

# INCONSTITUCIONALIDADE CIRCUNSTANCIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA: ANTIGOS PROBLEMAS, NOVAS ROUPAGENS

## CIRCUMSTANTIAL UNCONSTITUTIONALITY IN PANDEMIC TIMES: OLD PROBLEMS, NEW CLOTHING

Wagner Vinicius de Oliveira<sup>1</sup>  
Almir Megali Neto<sup>2</sup>  
Robson Gonçalves Valadares Filho<sup>3</sup>

**Resumo:** o objetivo central deste artigo é analisar o chamado fenômeno da inconstitucionalidade circunstancial enquanto método para pensar a normatividade e aplicabilidade da Constituição no contexto da pandemia de Covid-19. Para tanto, esse trabalho utiliza o método dedutivo e descritivo combinados com a pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, na perspectiva teórica, para sustentar a existência de antigos problemas, com novas roupagens. Os resultados confirmam a hipótese de incompatibilidade prática e teórica entre os pressupostos do fenômeno da inconstitucionalidade circunstancial e o constitucionalismo vivo adotado como ponto de partida. Em um segundo momento, buscou-se apontar, a partir do marco da Teoria Crítica da Constituição, que a abordagem da relação entre Direito e Estado, levada à cabo pela inconstitucionalidade circunstancial, reproduz o mesmo dualismo metodológico de uma teoria tradicional da constituição.

**Abstract:** the central goal of this article is to analyze the phenomenon of circumstantial unconstitutionality as a method of thinking Constitution's normativity and applicability in the context of the Covid-19 pandemic. For it, this paper uses the deductive and descriptive method combined with national and foreign bibliographic research, in the theoretical perspective, to support the existence of old problems with new clothing. The results confirm the hypothesis of practical and theoretical incompatibility between the assumptions of the phenomenon of circumstantial unconstitutionality and the living constitutionalism that is taken as its starting point. In a second step, it was sought to point out, from the framework of critical constitutional theory, that the approach of the relation between Law and State deployed by circumstantial unconstitutionality reproduces the same methodological dualism of a traditional constitutional theory.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade circunstancial. Pandemia de Covid-19. Teoria constitucional.

---

<sup>1</sup> Doutorando em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (Teorias Jurídicas Contemporâneas - Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7878120675568536>. Contato: [oliveirawagnervinicius@gmail.com](mailto:oliveirawagnervinicius@gmail.com).

<sup>2</sup> Doutorado em andamento em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9145941939338077> Contato: [almir\\_megali@hotmail.com](mailto:almir_megali@hotmail.com)

<sup>3</sup> Mestrado em andamento em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1554704394776215>. Contato: [rg.valadaresf@gmail.com](mailto:rg.valadaresf@gmail.com)

**Keywords:** Circumstantial unconstitutionality. Covid-19 pandemic. Constitutional theory.

**DATA DE RECEBIMENTO:** 09/10/2020

**DATA DE APROVAÇÃO:** 27/05/2021

## INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19 oferece um ambiente propício à reflexão sobre a capacidade do Direito em lidar com as necessidades da sociedade e do Estado em um cenário de crise econômica e sanitária. No debate público nacional, nesses tempos de pandemia, a proposta de inconstitucionalidade circunstancial (IC) parece agradar aqueles que acreditam que em momentos tais como este o Direito deveria ser operado de maneira distinta dos tempos de normalidade.

Seus defensores apostam na existência de uma constituição real para além da existência de uma constituição formal tendo como fundamento para tanto a corrente teórica do constitucionalismo vivo, própria do debate constitucional estadunidense. Tudo isso para defender a tese de que, em momentos de anormalidade político-institucional, um ato normativo infraconstitucional ou um ato do poder público considerados constitucionais em momentos de normalidade seriam inconstitucionais quando contrastados com as necessidades do momento de excepcionalidade.

Diante deste cenário, este artigo se dedica a estudar criticamente o fenômeno da IC em duas dimensões, aqui denominadas dimensão interna e dimensão externa. Do ponto de vista interno, a tarefa recairá na tentativa de vislumbrar se a IC é coerente com os pressupostos teóricos do constitucionalismo vivo de David Strauss e Aileen Kavanagh assumidos pelos seus defensores para tentar justificá-la. Do ponto de vista externo, a IC será analisada da perspectiva dos debates que marcam o surgimento da Teoria da Constituição como disciplina autônoma no debate europeu-continental de fins do século XIX e início do século XX, a fim de investigar se, de fato, o fenômeno representa uma novidade teórica neste campo de estudo.

Para uma empreitada tal como esta, a primeira seção deste artigo apresenta a IC bem como seus fundamentos teóricos. As seções dois e três são dedicadas ao

estudo do fenômeno do ponto de vista interno. Na seção dois apresenta-se, em termos gerais, o surgimento da corrente teórica do constitucionalismo vivo no debate constitucional estadunidense como alternativa ao originalismo, destacando as distinções entre ambos. Na seção três, ainda na perspectiva interna, as propostas teóricas de Strauss e Kavanagh serão exploradas e distinguidas a fim de vislumbrar se, e em que medida, são compatíveis com a IC.

A seção quatro é destinada ao estudo da IC do ponto de vista externo. Para tanto, adotar-se-á a Teoria Crítica da Constituição de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira como referencial teórico para investigar se o fenômeno em estudo representa uma novidade para lidar com os problemas que se apresentam ao Direito e ao Estado sem cair no mesmo dualismo metodológico de uma teoria tradicional da constituição que ora aposta em uma metodologia estritamente jurídico-normativa, ora aposta em uma metodologia tão somente sociopolítica para enfrentar a relação que se estabelece entre fatos e normas.

A hipótese a ser testada é que o fenômeno da IC não guarda coerência do ponto de vista teórico com os pressupostos por ela mesma assumidos e tampouco expressa uma novidade teórica em relação à teoria tradicional da constituição. Por se tratar de pesquisa eminentemente bibliográfica, a metodologia empregada será a revisão de literatura nacional e estrangeira, utilizando-se do método descritivo-dedutivo para abordar o tema-problema.

## **1 A INCONSTITUCIONALIDADE CIRCUNSTANCIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19**

No contexto da pandemia de Covid-19, emergiu, no debate constitucional brasileiro, a proposta de tentar emplacar o fenômeno da IC (FREIRE *et al.*, 2020). Embora a tese não seja efetivamente nova (BARCELLOS, 2005, p. 231; FERNANDES, 2017, p. 1.431), está sendo particularmente utilizada durante a pandemia como fundamento para algumas ações de controle abstrato de constitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>4</sup>

A IC, tal como defendida em tempos de pandemia, sustenta, basicamente, que situações excepcionais podem tornar inconstitucional determinada norma ou ato

---

<sup>4</sup> Cf. ADI n. 6.359, ADI n. 6.371 e ADI n. 6.379. Cabe registrar que o método da IC não encontrou qualquer tipo de sustentação nessas decisões judiciais.

normativo (novo ou pré-existente) que, em situação de normalidade, não seriam incompatíveis com a Constituição (FREIRE *et al.* 2020). Além do mais, por essa mesma chave de leitura, a omissão do poder público também seria passível de ser declarada inconstitucional quando contrastada com as exigências da situação de excepcionalidade (FREIRE *et al.* 2020). Nesse sentido, veja-se:

Observe-se que, no cerne desse fenômeno, há uma constatação aparentemente confusa, mas real: uma lei pode ser inconstitucional em razão de sua incompatibilidade com a realidade vivida em determinado momento, o que faz com que ela não se amolde ou passe a não mais se amoldar às exigências constitucionais, ainda que momentaneamente. Isso significa que, superada a situação, uma norma pré-existente poderá retomar sua compatibilidade com a Constituição, mas também que uma norma aprovada durante o estado de excepcionalidade poderá passar a ser compatível com ela (FREIRE *et al.*, 2020, p. 01).

Para os defensores da IC, a alteração do parâmetro do controle de constitucionalidade justificar-se-ia como forma de manter a própria força normativa da Constituição (FREIRE *et al.*, 2020, p. 01). Nesse sentido, uma circunstância excepcional seria, genericamente, aquela “grave o suficiente para abalar nações inteiras ou parte relevante delas” (FREIRE *et al.*, 2020, p. 01). Como exemplo, cita-se não só a atual pandemia provocada pelo novo coronavírus, mas também desastres naturais de maneira geral e, ainda, estados de guerra (FREIRE *et al.*, 2020, p. 01).

Afirma-se que a situação fática excepcional exigiria uma atuação eficaz e imediata do Poder Judiciário para identificar e fazer cessar a IC. Sustenta-se que a exigência de manutenção da conformidade das constituições com o seu próprio tempo foi o que deu ensejo às sentenças intermediárias pelos Tribunais Constitucionais mundo afora, identificando-se tal estratégia com um “agir pragmaticamente” (FREIRE *et al.*, 2020, p. 01). Tal pragmatismo decorreria da tentativa de o Judiciário salvaguardar a legislação infraconstitucional da pecha da inconstitucionalidade, mesmo que circunstancial e temporária, reafirmando-se, assim, o caráter contramajoritário das Cortes e Tribunais Constitucionais (FREIRE *et al.*, 2020, p. 01). Em virtude disso, busca-se fundamentar a IC sob o pano de fundo teórico do constitucionalismo vivo:

O fenômeno da inconstitucionalidade circunstancial enfatiza não só ideia de que a Constituição está em vigor, mas também a de que ela está atenta às circunstâncias em seu entorno. Uma vez unidas essas duas ideias, é possível armar que a Constituição não é só transformada de acordo com as necessidades de seu tempo, mas

também pela situação excepcional vivida por seus destinatários. É em razão dessa relevante plasticidade temporal e circunstancial que podemos falar de uma genuína “Constituição viva” (FREIRE *et al.*, 2020, p. 01).

Há, portanto, uma filiação direta da IC à corrente teórica do constitucionalismo vivo, na medida em que seus defensores sustentam a necessidade de que o exercício da função jurisdicional esteja atento aos contextos sociais sobre os quais irá incidir, de modo que as decisões judiciais possam refletir as demandas reivindicadas por tais contextos. Os autores citam como referência a obra de David Strauss (2010) e o trabalho de Aileen Kavanagh (2003). Impõe-se, assim, a necessidade de investigar se a IC é coerente com os pressupostos teóricos assumidos pelos seus defensores. É o que se propõe na próxima seção deste artigo.

## **2 MATRIZES TEÓRICAS DO ORIGINALISMO E DO CONSTITUCIONALISMO VIVO**

No debate constitucional estadunidense, duas correntes teóricas procuram justificar, em termos de legitimidade democrática, qual seria a melhor forma de interpretar a Constituição daquele país. Tratam-se do originalismo e do constitucionalismo vivo. O ponto inaugural e inafastável do originalismo reside na Constituição estadunidense como uma fundação sólida (*rock-solid foundation*). Sua interpretação remeteria juízas e juízes às bases assentadas quando da sua promulgação (STRAUSS, 2010, p. 02), já que as decisões fundamentais dos pais fundadores (*founding fathers*) seriam a expressão pronta e acabada da soberania popular. Em sendo assim, o trabalho das juízas e dos juízes resumir-se-ia à busca das intenções “originais” dos autores da Constituição (KAVANAGH, 2003, p. 63).

A ideia central do originalismo consiste em atribuir às palavras da Constituição o significado que a elas foi atribuído pelos seus autores (STRAUSS, 2010, p. 10). Seu objetivo consiste em garantir segurança jurídica e uniformidade às decisões judiciais. Por esse motivo, a(o) intérprete não pode ser influenciada(o) pelos seus próprios julgamentos sobre justiça ou política social, sob pena de desvirtuar o postulado do *rule of law* (STRAUSS, 2010, p. 45).

Por sua vez, o constitucionalismo vivo fundamenta-se na necessidade de adaptar o sentido da Constituição às transformações políticas e econômicas atravessadas pela própria sociedade estadunidense no decurso do tempo. Essas

transformações repercutiriam, inegavelmente, na compreensão que a própria sociedade estadunidense teria da sua Constituição e, dessa forma, seria preciso saber qual deveria ser o papel das juízas e dos juízes frente a essas mudanças e qual método poderia auxiliá-los na tarefa de atualizar o sentido de uma Constituição vivida por uma sociedade em constante mudança (BALKIN, 2011, p. 279).

Essa adaptabilidade evolutiva, por si só, não autorizaria, como criticam os originalistas, o rompimento com o passado (que permanece em aberto), menos ainda que se possa conferir ao texto qualquer sentido. Esse ponto, em especial, é importante ser destrinchado neste artigo, porque os limites à(o) intérprete são fundamentais na construção teórica do constitucionalismo vivo, tal como feita por David Strauss e Aileen Kavanagh.

### **3 DUAS CONCEPÇÕES DE CONSTITUCIONALISMO VIVO E SEUS LIMITES À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Assentadas as premissas compartilhadas pelas teorias do constitucionalismo vivo, passa-se à análise das propostas citadas para fundamentar a IC. Buscar-se-á, desse modo, compreender a existência de teorias “vivas” com nuances distintas, embora o ponto de partida tanto de David Straus quanto de Aileen Kavanagh seja o mesmo: refutar a compreensão de Constituição do originalismo e avançar na construção de uma proposta de leitura constitucional como um projeto em aberto.

O ponto de partida do constitucionalismo vivo, tal como concebido por Kavanagh, é a indeterminação do texto constitucional. A indeterminação textual da Constituição abre caminho para múltiplas interpretações, mas não valida todo e qualquer tipo de interpretação (KAVANAGH, 2003, p. 62). Apesar da indeterminação, esta não é uma indeterminação semântica e linguisticamente radical. Assim, mesmo as cláusulas abertas do texto constitucional limitam a variedade e o alcance das interpretações que delas se fazem (KAVANAGH, 2003, p. 63).

Kavanagh enfatiza que a mudança rumo ao desenvolvimento do Direito Constitucional carece de uma justificação, ou seja, dependerá de uma razão normativa que, em último grau, fundamentar-se-á em razões morais fortes (2003, p. 69). Pode-se identificar que Kavanagh relaciona a atividade jurisdicional no contexto

do constitucionalismo vivo à moralidade política.<sup>5</sup> Contudo, o Direito é uma prática argumentativa e interpretativa e, por isso, a decisão judicial não pode ser meramente o resultado de uma empreitada do raciocínio moral, e sim produto da interpretação da Constituição como forma de deferir à sua autoridade (KAVANAGH, 2003, p. 70). Assim, as(os) magistradas(os) possuem um papel especialmente diferente das(dos) legisladoras(es) e das(dos) demais agentes políticos eleitas(os): a decisão constitucional verifica a compatibilidade entre norma infraconstitucional e Constituição; as decisões políticas miram o bem-estar social (KAVANAGH, 2003, p. 69-70).

As decisões judiciais vinculam-se à moldura jurídica pré-existente e estão situadas no bojo das estruturas e normas jurídicas que as precedem (KAVANAGH, 2003, p. 70). Nessa toada, “a restrição primária dessa natureza é o texto da Constituição em si e os parâmetros nele inseridos” (KAVANAGH, 2003, p. 70). Veja-se que, considerando-se as diferenças entre a natureza da decisão judicial e a natureza da decisão política, Kavanagh apresenta o limite primário e imediato à jurisdição constitucional dentro da sua compreensão de constitucionalismo vivo: o texto e os padrões (*standards*) normativos contidos na própria Constituição.

Os limites e as restrições constitucionais apontadas por Kavanagh contribuem para delimitar a interpretação do que seria uma constituição viva. Como visto, a autora admite um grau de discricionariedade da(do) intérprete, mas não ilimitado, e que está situado em um quadro institucional-moral mais amplo que, ao mesmo tempo em que garante esse nível de discricionariedade, busca fixar, criteriosamente, obrigações e deveres para que as juízas e os juízes se comprometam com uma interpretação constitucional progressivamente desenvolvida ao longo do tempo, ou seja, “viva”.

Assim, apesar de buscar guarida na moralidade, Kavanagh afirma a importância que os limites por ela identificados exercem no processo jurídico-argumentativo e que dimensionam a própria moralidade:

A existência e a operação dessas restrições são importantes para entender a caracterização da atividade interpretativa aqui avançada, bem como para resgatar a ideia de “Constituição viva” de algumas distorções exageradas. Repetindo: desenvolvimento judicial do Direito Constitucional informado pelo raciocínio moral significa

---

<sup>5</sup> Compreende-se que Kavanagh adota a ideia de adjudicação moralmente robusta que compõe a virada no pensamento de Joseph Raz sobre o raciocínio jurídico nos casos difíceis, que seria uma instância do raciocínio moral.

raciocínio moral de acordo com a Constituição. Não é equivalente à adjudicação moral ilimitada por um Judiciário desgovernado (KAVANAGH, 2003, p. 72).

Tendo em vista as restrições constitucionais, Kavanagh concluirá que o desenvolvimento advogado por uma teoria interpretativa do constitucionalismo vivo tende a ser, exceções à parte, um desenvolvimento “gradual e incremental” (2003, p. 72). Isso se adequa à metáfora da árvore viva, porquanto remete à organicidade do crescimento de suas folhas, troncos e raízes, que é gradual e fragmentado ao invés de repentinamente abrupto (KAVANAGH, 2003, p. 73).

Kavanagh (2003, p. 74) chama a atenção para o fato de que, mesmo quando uma mudança constitucional provocada pelo Judiciário parece ser radical e repentina, em muitos casos ela é fruto de uma construção gradual ao longo do tempo antes de se concretizar na decisão judicial rompedora. De todo modo, é possível uma mudança radical dramática, isto é, provocada não pelo resultado acumulado da prática judicial construída ao longo do tempo, mas por decisões judiciais singulares e inovadoras (KAVANAGH, 2003, p. 74). Isso é importante porque pavimenta o caminho para distinguir três tipos de mudanças radicais que afetam a constituição: (i) mudança radical metodológica; (ii) mudança radical no sistema jurídico; e (iii) mudança radical social.

Em linhas gerais, a mudança metodológica ocorre quando a Corte adota um método interpretativo novo que ainda não havia sido empregado ou quando rejeita expressamente um método recorrentemente utilizado até então (KAVANAGH, 2003, p. 74). A mudança de sistema compreende uma mudança substantiva nos princípios que sustentam o ordenamento jurídico como um todo (KAVANAGH, 2003, p. 74). Por fim, a mudança social radical provoca fortes impactos nas relações e crenças sociais (KAVANAGH, 2003, p. 74). A autora defende que a possibilidade de mudanças singulares genuinamente radicais não afeta a mudança gradual e orgânica que, para ela, é a mais característica das mudanças constitucionais pela via da interpretação judicial (KAVANAGH, 2003, p. 75).

Essa afirmação lança uma espécie de dinâmica temporal sobre o constitucionalismo vivo, em Kavanagh, que resulta em uma dificuldade à urgência clamada pela IC. Mesmo que se admita essa possibilidade de mudança, o que justificaria uma mudança radical em meio à pandemia? Qual a natureza da mudança

radical que a IC pretende lançar? Esses são desafios que emergem como óbice ao arcabouço teórico então mobilizado pela IC.

À primeira vista, uma pandemia parece enquadrar-se como uma mudança radical social. No entanto, diferentemente do caso *Brown vs. Board of Education*, no qual se afirma que a decisão da Suprema Corte estadunidense causou impactos na transformação das relações sociais raciais, a IC traz o impacto social externo da pandemia para dentro da adjudicação e da interpretação constitucional, operando um movimento de causalidade inverso.

Esse movimento contrário também é alvo das preocupações de Kavanagh com as possíveis objeções à sua concepção de constitucionalismo vivo. Com a intenção de investigar se as juízas e os juízes devem responder às mudanças sociais em suas decisões (ou seja, o movimento inverso acima mencionado, de fora para dentro), Kavanagh (2003, p. 80) apresenta a distinção majoritária em duas formas de interação entre constitucionalismo vivo e mudanças na sociedade: (i) no ambiente social propriamente dito (progresso científico, desenvolvimento econômico, medicinal) e (ii) nos valores morais de determinada sociedade.

Nesse sentido, haveria ampla aceitação – tanto dos adeptos quanto dos críticos do constitucionalismo vivo – do primeiro tipo de mudança, e uma resistência ao segundo, pois, ao passo em que mudanças no ambiente social não mudam o sentido da norma constitucional e dos conceitos jurídicos, o rastreamento de mudanças nos valores morais levaria à alteração substancial das bases que fundamentam essas mesmas normas e conceitos (KAVANAGH, 2003, p. 82). Em outras palavras, no primeiro caso, o intérprete “aplica um termo cujo significado não se altera com as mudanças das circunstâncias do mundo” (KAVANAGH, 2003, p. 81), o que explica a maior aceitação, inclusive por parte de originalistas.<sup>6</sup>

Kavanagh se opõe a essa divisão, questionando os critérios de aceitação para a causalidade das relações no ambiente social ao mesmo tempo em que se resiste à causalidade no campo dos valores morais socialmente localizados. Para a autora, em ambos os casos, há uma mudança no Direito Constitucional, pois, na medida em que o Judiciário aplica ou estende normas jurídicas constitucionais a novas circunstâncias sociais, estabelece-se uma nova regra na ordem constitucional

---

<sup>6</sup> Exemplo utilizado pela autora para ilustrar essa mudança é a extensão da aplicabilidade da liberdade de expressão às manifestações realizadas por meio de novos recursos tecnológicos, como *e-mail* e televisão.

que era, até então, inexistente (KAVANAGH, 2003, p. 83). Por esse motivo, “não é verdade dizer que tais decisões não geram mudança no Direito Constitucional, enquanto a aplicação de termos morais gera” (KAVANAGH, 2003, p. 83).

Nesse ponto, as objeções práticas e teóricas aduzidas por Kavanagh em defesa das mudanças morais e sociais parecem socorrer o fenômeno da IC. Um defensor da ideia poderia afirmar que as mudanças causadas pela situação de pandemia – uma situação da vida social com contornos médicos, sanitários e econômicos – enquadram-se justamente na categoria amplamente aceita de aplicação das normas constitucionais aos novos fenômenos sociais, na qual a relação de causalidade é de fora para dentro, embora os efeitos jurídicos da decisão sejam produzidos fora dos tribunais. Poder-se-ia alegar que isso é exatamente uma mudança no Direito Constitucional que revela sua vivacidade e seu desenvolvimento dinâmico. Porém, essa formulação seria pouco rigorosa e não sustentaria a IC como filiada ao constitucionalismo vivo, conforme tentar-se-á demonstrar na sequência.

Em primeiro lugar, cabe pontuar que a IC cede, em muito, na normatividade que permeia a interpretação viva da forma elaborada por Kavanagh. Ainda que se admita, para fins argumentativos, que mudanças no ambiente social e moral podem ser incorporadas pela interpretação jurídica na aplicação de normas constitucionais, disso não se extrai a possibilidade de ignorar texto, parâmetros decisórios e a autoridade da própria Constituição (na concepção raziana que embasa a construção de Kavanagh) e, por que não, dos próprios precedentes (KAVANAGH, 2003, p. 69).

Em outras palavras, busca-se a aplicação do conceito a partir da relação causal com a nova realidade social/moral, mas mantém-se o conceito e, para além disso, demanda-se uma interpretação moralmente robusta para justificar a ampliação de seu escopo. O que a IC faz, de modo diametralmente oposto à proposta de Kavanagh, é apoiar o esvaziamento normativo das normas e conceitos jurídicos em nome de uma resolução que, confessadamente, contrapõe-se a esses próprios parâmetros e limitações impostos à atividade interpretativa:

Como vimos acima, não há dúvidas de que situações excepcionais podem dar espaço a tomada de medidas inconstitucionais. As medidas tomadas podem ser incompatíveis com a constituição apenas em razão da circunstância. Isso significa que a mesma medida seria, ao menos em tese, constitucional em situação de normalidade pública (FREIRE *et al.*, 2020, p. 01).

A metodologia interpretativa de um constitucionalismo que se pretende vivo não minimiza ou renuncia ao parâmetro de interpretação, que é a Constituição,

incluindo-se seus limites textuais e semânticos. Não por acaso, insiste-se na divisão bem delineada entre atividade política ordinária e atividade jurisdicional. Às juízas e aos juízes cabe verificar a compatibilidade das leis e demais atos normativos com a Constituição para resolução de casos concretos, e não balancear bens moralmente valorosos na esfera social.

A partir do momento em que se apaga ou se minimiza o papel da Constituição (não somente, mas, no caso do *common law*, dos precedentes) ou da moldura jurídica pré-existente, não há a ideia de progresso defendida pelo constitucionalismo vivo, que preconiza o desenvolvimento progressista de uma prática constitucional normativa, não de políticas de bem-estar geral, tipicamente atribuídas ao Executivo e ao Legislativo. Por esse motivo, a criatividade das juízas e dos juízes é tensionada, também, pelo valor da continuidade:

A metáfora de uma “Constituição viva” aponta para o fato de que o trabalho de interpretar a Constituição para resolver disputas litigiosas inevitavelmente implica juízes exercendo um papel criativo. [...] Mas, para repetir, não se trata de incentivar juízes a inventarem decisões judiciais como bem entenderem. Criatividade judicial, se se provar necessária, deve estar à serviço da resolução justa de um caso e da melhoria do Direito. As razões que fundamentam o resultado devem refletir esse objetivo final e, ao fazê-lo, as decisões devem respeitar e compreender o Direito Constitucional. [...] “Constitucionalistas vivos” não necessariamente menosprezam a importância da continuidade no Direito Constitucional. Tampouco devem ser vistos como quem rejeita os valores da certeza e da previsibilidade no Direito como um todo (KAVANAGH, 2003, p. 79).

Como pode-se perceber, o constitucionalismo vivo em Kavanagh exige uma “boa razão”, extraída de um empreendimento informado pelo raciocínio moral, mas dentro dos limites constitucionais, para que se promova uma mudança constitucional. Mudança essa que, nesses termos, tende a ser orgânica e gradual, e que deve envolver um ideal progressista de aperfeiçoamento do próprio Direito Constitucional. Não obstante o esvaziamento normativo da Constituição, os defensores da IC não fornecem razões robustas para que o Judiciário absorva uma mudança social e moral abrupta como uma mudança no Direito. Pelo contrário, os autores parecem sugerir a existência de um suposto consenso social em torno da violação de normas e valores constitucionais, em nome do combate ao novo coronavírus:

Nos últimos meses, inúmeros países passaram a tomar medidas extraordinárias para retardar a pandemia provocada pela Covid-19. Muitas dessas medidas provavelmente violam direitos entrenchados em constituições. O curioso é que a população de

alguns países tem aceitado tais medidas. Evidências nesse sentido vêm de uma pesquisa recente e reveladora. Para descobrir como os americanos avaliam o dilema entre preservar as liberdades civis e impedir a propagação do coronavírus, alguns notáveis professores conduziram uma pesquisa exatamente quando os governos estaduais e federal estavam começando a implementar suas políticas mais restritivas de combate à Covid-19. O resultado da pesquisa realizada com uma amostragem representativa foi surpreendente. Ele revelou uma notável disposição da população americana em tolerar violações aos direitos civis, a fim de enfrentar a pandemia que atinge o país (FREIRE *et al*, 2020, p. 02).

Observa-se que, para além da própria transformação social causada pela pandemia em si, mobiliza-se um argumento convencionalista com intuito de justificar o esvaziamento normativo promovido pela IC. Esse movimento também não encontra guarida no constitucionalismo vivo. De acordo com Kavanagh (2003, p. 83), o constitucionalismo vivo não permite que as juízas e os juízes substituam seus julgamentos pessoais (exigidos pela moralidade política) nem por um sentido constitucional original, nem pela visão de quaisquer grupos sociais, sob pena de, mais uma vez, violar a exigência de responsabilidade interpretativa em conformidade com a Constituição e outros limites constitucionais-institucionais.

Juízas e juízes não são obrigados a testarem se a legislação impugnada é congruente com as percepções atuais ou valores populares. Eles são demandados a testar aquela legislação pela sua constitucionalidade, isto é, pela sua compatibilidade com o entendimento moralmente adequado das normas constitucionais alocadas no texto da Constituição. Portanto, o fato de as pessoas na sociedade acreditarem que determinada visão é correta não pode, em si mesmo, fornecer uma “razão justificadora” de uma interpretação da Constituição em particular (KAVANAGH, 2003, p. 84).

Vê-se que Kavanagh rejeita a decisão judicial baseada em consensos sociais (considerando que há um consenso, fato que nem sempre é possível apreender de maneira apressada em sociedades heterogêneas). Isso não significa que uma decisão judicial não possa estar de acordo com alguma visão social, mas esse alinhamento é contingencial, não uma razão determinante (KAVANAGH, 2003, p. 85). Apesar disso, à luz da construção de Kavanagh, a suspensão da normatividade e dos parâmetros constitucionais sequer seria uma opção disponível à(o) intérprete, justamente porque existem restrições à discricionariedade, sendo o texto constitucional e seus padrões de aplicação a restrição primária e imediata.

Desta feita, “juízes devem apoiar os princípios fundamentais da Constituição baseando-se na melhor compreensão moral do que eles demandam, não sendo abalados em seu julgamento pelo que agradaria o público” (KAVANAGH, 2003, p. 86), tendo em vista, uma outra vez, que a atividade jurisdicional guarda diferenças significativas da atividade política daquelas e daqueles que foram eleitos e, por isso, juízas e juízes não são responsivos às mudanças sociais no mesmo sentido em que o são os agentes políticos (KAVANAGH, 2003, p. 86).

A pretensão da IC em vincular-se ao constitucionalismo vivo para justificar a alteração do parâmetro do controle de constitucionalidade da Constituição para a situação excepcional do momento no qual este controle é realizado por um Judiciário sensível às necessidades advindas de um determinado contexto social apresenta sérias falhas, considerando-se o marco teórico em Kavanagh. Resta verificar, então, se há compatibilidade entre a ideia de IC e o constitucionalismo vivo de David Strauss, outro marco utilizado pelos seus defensores.

Strauss pretende enfrentar o dilema que se instaura entre as exigências de estabilidade dos princípios mais fundamentais da Constituição estadunidense e de adaptação do sentido normativo desses princípios no decorrer das sucessivas gerações (STRAUSS, 2010, p. 02). Segundo Strauss (2010, p. 03), há uma boa notícia: em grande parte, o constitucionalismo estadunidense superou essas exigências. O *common law* seria responsável por viabilizar a ideia de uma Constituição viva e, portanto, adaptável a novos contextos.

Nosso sistema constitucional – sustentarei – tornou-se um sistema de *common law*, no qual os precedentes e as práticas passadas são, a seu próprio modo, tão importantes como a própria Constituição norte-americana escrita. Uma constituição do *common law* é uma constituição viva, mas também é capaz de proteger princípios fundamentais contra a opinião pública passageira. E não é um sistema em que os juízes (ou qualquer outra pessoa) podem simplesmente manipulá-lo para adequá-lo às suas próprias ideias (STRAUSS, 2010, p. 03).

Strauss busca ressaltar as virtudes do *common law* como o sistema apto a combinar estabilidade e adaptabilidade do sistema constitucional. O *common law* é tão essencial para o modo como Strauss concebe o constitucionalismo vivo que ele chega a operar uma divisão ontológica a partir da qual sustenta que é seguro “ignorar o texto [constitucional] e focar na prática da decisão judicial do *common law*” (BALKIN, 2012, p. 1.133), porquanto “os processos de precedentes e tradição são a constituição real dos Estados Unidos” (BALKIN, 2012, p. 1.133).

Por esse motivo, Strauss atribui ao texto constitucional um papel de menor relevância no desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense, servindo basicamente como resolução de disputas políticas (STRAUSS, 2010, p. 101). Isso se deve também à diferenciação entre a interpretação infraconstitucional e a interpretação constitucional. No primeiro caso, levar-se-ia muito mais a sério as sustentações orais e o próprio texto das leis, enquanto no segundo caso, tratando-se da Constituição, o texto constitucional pouco importaria, de modo que são os precedentes que determinariam os caminhos a serem trilhados pelo sistema constitucional (STRAUSS, 2010, p. 34).

O problema mais relevante que atinge a ideia de constitucionalismo vivo de Strauss aparecerá, portanto, a partir das limitações do próprio *common law*. Ciente disso, Strauss procura elaborar considerações sobre casos difíceis que são, basicamente, casos nos quais os precedentes existentes são insustentáveis ou indeterminados. Nessa fenda, introduz-se os critérios substantivos, embora abertos, da “equidade” e da “boa política”.

Nesse ponto – quando os precedentes não são claros – a juíza decidirá o caso diante dela com base em sua visão sobre qual decisão será a mais justa ou estará em maior acordo com uma boa política social. Esse é um aspecto bem estabelecido do *common law*: não é simplesmente uma questão de seguir os precedentes. Há um papel legítimo dos juízes no que tange à equidade e política social (STRAUSS, 2010, p. 38).

O valor central do *common law* reside exatamente na previsibilidade, uma vez que o sistema traz um dever judicial correlato de ater-se aos precedentes. Contudo, argumenta-se que tal dever não é totalmente inflexível, dada a possibilidade de superação de um precedente (*overruling*) (STRAUSS, 2010, p. 40). Para evitar a crítica de que as cláusulas abertas de “equidade” e “boa política social” possam se tornar “cheques em branco” para as juízas e os juízes, Strauss aposta na dimensão ideológica do *common law*.

Falar-se em uma “ideologia do *common law*” significa dizer que o *common law* demanda um conjunto de atitudes, quais sejam, as atitudes de modéstia e empiricismo cuidadoso (STRAUSS, 2010, p. 40). A atitude de modéstia consiste no reconhecimento de que a razão humana individual é limitada, invocando-se a ideia de “sabedoria coletiva” e estabelecendo-se, assim, a virtude de seguir os precedentes, principalmente quando eles são indubitáveis na resolução do caso concreto (STRAUSS, 2010, p. 41). O empiricismo cuidadoso, em linhas gerais,

demanda que a(o) intérprete busque identificar as experiências práticas que foram bem-sucedidas (STRAUSS, 2010, p. 41-42).

A proeminência do *common law*, portanto, dá-se justamente porque é o sistema que melhor remete aos critérios de evolução prolongada no tempo, considerando o contexto particular do constitucionalismo estadunidense. Na avaliação de Strauss, antes mesmo de uma constituição estadunidense escrita, o sistema do *common law* já fincava suas raízes e criava as bases para o constitucionalismo vivo (2010, p. 36). Além de explicar melhor o sistema constitucional dos Estados Unidos da América tal como ele é, o *common law* é superior ao originalismo pois seria apto a restringir a atividade jurisdicional de uma maneira igualmente superior às considerações originalistas (STRAUSS, 2010, p. 36) e, além disso, possuiria uma característica inerente de preservar a sabedoria do passado (STRAUSS, 2010, p. 41).

A título de exemplo, Strauss centra a análise no caso *Brown* como um caso ilustrativo não só das virtudes do *common law*, mas também de como o desenvolvimento e a evolução do sistema constitucional é lento e gradual, motivo pelo qual o autor classifica a decisão judicial que considerou inconstitucional o regime de segregação racial nas escolas públicas dos EUA, na década de 1950, como fruto de uma construção anterior mais sólida, promovida no seio do *common law* (STRAUSS, 2012, p. 92).

Não se nega a influência da concepção de moralidade das juízas e dos juízes da Suprema Corte nessa decisão. Contudo, Strauss atesta que tal influência foi apropriada porque se deu justamente no bojo do processo evolutivo-constutivo do *common law* (2010, p. 92). Visto dessa maneira, poder-se-ia concluir que a decisão do caso *Brown* foi apenas “mais um passo numa progressão bem estabelecida” (STRAUSS, 2010, p. 92). As bases para aquela decisão histórica haviam sido construídas anteriormente, de modo que as juízas e os juízes da Suprema Corte estariam apenas “tornando explícitas as conclusões nas quais as decisões anteriores chegaram de fato, mas não reconheceram pelo nome: [...] não é possível haver instalações segregadas, mas iguais” (STRAUSS, 2010, p. 91-92).

Com o exemplo do caso *Brown*, pode-se dizer que Strauss salienta a restrição que o sistema de *common law* exerce sobre as juízas e os juízes no processo decisório. Com efeito, Strauss mobiliza as restrições possíveis para rebater as objeções dos originalistas (de que uma concepção “viva” significaria atividade

jurisdicional sem limites) e, mais do que isso, introduz uma responsabilidade distintiva das magistradas e dos magistrados: a responsabilidade pela evolução da Constituição viva (2010, p. 92).

Já é possível visualizar como as concepções de constitucionalismo vivo contrastam em Strauss e em Kavanagh, os dois marcos referenciados pelos defensores da IC. Em primeiro lugar, as concepções se afastam metodologicamente, porque Strauss divide esforços para demonstrar, descritivamente, que o *common law* é o cerne das mudanças constitucionais realizadas nos EUA, ao passo em que Kavanagh foca em uma tese normativa de como as Cortes devem desenvolver a prática constitucional na interpretação jurídica (KAVANAGH, 2003, p. 56).

Em segundo lugar, as concepções tomam caminhos distintos na proposta normativa em si, já que, embora os dois objetivem construir o caso pelo maior valor do constitucionalismo vivo frente ao originalismo, Kavanagh confere um papel mais proeminente ao texto constitucional como restrição e aposta numa argumentação moral robusta, enquanto Strauss propõe transportar a justificação do *common law* como sistema para a questão das mudanças constitucionais, engajando-se em uma espécie de “raciocínio de segunda ordem sobre o *common law*” (BALKIN, 2012, p. 1.133-1.134), no qual, inclusive, o texto constitucional tem pouca ou nenhuma relevância para a solução dos casos concretos.

Noutro giro, pode-se identificar uma estrutura formal que guarda similaridades nos dois autores. Quanto ao tipo de mudança constitucional, Kavanagh afirma que há uma tendência de evolução gradual e fragmentada – enfatizando que, o que por vezes aparenta ser uma mudança radical instaurada por uma decisão singular, pode ser, na verdade, o resultado acumulado de mudanças anteriores. De modo análogo, mas não igual, Strauss suscita o caráter evolutivo gradativo que é próprio do *common law*.

Outra aproximação que se vislumbra refere-se à responsabilidade das magistradas e dos magistrados nessa estrutura do constitucionalismo vivo que Kavanagh e Strauss pretendem sustentar. No primeiro, a responsabilidade pessoal das juízas e dos juízes reside nos deveres decorrentes da interpretação constitucional calcada no raciocínio moral. No segundo, a responsabilidade consiste tanto no respeito aos precedentes como na tarefa de evoluir o sistema constitucional quando imposto pela própria lógica do *common law*.

Por fim, percebe-se que há, em Kavanagh e em Strauss, uma centralidade em torno do Judiciário nesse processo de mudança constitucional. Não obstante, tendo em vista os diferentes contornos que os autores dão ao constitucionalismo vivo, essa centralidade não é exatamente a mesma. Como visto, em Kavanagh, os limites textuais e semânticos ganham maior destaque, além das exigências do raciocínio moral robusto. Em Strauss, o foco no sistema de precedentes, ou seja, na prática judicial, talvez torne possível falar-se em uma centralidade mais acentuada.

Esse panorama transparece a incoerência e a insuficiência da pretensão dos defensores da IC em filiarem-se ao constitucionalismo vivo, basicamente por duas razões. Em primeiro lugar, a IC faz menção ao constitucionalismo vivo por meio de dois autores que não possuem exatamente a mesma leitura sobre o desenvolvimento constitucional e o método interpretativo (Kavanagh e Strauss). Em segundo lugar, a IC não possui considerações sólidas sobre a responsabilidade pessoal das juízas e dos juízes, que aparece tanto em Kavanagh (com as obrigações de interpretar os princípios e parâmetros da Constituição com base em um raciocínio moral limitado pelo quadro normativo constitucional) quanto em Strauss (com uma responsabilidade de observar o sistema de precedentes e superá-los quando isso significar uma evolução no Direito Constitucional).

Pelo contrário, ao mencionar pesquisas de opinião nas quais cidadãos e cidadãos avaliam que é benéfico violar direitos fundamentais em nome do combate ao novo coronavírus, os defensores da IC estão justamente desresponsabilizando as juízas e os juízes da “melhor interpretação”, da busca de “boas razões”, seja através da teoria da adjudicação moralmente robusta, seja através da coerência e da estabilidade valorosa que o sistema de precedentes do *common law* requer. Note-se que o constitucionalismo vivo não se trata de deferência judicial às convenções ou paixões sociais dominantes, como sugere a crítica originalista, e como curiosamente recaem aqueles que defendem a tese da IC.

Frisa-se que não é papel das juízas e dos juízes constitucionais, dentro do marco do constitucionalismo vivo, “salvaguardar” a legislação de estados de inconstitucionalidade (ainda que temporais), como sustentam Freire *et. al.* (2020, p. 01), a despeito do caráter contramajoritário das Cortes. Isso fica explícito nas concepções de Kavanagh (que distingue de maneira forte a diferença entre atividade jurisdicional e atividade política) e Strauss (focado no papel das juízas e dos juízes no sistema de precedentes).

Há, inclusive, dificuldades na importação do constitucionalismo vivo, em razão de um imediatismo que não considera as respectivas diferenças entre as tradições constitucionais estadunidense e brasileira. A própria construção na tradição estadunidense revela um caráter perene de uma prática em desenvolvimento a ser aplicada em casos concretos, o que expõe o erro na proposta de adoção de um constitucionalismo vivo em virtude da urgência trazida pela pandemia em ações do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil.

#### **4 A CRÍTICA DE UMA TEORIA CRÍTICA DA CONSTITUIÇÃO À INCONSTITUCIONALIDADE CIRCUNSTANCIAL**

Se na seção anterior deste trabalho a IC foi trabalhada a partir das teorias do originalismo e do constitucionalismo vivo, próprias do debate constitucional estadunidense, agora, propõe-se uma ida ao outro lado do Atlântico. Em especial, ao debate europeu-continental sobre os métodos de abordagem dos problemas do Direito e do Estado, a fim de se demonstrar como a proposta da IC, apesar das vestes de novidade com que tem sido anunciada pelos seus defensores, aposta no mesmo dualismo metodológico que caracteriza a chamada teoria tradicional da constituição que, por sua vez, está nas origens do surgimento da Teoria da Constituição enquanto disciplina autônoma, quando da passagem do século XIX para o século XX.

Diante da constatação de uma espécie de descompasso entre normatividade jurídico-constitucional e realidade político-social, problema este que é ínsito àquelas tradições constitucionais que adotam constituições escritas, os temas de Direito Constitucional deveriam ser compreendidos de maneira a promover tanto quanto possível a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade político-social. Para enfrentar o dilema da defasagem entre o texto constitucional e a percepção social do Direito, a teoria tradicional da constituição se divide, segundo Cattoni de Oliveira (2017), entre aqueles que apostam tão somente em uma abordagem jurídico-normativa e os que apostam em um enfoque apenas sociopolítico dos problemas que se apresentam ao Direito e ao Estado. Daí o surgimento daquilo que o autor denomina de uma metodologia dualista de abordagem dos temas relativos ao Direito e ao Estado.

Qual o sentido destas *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*, uma Tese em Direito Constitucional, especialmente, em Teoria da Constituição? Elas têm o sentido de contribuir, por meio de um enfoque *crítico-reconstrutivo com ressalvas desconstrutivas* (Honneth, 2011, p. 53-63; Cattoni de Oliveira, 2015; Cattoni de Oliveira in Rosa, Trindade, Tassinari, Santos e Oliveira, 2016, p. 182-183), para a superação de uma teoria tradicional da constituição, que ainda se perde no impasse entre o normativismo universalista típico de uma teoria geral do direito público e o realismo particularista das chamadas teorias das instituições políticas. Teoria tradicional da constituição a ser superada que ainda mantém, de uma forma ou de outra, a herança jellinekiana de uma metodologia dualista, entre um enfoque jurídico-normativo (*dever-ser*) e/ou um enfoque sociopolítico (*ser*), de abordagem do direito e do Estado (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 01, destaques do original).

De acordo com Cattoni de Oliveira (2017, p. 02), a superação da teoria tradicional da constituição se justificaria por duas razões. A uma, porque perde de vista “as perspectivas da história como aprendizado social de longo prazo e da sociologia reconstrutiva da democracia, que possibilitam compreender o papel normativo da Constituição em face do direito e da política”. A duas, porque “perde a perspectiva, de caráter hermenêutico-crítico, argumentativo e narrativo, dos participantes dos processos políticos, na luta pelo reconhecimento de novos sujeitos e novos direitos”.

Sob pano de fundo dessa disputa teórica sobre os objetivos e métodos nas Teorias do Direito e do Estado estava a questão de como lidar com a relação que se estabelece entre Direito e política, ou seja, em adequar o sentido normativo de uma constituição às novas demandas surgidas no seio de uma dada sociedade em um contexto espacial, histórico e socialmente determinado. É justamente por isso que, segundo o autor, essa “nunca foi uma discussão teórica sobre o método, deslocada de um dado contexto histórico. Havia claras implicações políticas quanto ao próprio modo de compreensão da realidade social ou do papel do Estado, enquanto postura diante do mundo” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 03).

Na Alemanha de fins do século XIX e início do século XX, “todos estavam tratando do direito, da relação entre direito e política, a partir do reconhecimento do desafio colocado pela sociedade contemporânea: no mínimo a emergência de um novo direito” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 48). Novo direito este que, por sua vez, “está passando por transformações e que deve responder a estas novas demandas sociais, no novo contexto de uma democracia de massas” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 48).

Era preciso saber, então, como tratar adequadamente a relação que se estabelece entre constituição e realidade político-social, isto é, em situar o Direito política e historicamente em determinada realidade social para que assim pudesse ser possível construir alternativas teóricas de respostas daquela, a constituição, às demandas apresentadas por esta, a realidade político-social. Daí a conclusão no sentido de que “o problema, portanto, a permear todo o debate era o de como compreender a distinção entre normatividade, especialmente normatividade constitucional, e a realidade político-social” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 49).

Diante da dualidade de abordagens metodológicas para compreensão dos problemas que se apresentavam à Teoria do Direito e à Teoria do Estado, respectivamente, a jurídico-normativa e a sociopolítica, a resposta de um autor como Georg Jellinek é no sentido de que o Estado deveria ser considerado a partir dessas duas perspectivas: a histórico-social e a jurídico-normativa. Como o Estado, por sua própria natureza, poderia ser considerado diante de ambas as perspectivas, isto é, tanto como um sistema de normas jurídicas quanto como uma realidade política, os aspectos relacionados a cada uma dessas dimensões deveriam ser compreendidos a partir de cada uma dessas posturas científicas.

Os tipos segundo os quais há de se investigar a doutrina do Estado coincidem com as duas posições científicas a partir das quais se pode considerar o Estado: o histórico-social e o jurídico. Para a investigação de um e de outro aspecto da vida do Estado são necessários métodos diferentes. Se conhece a natureza social do Estado mediante métodos que são usados nas ciências históricas e sociais; a natureza jurídica, pelo método jurídico (Jellinek, *in*, CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 13-14).

Esse dualismo metodológico que marca a Teoria do Estado de Georg Jellinek traz consigo repercussões práticas inevitáveis, não se reduzindo, pois, a uma querela meramente acadêmica. Um dos campos nos quais esse dualismo metodológico repercute é no que diz respeito às mudanças constitucionais. Ao conceber a relação que se estabelece entre normatividade constitucional e facticidade dos processos político-sociais nos termos de um hiato, de uma oposição ou até mesmo de uma contradição que, ao final, resulta em uma teoria dos dois mundos, essa tradição acaba por justificar a existência de uma constituição não escrita para além da constituição escrita, sendo a mutação constitucional a ferramenta teórica apta a lidar com a relação entre o dever-ser jurídico-normativo expresso pela constituição formal e o ser da realidade político-social expresso pela

constituição material e, assim, possibilitar que aquela corresponda às necessidades desta.

Apesar de no debate alemão a mutação constitucional não receber um tratamento unívoco, sendo trabalhada por diversas perspectivas que exprimem bem o momento histórico vivenciado pelos autores que sobre ela se debruçaram (PEDRON, 2012, p. 83-135), pode-se dizer, em síntese, que a mutação constitucional nada mais é do que um mecanismo de atualização informal da constituição a ser manejado especialmente, mas, não exclusivamente, pelo Judiciário, em resposta aos anseios da sociedade a fim de evitar um certo descolamento entre normas e fatos. Isto é, a mutação constitucional seria um instrumental teórico colocado à disposição da jurisdição constitucional para manter a compatibilidade entre Direito e realidade político-social.

Partindo, porém, de uma Teoria Crítica da Constituição, cabe destacar que

Esse tratamento dado às mudanças constitucionais [pela mutação constitucional] nada mais seria, contudo, do que uma tentativa de explicação empírico-sociológica para um problema jurídico-normativo, carente, portanto, de mediação hermenêutica, ainda sendo pensado sobre o pano de fundo da própria tradição, em crise, do positivismo legalista [...]: a análise histórico-social permanece externa à análise jurídica, tão somente, e quando muito, como sendo um olhar complementar, que, todavia, não contribui para uma visão que, da perspectiva interna da teoria do Direito, fosse não apenas capaz de superar o próprio dualismo metodológico, mas também o próprio positivismo, em crise, que lhe está subjacente (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 15).

Dessa maneira, por meio da mutação constitucional, oferece-se uma solução empírico-sociológica para um problema jurídico-normativo. Ante a percepção de uma espécie de descompasso entre as demandas da sociedade e o texto constitucional, procura-se atualizar o sentido da constituição para que seja mantida, tanto quanto possível, a compatibilidade entre o devir social e as normas constitucionais por um processo mais simples e informal que, inclusive, estaria livre dos ônus próprios dos processos formais de reforma da constituição. É por isso que, ao lado da constituição formal, desenvolver-se-ia “uma constituição material, para além ou mesmo contra a constituição formal” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 15).

É preciso, contudo, estar atento aos riscos de redução da dimensão normativa de uma constituição apenas à dimensão político-social. Isso porque apresentar soluções de ordem empírico-sociológica para problemas jurídico-normativos sem, no entanto, proceder a uma devida intermediação hermenêutica

acaba por justificar a sobreposição do devir social às exigências normativas da constituição, culminando, inevitavelmente, no sacrifício desta em nome daquelas. Nesse sentido, vale destacar que “historicamente a figura de uma mutação constitucional sempre foi utilizada pela história constitucional para uma ‘desculpa elegante’ para justificar o descumprimento da Constituição e o decisionismo de um Judiciário descomprometido com bases democráticas” (BACHA E SILVA *et al.*, 2016, p. 03-04).

É justamente este o problema da IC. Como visto anteriormente, segundo seus defensores, o cerne da IC seria o seguinte: “uma lei pode ser inconstitucional em razão de sua incompatibilidade com a realidade vivida em determinado momento, o que faz com que ela não se amolde ou passe a não mais se amoldar às exigências constitucionais, ainda que momentaneamente” (FREIRE *et al.*, 2020, p. 01). De acordo com os autores, a IC pressuporia uma constituição que não apenas estaria em vigor, mas, também, que estaria atenta às circunstâncias do seu entorno. E, em sendo assim, concluem que “uma vez unidas essas duas ideias, é possível afirmar que a Constituição não é só transformada de acordo com as necessidades de seu tempo, mas também pela situação excepcional vivida por seus destinatários” (FREIRE *et al.*, 2020, p. 01).

Nessa perspectiva, o que se constata é que o parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público deixa de ser a Constituição. Com isso, o fundamento jurídico de validade de todo ordenamento jurídico e dos próprios programas de ação estatal passa a ser as circunstâncias de cada momento histórico. Assim como para a teoria tradicional da constituição, portanto, a IC apresenta uma solução empírico-sociológica para um problema jurídico-normativo, sendo, pois, depositária do mesmo dualismo metodológico daquela. É difícil, então, vislumbrar como os pressupostos assumidos pelos seus defensores poderão conviver em harmonia, na medida em que para estar atenta e oferecer respostas às circunstâncias que a rodeiam, o preço a ser pago pela Constituição seria justamente a perda da sua normatividade. O que se tem em tal hipótese é apenas e tão somente a sobreposição dos fatos sobre a norma jurídica.

Não bastasse isso, atribui-se à jurisdição constitucional e, em especial, ao STF, a missão de manter-se sensível ao devir imposto pelas circunstâncias de cada momento de excepcionalidade. Em momentos tais, sustentam os autores que “tribunais como esses não podem ficar sentados na sala de espera da História”

(FREIRE *et al.*, 2020, p. 01). A guarda da Constituição, missão precípua do STF, perderia o sentido de vigilância com o fim de defendê-la, protegê-la ou preservá-la, em face de possíveis ultrajes da legislação infraconstitucional ou de atos do poder público, para assumir o sentido de ocultá-la, reduzindo seus preceitos a meros segredos, estes sim, que deveriam ser guardados pelo Tribunal.

Torna-se evidente, pois, que a IC, da mesma maneira que a mutação constitucional, pode ser utilizada como uma “desculpa elegante” para justificar o descumprimento da Constituição e o decisionismo de um Judiciário descomprometido com bases democráticas, tal como sustentam Bacha e Silva, Bahia, Cattoni de Oliveira e Pedron, em passagem já citada neste artigo.

Ao final, o que se constata é que a IC aposta no mesmo dualismo metodológico que caracteriza a chamada teoria tradicional da constituição ao compreender os problemas que se apresentam ao Estado e ao Direito mediante uma metodologia que mantém em planos apartados a normatividade constitucional e a realidade político-social. Não se está com isso a dizer que uma constituição escrita se reduz apenas ao seu texto o que, por sua vez, também não se equipara a dizer que a constituição formal não importa como sugerem, mesmo que não expressamente, os defensores da IC.

Muito antes pelo contrário, partindo de uma Teoria Crítica da Constituição, a normatividade constitucional é atravessada internamente por disputas interpretativas que expressam a autocompreensão que uma sociedade tem de si e o que ela, sociedade, com todo o pluralismo de formas de vida e compreensão de mundo que lhe são características, projeta para si mesma ao futuro. Dessa maneira, a normatividade constitucional é formada por uma tensão constitutiva no interior da própria realidade social entre texto constitucional e contexto político-social.

## **5 CONCLUSÃO**

Diante do exposto, acredita-se ter sido possível demonstrar com este artigo que a IC, tal como sustentada pelos seus defensores em tempos de pandemia de Covid-19, apresenta problemas tanto do ponto de vista interno quanto externo. Em uma dimensão interna, vislumbrou-se que a proposta não é coerente com as propostas teóricas de um constitucionalismo vivo tal como sustentado por David

Strauss e Aileen Kavanagh, referenciais teóricos utilizados para fundamentar o fenômeno.

Além disso, viu-se que as propostas de ambos os autores, Strauss e Kavanagh, não são necessariamente semelhantes, o que impede uma aproximação entre suas perspectivas teóricas sem uma devida mediação, tal como feito pelos defensores da IC. Soma-se a isso, ainda, o fato de ambos os autores proporem suas teorias como uma tentativa de explicar o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense a partir da metáfora de uma árvore viva, o que, por si só, também exige mediações quando se pretende aplicar a proposta de ambos ao caso brasileiro. Em sendo assim, a razão parece estar mesmo com Jack Balkin (2011, p. 277), para quem, muitas vezes, o constitucionalismo vivo é utilizado como *slogan* ao invés de teoria.

Em uma dimensão externa, constatou-se que a IC nada inova em termos teóricos da abordagem utilizada pela teoria tradicional da constituição para a compreensão dos problemas que se apresentam ao Estado e ao Direito posto que, assim como esta, aposta no mesmo dualismo metodológico que coloca em mundos apartados a normatividade jurídico-constitucional e a facticidade dos processos político-sociais. O resultado disso é a proposta pura e simples de alterar o parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público da Constituição para a situação de excepcionalidade provocada pela pandemia de Covid-19, podendo servir, como visto, como uma “justificativa elegante” para o descumprimento da Constituição (BACHA E SILVA *et al*, 2016).

## REFERÊNCIAS

BACHA E SILVA, Diogo; BAHIA, Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud. Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do *habeas corpus* n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. *In: Empório do Direito*, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica-a-controversia-em-torno-do-julgamento-do-habeas-corpus-n-126-292-pelo-supremo-tribunal-federal-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-de-moraes-bahia-diogo-bacha-e-silva-flavio-quinaud-pedron-e-m>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

BALKIN, Jack M. **Living originalism**. Cambridge: The Belknap Press, 2011.

\_\_\_\_\_. The roots of the living constitution. **Boston University Law Review**, Boston, vol. 92, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 6.359/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. *In: Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 02 abr. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884990>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Ação direta de inconstitucionalidade n. 6.371/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. *In: Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 maio 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5888266>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Ação direta de inconstitucionalidade n. 6.379/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. *In: Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 maio 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5890830>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma teoria crítica da constituição**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria da constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

FERNANDES, Bernardo Goncalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FREIRE, Alonso; FRAZÃO, Carlos Eduardo; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; RUFINO, Victor Santos. 2020. O fenômeno da inconstitucionalidade circunstancial. *In: Jota: Jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão*, São Paulo, p. 01-10. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fenomeno-da-inconstitucionalidade-circunstancial-25042020>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

KAVANAGH, Aileen. The idea of living constitution. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, Cambridge, vol. 16, n. 01, 2003.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

STRAUSS, David A. **The living constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.