manifesta como linguagem – em seus múltiplos momentos – o espaço interpretativo é delimitado, de antemão, pela objetividade da lei positivada, materializada no texto. Há, assim, um limite à aceitação teórica da mutação constitucional ou de seu uso irrestrito como *ratio decidendi*: este limite é apresentado pela própria lei válida, de modo que o principal obstáculo ao recurso às mutações deve ser a imposição da validade da lei. Admitir uma mutação *contra legem* é, nesse sentido, sustentar uma hierarquia entre Legislativo e Judiciário, com prevalência deste, o que parece insustentável na ordem constitucional brasileira.

A ocorrência de mutações, embora desejável em certa medida, por permitir uma abertura da ordem jurídica à contingência, encontra limitações decorrentes da própria natureza da lei enquanto manifestação de um poder de império. Há uma dimensão objetiva do texto legal que permanece inalterável, sob pena de esgotamento do princípio da separação de poderes e da preservação da autoridade legislativa. Grau (2014, p. 18) indica a importância da dimensão legislativa, ao mencionar que o discurso de banalização dos princípios jurídicos sob o argumento da realização da justiça coloca a racionalidade formal do direito em risco, ao permitir ao Poder Judiciário “a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste”.

Não obstante essa ideia esteja presente nos escritos de Grau, a figura das mutações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda se mostra incerta no que se refere aos limites da liberdade de atualização do texto pelo intérprete autêntico. A incerteza fica evi-

⁸ Para além do interesse estritamente acadêmico, o pensamento de Grau importa a este estudo por ter sido o relator da ADPF 153, onde proferiu voto favorável à recepção da Lei da Anistia (cf. Grau, 2014, p. 25).

dente quando se depara com a discussão encontrada nos autos da Reclamação 4.335-5, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, onde foi abordada a necessidade de participação do Senado para a suspensão da eficácia de lei tida por inconstitucional no controle difuso⁹. Embora Grau entenda haver limites à interpretação decorrentes da própria materialidade do texto legislado, em seu voto, reconhece a existência de uma mutação *contra legem*, pois conclui pela desnecessidade de participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso para que se conceda eficácia *erga omnes* às decisões tomadas pelo STF. Neste exemplo, tem-se uma verdadeira incongruência entre o entendimento teórico do ex-ministro e sua atuação como “intérprete autêntico” da constituição.

É possível, utilizando o pensamento do autor contra sua própria prática, trazer o seu questionamento para enfrentar a reflexão principal deste trabalho: “onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido”? O conteúdo normativo da coisa julgada contempla, na qualidade de cláusula de exceção, as mutações como razão suficiente para descon sideração da imutabilidade da decisão judicial?

A resposta parece ser forçosamente negativa. Isso porque, muito embora a normatividade constitucional manifesta nos textos positivados permaneça aberta à mudança, os critérios argumentativos da decisão constituem uma *ratio* que, enquanto manifestação de um saber científico, pretende fundamentação. O direito, para ser racional, precisa seguir critérios metodológicos para a formulação das decisões concretas, sob pena de casuismo, ainda que se reconheça a prevalência de pré-conceitos e valorações históricas que atuam sobre a compreensão dos intérpretes. Nesse sentido, embora os pré-conceitos existam, o intérprete os utiliza como pontos na cadeia argumentativa onde se busca uma definição lógica das razões pelas quais determinada interpretação pôde ser aplicada. Esse caráter racional, lógico-sistêmico, embora construído no âmbito da temporalidade, tende à universalização, quando é possível vislumbrar que, nas circunstâncias específicas do intérprete, aquela decisão foi motivada adequadamente. Por isso, uma flexibilização da coisa julgada tem como prejuízo manifesto o esgotamento da segurança na forma de uma corrosão da estabilidade própria da jurisdição.

Um caso paradigma: a recepção da lei da anistia

A análise de um caso prático pode ilustrar com maior precisão como o problema teórico da flexibilização da coisa julgada pela ocorrência de mutação constitucional é capaz de gerar um déficit de segurança jurídica no ordenamento. Trata-se da discussão acerca da recepção constitucional da lei da anistia pela ADPF n° 153 pelo Supremo Tribunal Federal. Independentemente do anseio popular, poderia, no plano da técnica jurídica, o Supremo Tribunal Federal reanalisar, em novo processo, a lide decidida na ADPF n° 153, já atingida pela coisa julgada? Para responder a essa indagação, é preciso analisar se a característica referente à imutabilidade absoluta pode ser (ou deve ser) flexibilizada em relação à coisa julgada no processo constitucional.

Instituída pela Lei Federal n° 12.528 de 2011, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) foi criada com “a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8° do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁰, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional” (artigo 1°). Composta por sete membros, a CNV teve por objetivos, dentre outros, “esclarecer fatos e circunstâncias dos casos de graves violações a direitos humanos” praticadas no período da ditadura militar no Brasil, e, em especial, “promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior” (artigo 3°, inciso II).

O principal resultado do trabalho investigativo promovido pela comissão foi a publicação, em dezembro de 2014, de relatório em três tomos, no qual são publicizadas as informações e esclarecimentos obtidos pelos conselheiros. No terceiro volume do relatório, são descritas as circunstâncias da morte de 434 vítimas da ditadura militar, concluindo o documento que, no período do estado de exceção, as forças armadas brasileiras “levaram a violação sistemática dos direitos humanos à condição de política estatal” (Brasil, Comissão Nacional da Verdade, Tomo I, p. 16).

A revelação de informações detalhadas sobre a prática da tortura e o ocultamento dos cadáveres das ví-

⁹ Mendes (2004, p. 149-168) defendeu a tese do esgotamento do papel do Senado no controle de constitucionalidade através de artigo.

¹⁰ Art. 8°. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo n° 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei n° 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

timas acabou por reavivar a discussão jurídica e política acerca da lei da anistia¹¹ e de sua recepção pela ordem constitucional vigente. Dando nome, rosto e biografia aos desaparecidos políticos e aos responsáveis pelo seu desaparecimento, pôde a CNV realizar mais que um trabalho de esclarecimento sobre mortes pontuais ao promover verdadeira narrativa histórica impregnada de realidade que ressignifica e redimensiona o papel do Estado e de seus agentes na perseguição política à dissidência ideológica no período da ditadura militar.

Com a publicação do documento oficial, ao mesmo tempo em que crescem os discursos favoráveis à punição dos responsáveis pelas práticas de violação aos direitos fundamentais, sob o argumento da imprescritibilidade dos crimes praticados contra a humanidade, tem-se a defesa da estabilidade da coisa julgada decorrente do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153, na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu ser compatível a lei da anistia em face da constituição, declarando, em termos peremptórios, sua recepção.

Considerando a substancial alteração na composição da corte e a observação de uma tendência, na práxis da jurisdição constitucional brasileira, ao ativismo (e protagonismo) judicial, as discussões sobre a possibilidade jurídica de um rejuízo da lei da anistia não se limitam, hoje, à opinião leiga e difusa, mas alcançam os próprios ministros da corte constitucional, especialmente após o julgamento do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)¹² em 24 de novembro de 2014. Em decisão posterior ao julgamento da ADPF nº 153, a CIDH condenou o Brasil a realizar as investigações e determinar a punição dos culpados pelo desaparecimento e morte de presos políticos na ditadura brasileira, ignorando, portanto, a autoridade da decisão doméstica.

Há, portanto, um claro descompasso histórico (e, também, hermenêutico) entre essas duas frentes: de um lado, a postura conciliatória pró-anistia irrestrita assumida pela assembleia constituinte de 1987/1988¹³, reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal em 2010, e, de

outro, o discurso pelo fortalecimento do direito à memória – com a correlata persecução penal dos responsáveis pelas violações sofridas no passado próximo – materializado no julgamento da CIDH e pela instituição da CNV, com a consequente publicação de seu relatório.

Esse descompasso acaba por gerar um contexto favorável ao questionamento da decisão tomada pelo STF, seja no que tange à legitimidade política do tribunal para uma última voz sobre o tema, seja no acerto do aspecto estritamente técnico do objeto da sentença. O que está em discussão, neste trabalho, não é a pertinência ou conveniência de uma revisão da anistia em si, mas a possibilidade jurídica da desconsideração da coisa julgada validamente constituída em ADPF (e demais ações voltadas ao controle abstrato de constitucionalidade) já transitada em julgado, o que permitiria uma reanálise, em tese, do mesmo objeto de mérito pelo tribunal constitucional sem que tenha ocorrido qualquer vício processual que nulifique a coisa julgada já formada.

No caso do julgamento da ADPF nº 153, houve efetivo julgamento do mérito, tendo o tribunal se manifestado no sentido da recepção da lei federal nº 6.683 de 1979. A resolução do mérito, no caso, implica a estabilização de todos os potenciais conflitos decorrentes da dúvida sobre a vigência da lei federal e da sua aptidão à produção de efeitos. Superado o questionamento sobre sua adequação constitucional, está a lei questionada resguardada em sua eficácia, não cabendo qualquer renovação da litigiosidade sobre sua incompatibilidade com a ordem constitucional em vigor.

É preciso que se diferenciem, portanto, os efeitos absolutamente vinculantes da coisa julgada, que atinge o próprio tribunal prolator da decisão transitada em julgado, dos efeitos “relativamente” vinculantes da jurisprudência do tribunal constitucional no exercício do controle de constitucionalidade. Se estes efeitos não têm, segundo entendimento do STF, o poder de vincular o próprio órgão de cúpula, na medida em que pode o tribunal, em distintos e posteriores processos, alterar a *ratio decidendi*, a coisa julgada, uma vez formada em relação a determinado objeto em determinada

¹¹ Lei Federal nº 6.683/79, que dispõe, em seu artigo 1º: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.”

¹² O *Pacto de San José da Costa Rica*, celebrado em 1969, foi inserido na ordem jurídica brasileira mediante o depósito da carta de adesão em 25 de setembro de 1992. O decreto legislativo 678 de 1992 formaliza sua internalização. A jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, prevista e estruturada pelo Pacto, foi reconhecida pelo Brasil em 1998, através do decreto legislativo nº 89. A compatibilidade entre a jurisdição constitucional e a jurisdição internacional sobre direitos humanos constitui um viés de análise alternativo para o acerto da sentença da ADPF nº 153. Reservaremos sua análise para outro momento, dados os limites da extensão do presente estudo.

¹³ A partir do estudo de Pilatti (2008), é possível sustentar que o formato *sui generis* da constituinte brasileira de 1987 contribuiu para uma continuidade institucional e política, ainda que no contexto de uma redemocratização. A assembleia congressual criou um ambiente favorável à perpetuação de uma tradição de anistia conciliatória, que imuniza o passado não só quanto ao revelar dos fatos, mas também quanto à punição de eventuais responsáveis pelos excessos cometidos.

relação processual, é absolutamente intangível, porque decorre da incidência da segurança jurídica como cláusula (e garantia) fundamental, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88.

A discussão acerca dos limites objetivos do efeito vinculante é especialmente importante para os propósitos deste trabalho. Importa saber que parte (ou partes) da decisão efetivamente vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e o próprio STF, se apenas o dispositivo ou se também os motivos determinantes da decisão, isto é, o seu fundamento, a interpretação dada pelo tribunal à norma constitucional aplicável à espécie.

Como critérios racionais que motivam a decisão, os fundamentos compõem organicamente a decisão, que precisa ser tomada em seu conjunto, quando fatos, fundamentos e dispositivo constituem uma unidade sistêmica. Nesse sentido, a *ratio decidendi*, assim como o dispositivo, integra a coisa julgada, o que determina a imutabilidade dos efeitos da sentença para aquela questão específica. A vinculação à *ratio decidendi* não implica um engessamento da jurisdição constitucional na forma de uma impossibilidade de mudança, mas reafirma a necessidade de que o tribunal constitucional, para a superação de sua jurisprudência, defina as razões pelas quais a fundamentação anterior precisa ser revista.

Conclusões

A origem do Estado de Direito no panorama das revoluções liberais ocasionou uma dicotomia entre esfera pública e privada como condição de possibilidade da liberdade. O direito que surge desse processo se ampara na noção de que há uma segurança em face do Estado, assim como há uma segurança em face do futuro e da contingência, uma certeza quanto aos efeitos de normas jurídicas construídas no passado.

No âmbito do processo judicial, a coisa julgada representa a manifestação fundamental da segurança, a ponto de o constituinte tê-la inserido no rol das cláusulas pétreas. A jurisdição constitucional, na tarefa de tutelar a unidade sistêmica do ordenamento, traduz anseios, valores, projetos e leituras da constituição em decisões sobre validade normativa, nas quais os critérios decisórios não se limitam a questões puramente formais: a decisão se volta igualmente ao próprio núcleo axiológico que é manifesto na linguagem constitucional. Essa eticidade representada na tarefa do controle de constitucionalidade torna o tribunal constitucional um espaço privilegiado para a mudança e para a projeção e reprojeção de leituras da constituição em disputa na arena política.

Apesar de cognitivamente aberto, o Supremo Tribunal Federal precisa ter sua competência rigorosamente delimitada, sendo ele representação do império estatal. É preciso que sejam traçados de forma clara os limites dentro dos quais o tribunal pode inovar, transformando o sentido do direito pela interpretação viva no tempo. Esses limites apontam, como mostram Clève e Lorenzetto (2015, p. 137), para os próprios direitos e garantias fundamentais, como a coisa julgada. Assim, embora se reconheça a possibilidade das mutações constitucionais sem prejuízo de uma cientificidade rigorosa do direito, conclui-se pela necessária prospectividade dos efeitos das decisões fundamentadas em mutações, a fim de que o passado possa ser resguardado. Por essa razão, analisando o caso específico da ADPF nº 153, conclui-se pela impossibilidade de um rejuízo, dando-se por superada a questão da recepção constitucional da lei da anistia.

Referências

- ALEXY, R. 2011. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 669 p.
- ÁVILA, H. 2012. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 728 p.
- ARZATE, E.U.; ESQUIVEL, G.A.C. 2012. Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional. *Revista de Derecho*, 38:196-224.
- BARROSO, L.R. 2005. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, 240:1-42.
- BRASIL; COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. 2014. *Relatório*. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf. Acesso em: 23/12/2015
- CLÉVE, C.M.; LORENZETTO, B.M. 2015. Mutações constitucionais e segurança jurídica: entre permanência e mudança. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 7(2):136-146. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2015.72.04>
- DAU-LIN, H. 1998. *Mutación de la constitución*. Onati, Instituto Vasco de Administración Pública, 183 p.
- DINAMARCO, C.R.; CINTRA, A.C. de A.; GRINOVER, A.P. 2013. *Teoria Geral do Processo*. 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 398 p.
- DWORKIN, R. 2014. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 568 p.
- GRAU, E.R. 2014. *Por que tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 176 p.
- LIEBMAN, E.T. 2007. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed., São Paulo, Forense, 211 p.
- LOUGHLIN, M.; WALKER, N. 2008. *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*. Oxford, Oxford University Press, 375 p.
- <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199552207.001.0001>
- MENDES, G.F. 2004. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Direito Público*, 1(4):5-31. <http://dx.doi.org/10.11117/22361766.04.01>
- NÉRY JÚNIOR, N.; NÉRY, R.M. de A. 2013. *Constituição Federal comentada*. 4ª ed., São Paulo, RT, 990 p.

- NEVES, M. 2009. *Transconstitucionalismo*. São Paulo, Martins Fontes, 358 p.
- NEVES, M. 2007. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo, Martins Fontes, 358 p.
- OST, F. 2005. *O tempo do direito*. Bauru, EDUSC, 409 p.
- PILATTI, A. 2008. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 334 p.
- RÜCKERT, J. 2006. Friedrich Carl Von Savigny, the legal method and the modernity of law. *Juridica International*, 11:55-67.
- ZANETI Jr., H. 2015. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador, Juspodium, 427 p.

Submetido: 06/07/2015

Aceito: 14/10/2015