



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Gustavo Martins Baini

**TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Almiro Régis Matos do Couto e Silva

Porto Alegre
2012

Gustavo Martins Baini

**TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Tudo o que sou e o que faço é para glória de DEUS. Ele não apenas é o único legitimado para estabelecer as normas que regulam a minha vida, como também o é para modificá-las, da forma como bem entender. O verdadeiro Poder Soberano.

Como não poderia deixar de ser, dedico e entrego o fruto de todo o meu trabalho, inclusive esta dissertação, a Ele.

Todo trabalho que intencione servir de alguma coisa somente é conseguido em conjunto. Este não foi diferente. E os agradecimentos não poderiam faltar.

Marcia, obrigado por, estando ao meu lado, não apenas me dar suporte para todas as empreitadas a que me proponho, mas por tornar essas empreitadas muito mais suaves e me fazer nunca desistir de concluí-las. Terminar esta dissertação contigo não é nada. O que quero contigo é terminar os meus dias.

Ao PPGD, tanto em seu corpo administrativo, Rose, Denise e equipe, como em seu corpo docente, especialmente na pessoa de meu orientador, estimado Dr. Almiro do Couto e Silva, e os membros da banca da qualificação, pelas orientações, cumplicidade científica e lições de humildade intelectual, Dr. Itiberê de Oliveira Rodrigues, Dr. Rafael Maffini e Dr. Roger Raupp Rios, além dos demais professores que não marcaram apenas minha passagem pelo mestrado acadêmico, mas marcaram, certamente, o meu modo de pensar a vida, professores Dr. Luís Afonso Heck, Dr. Luis Fernando Barzotto, Dr. Cláudio Michelon, Dr. Daniel Mitidiero, Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Dr. Humberto Ávila, Dr. Alfredo Dal Molin Flores, Dr. Cezar Saldanha Souza Junior. E, como não poderia faltar, ao especialadíssimo corpo discente desse PPGD, especialmente os amigos Luís Fernando Oliveira, Mauro Hiane de Moura, Matheus Faganello, Carlos Busatto, Maurício Maiole, Régis da Silva Conrado e Gustavo Haical.

Agradeço ao meu especial grande “pequeno grupo” de amigos – mais chegados que irmãos –, que fizeram de nossa vinda para Porto Alegre o encontro de nossa segunda terra natal, permitindo que saíssemos de casa para chegarmos... ..em casa!: Éverton e Ju, Ruben e Ci, Igor e Deia, Serginho e Dani, Tércio e Débora, Thiago e Kris. Obrigado por ouvir minhas reclamações contra o trabalho que este trabalho deu, e por me incentivar a seguir trabalhando (!). Valeu a pena! Nesse mesmo pacote, o agradecimento se estende ao resto da família, Igreja Batista de Mont’Serrat, simbolicamente na pessoa do Pr. Tercio, que conduziu todo esse processo de restauração dos últimos anos, e dos queridos Pr. Lê e Cris, que vêm acompanhando mais de perto esse processo em nossas vidas. E do outro lado dessa mesma família, sempre presentes e sabiamente incentivando a fazer o *link* entre a ciência e o que realmente importa nessa vida, Josué, Guigo, Martin, Rodomar. Obrigado por iluminar meus pensamentos com a luz que ilumina a vida!

E por falar em amigos, nada como poder contar com eles desde sempre: Eddie, César, Pereira, Peri, Negão, Kikão, fazendo da Província de Porto Alegre um quintal de Pelotas, a nossa Pequena Paris!

Por fim, mas nunca por último, aos mais que colegas da incansável Décima Quinta, que acompanharam a concepção e gestação desta pesquisa, com todas as “mutações” que ela sofreu pelo caminho e, mais recentemente, aos do glorioso Gabinete 504, que presenciaram os momentos finais – os mais intensos! – e o nascimento da criança. Obrigado porque, mesmo às vezes sem interesse no assunto (– compreensível!), mas sempre com interesse na pessoa (– admirável!), solidarizaram-se durante todo o processo.

O primeiro a apresentar a sua causa parece ter razão, até que outro venha à frente e o questione. (Provérbios 18.17)

O contrário da visão do que é correto não é o erro nem o engano, mas a cegueira. (Hans-Georg Gadamer)

*Quando os ventos de mudança sopram, umas
pessoas levantam barreiras, outras constroem
moinhos de vento. (Autor desconhecido)*

*Somente os extremamente sábios e os
extremamente estúpidos é que não mudam.
(Confúcio)*

*Inteligência é a capacidade de se adaptar à
mudança. (Stephen Hawking)*

*...prefiro ser essa metamorfose ambulante do
que ter aquela velha opinião formada sobre
tudo... (Raul Seixas)*

RESUMO

A Constituição é bem mais do que um conjunto de letras que, ordenadas, pretendem estabelecer formas de comportamento. É mais do que o mero estatuto do Estado, ou repositório de princípios e direitos fundamentais. Constituição não é a normatização da vida estatal; ela é *norma e vida*. Ela é, ao mesmo tempo, regulação e observação; estabilidade e dinâmica; normatização da realidade e absorção da realidade, a qual conforma e pela qual é conformada. Ela deve promover, na máxima medida, crescimento seguro e amadurecimento estável da Comunidade nacional. Há influência mútua e recíproca entre normatização constitucional e realidade constitucional. Por isso, a vida, algumas vezes, revela que o texto da Constituição não está em relação coordenada com algumas porções da realidade que ele pretende regular, aparentando ter fracassado no desempenho de sua função regulatória. Contudo, isso pode ser apenas um sinal de que a Constituição tenha mudado, embora seu texto tenha permanecido. Quando muda a realidade histórica sobre a qual a Constituição incide, ou quando muda o pensamento a respeito da Constituição, muda junto a própria Constituição. Mas não muda o seu texto. Isso é mutação constitucional. No entanto, os riscos advindos dessa transformação informal e dinâmica para a segurança, certeza, estabilidade e dominação do poder recomendam que se estabeleçam critérios mais ou menos seguros para a verificação de mutações constitucionais. Por isso, a presente investigação é dedicada a uma proposição inicial de uma Teoria da Mutação Constitucional, através da pesquisa das origens desse instituto, quais são seus pressupostos filosóficos e que problemas reais motivaram, no início e até hoje, o seu desenvolvimento, na Alemanha, nos Estados Unidos da América e no Brasil (Cap. 1 – “Origens da mutação constitucional”). Depois, sugere-se a sistematização do estudo teórico dessa categoria pela verificação de quatro indagações: o que pressupõe a ocorrência de mutações constitucionais (Cap. 2 – “Pressupostos da mutação constitucional”), para que servem (Cap. 3 – “Funções da mutação constitucional”), como elas podem ocorrer (Cap. 4 – “Instrumentos da mutação constitucional”) e até que ponto elas podem mudar a Constituição (Cap. 5 – “Limites da mutação constitucional”). Por fim, em um viés mais prático da investigação, pesquisaram-se alguns casos em que o Supremo Tribunal Federal deparou-se com possíveis mutações constitucionais, tendo expressamente enfrentando o tema, comparando-se os argumentos utilizados pelos ministros a seu respeito com os elementos da Teoria da Mutação Constitucional anteriormente proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Mutação constitucional. Reforma constitucional. Dinâmica constitucional. Força normativa da Constituição. Interpretação constitucional. Constitucionalismo democrático. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The Constitution is much more than a set of letters which, arranged together, are intended to establish standards of conduct. It is more than merely the statute of the State, or a repository of principles and fundamental rights. A Constitution is not the rule of the State's life. It is *rule and life*. It is, at once, regulation and observation; stability and dynamics; standardization of reality and absorption of reality, which it shapes and by which it is shaped. It should, to the maximum extent possible, promote secure growth and steady maturation of the national Community. There is a mutual and reciprocal influence between constitutional rule and constitutional reality. Therefore, life occasionally shows that the text of the Constitution is not in a coordinated relationship with some aspects of the reality it intends to regulate, appearing to have failed its regulatory function. However, this may just be a sign that the Constitution has changed, although its text has not. When the historical reality that the Constitution regulates changes, or when the thoughts about the Constitution change, the Constitution itself changes. But its text does not. This is informal constitutional change. However, the risks to security, certainty, stability, and power domination arising from this informal and dynamic transformation recommend establishing a reliable test for informal constitutional changes. Therefore, the present investigation is dedicated to an initial proposition of an Informal Constitutional Changes Theory, by means of a review of the origins of this institute, its philosophical assumptions and the problems that motivated, then and today, its development in Germany, the United States of America and Brazil (Chap. 1 – “Origins of informal constitutional change”). Then, a systematic theoretical study of this category is proposed by means of four questions: what the assumptions underlying informal constitutional change are (Chap. 2 – “Underlying assumptions of informal constitutional change”), what its purposes are (Chap. 3 – “Purposes of informal constitutional change”), how it can happen (Chap. 4 – “Instruments of informal constitutional change”), and how far it can change the Constitution (Chap. 5 – “Limits of informal constitutional change”). Lastly, in a more practical perspective of the investigation, this piece analyzes some cases in which the Supreme Federal Court of Brazil was faced with possible informal constitutional changes and expressly addressed the issue, and compares the Justices reasoning to the elements of the proposed theory.

KEYWORDS: Informal constitutional change. Constitutional amendments. Constitutional dynamics. Constitutional normative force. Constitutional interpretation. Democratic constitutionalism. Supreme Federal Court Jurisprudence.

SIGLAS E ABREVIATURAS

- ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR – Agravo Regimental
AI – Agravo de Instrumento
art. – artigo
BVerfGE – *Bundesverfassungsgericht*
cap. - capítulo
CC – Conflito de Competência
c/c – combinado com
CF88 – Constituição Federal de 1988
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
DEM - Democratas
DJ – Diário da Justiça
EC – Emenda Constitucional
EDv – Embargos de Divergência
HC – *Habeas Corpus*
Inq - Inquérito
j. – julgado, julgamento
MI – Mandado de Injunção
Min. – Ministro
MS – Mandado de Segurança
PFL – Partido da Frente Liberal
PPS – Partido Popular Socialista
PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira
QO – Questão de Ordem
Rcl – Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
RHC – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*
Rel. – Relator
RI – Regimento Interno
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
U. S. – *United States* (repositório de jurisprudência da *Supreme Cort*)
VEP – Vara de Execuções Penais
vs. – *versus*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. Origens da mutação constitucional	28
1.1 Alemanha.....	30
1.2 Estados Unidos da América.....	38
1.3 Brasil.....	47
2. Pressupostos da mutação constitucional	53
2.1 Realidade e normatividade constitucionais	53
2.2 Mudança da realidade fática e tensão entre fato e norma.....	64
2.3 Necessidade política	74
3. Funções da mutação constitucional	81
3.1 Equilíbrio das funções estática e dinâmica da Constituição.....	81
3.2 Aumento da força normativa da Constituição	103
4. Instrumentos da mutação constitucional.....	121
4.1 Soberania popular	122
4.2 Interpretação	142
4.2.1 <i>Interpretação legislativa</i>	151
4.2.2 <i>Interpretação judicial</i>	161
4.2.3 <i>Interpretação administrativa</i>	176
4.3 Costumes e (des)usos constitucionais.....	178
5. Limites da mutação constitucional.....	208
5.1 Texto – espaço semântico das normas constitucionais positivadas.....	214
5.2 Sistema constitucional positivo	230
5.3 Limites comuns às mudanças formais (Poder Constituinte originário ou reformador?).....	240
6. Mutação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	253
6.1 Casos julgados	261
6.1.1 <i>Possíveis mutações constitucionais</i>	262
6.1.2 <i>Mutações constitucionais expressamente assumidas</i>	271
6.2 Elementos da teoria da mutação constitucional nos argumentos dos ministros .	290
6.2.1 <i>Pressupostos das mutações constitucionais</i>	291
6.2.2 <i>Funções das mutações constitucionais</i>	307
6.2.3 <i>Instrumentos das mutações constitucionais</i>	312
6.2.4 <i>Limites das mutações constitucionais</i>	326
CONCLUSÃO.....	348
REFERÊNCIAS	371

JURISPRUDÊNCIA (do Supremo Tribunal Federal)..... 389

ANEXOS 396

Anexo I – Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Reclamação 4335-5/AC, proferido em 19.04.2007. 396

Anexo II – Voto do Ministro Joaquim Barbosa na Reclamação 4335-5/AC, proferido em 19.04.2007. 403

INTRODUÇÃO

Algumas questões da vida social necessitam ser estabelecidas da maneira mais definitiva possível. As “decisões fundamentais” da sociedade, aquelas que formam a infraestrutura sobre a qual os tijolos e a argamassa sociais serão erguidos, precisam ser assentadas com robustez e estabilidade. Não podem ficar à mercê das posições menos refletidas e das mudanças mais circunstanciais.

No Estado Democrático, a constitucionalização dessas decisões fundamentais retira-as do âmbito de disposição das maiorias eventuais que à história se apresentarem.¹ Isto é, “*la constitución democrática no es la voluntad ocasional de la mayoría ocasional, sino la expresión de la voluntad del pueblo fundamentada y duradera, a la que se ha llegado tras una muy amplia reflexión*”.²

Como nascem as normas constitucionais é uma questão em torno da qual o consenso é obtido apenas de modo aparente. Dizer que elas nascem a partir do exercício do Poder Constituinte é dizer quase nada. A Teoria do Poder Constituinte apresenta-se com inúmeras variáveis: tratar-se-ia de um poder limitado ou ilimitado? Originário por natureza ou derivado dela? Exercido uma só vez ou em permanente atuação? Um dos seus aspectos, contudo, tem sido afirmado com certa tranquilidade: o titular do seu exercício é o Povo.³ Assim, é o Povo quem formula as normas constitucionais e, ao

¹ BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constitui o brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209. Esse texto de Luís Roberto Barroso pode ser encontrado em sua integralidade na obra BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a constru o do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 123-39. Doravante, as cita es desse texto indicarão a referência do trabalho primeiramente publicado pelo autor, em 2009, em obra coletiva, pelo critério da antiguidade e da originalidade.

² STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 226.

³ Historicamente, j  se considerou titular do Poder Constituinte o monarca absoluto, em um dado momento, e a Igreja, em outro, como se percebe das obras de Rousseau e de Hobbes. No entanto, desde Siey s, que formulou a teoria do *pouvoir constituant* da na o, e a partir da Revolu o Francesa e da promulga o da Constitui o dos Estados Unidos da América, tem-se aceito consensualmente que o Povo   titular de todo o poder, conforme consta, aliás, no parágrafo único do art. 1  da Constitui o da República de 1988. Mesmo a experiência nazista, que elevou o *Führer*   figura de depositário do poder e fonte do direito, procurou justificar-se pela comunhão mística entre o chefe e o povo alemão, e a comunista, que viu no Estado um instrumento de opressão a serviço da classe capitalista, não nega teoricamente o princípio de que ao povo compete decidir o seu destino político. Sobre o tema, cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Série Colección Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Publico, v. VIII. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s. d. Original alemão: *Verfassungslehre*. Bonn, 1927, pp. 89-94 e NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, pp. 11-2. Problema maior  , sem d vida, alcançar consenso acerca de *quem seja o povo*. Por exemplo, a concep o que originou a teoria do poder constituinte do Povo, por Emmanuel

mesmo tempo, em uma relação simbiótica e de influência recíproca, é ele o seu destinatário.

O mais remoto dado histórico do estabelecimento de uma Constituição, pelo menos na acepção moderna do termo, costuma-se remontar à mítica *Magna Charta*, em que um Rei João Sem Terra se vê obrigado a “dividir a soberania” com os barões feudais, desencadeando um processo histórico que já dura quase um milênio de desenvolvimentos, debates e disputas sobre o Poder Constituinte, o que poderia vir a desmistificar essa ideia romântica de que o seu titular é o Povo, ou ao menos acentuar as perguntas de Friedrich Müller⁴ e Ferdinand Lassalle.⁵

No entanto, não será objeto desta pesquisa questionar diretamente a legitimidade do Poder Constituinte. Porque, afinal, “a teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder.”⁶ Mas no estágio atual do desenvolvimento teórico do Poder Constituinte, pós-Revolução Francesa e pós-Independência das Colônias Americanas, nasce um

poder novo, oposto ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, invoca a razão humana ao mesmo passo que substitui Deus pela Nação como titular da soberania. Nasce assim a teoria do

Sieyès, mostra-se altamente ideológica, na medida em que, inspirada pelos ideais iluministas, segundo os quais era possível apreender a perfeição através da razão, se referia ao povo em sentido atemporal, isto é, a uma concepção de interesses permanentes concernentes a um conceito natural de Povo (SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na constituição brasileira de 1988 – e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006, p. 21). Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 30-1) dá algumas demonstrações de como esse conceito flutua historicamente, dizendo que em algum momento, “povo” era o proletariado; em outro, era o partido político; em outro, eram os cidadãos com direito a voto. E poder-se-iam acrescentar alguns outros exemplos históricos de definição do povo, como o burguês (possivelmente nas duas mais importantes revoluções supostamente “democráticas” da história), o homem livre (naquele momento que se considera o nascimento da “democracia”) e, talvez, hoje se poderia arriscar dizer que “povo” é o consumidor (Cf. NETO. Agostinho Ramalho Marques. *Neoliberalismo e gozo*. Versão modificada pelo autor de conferência proferida sob o título *A banalização da lei: com que Direito podemos contar hoje?*, por ocasião do Congresso Brasileiro de Direito e Psicanálise, sob o tema “A Lei em Tempos Sombrios”, promovido pela Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória e pela Faculdade de Vitória. Vitória/ES, 29 de maio de 2008). Enfim, o caráter ideológico do debate dificulta (ou quiçá impossibilita) a definição científica de quem seja o povo, a não ser que o debate seja travado numa perspectiva formal, mais respondendo à pergunta “quem *deve ser* o povo” do que à pergunta “quem *é* o povo”, como aparentemente (e esclarecidamente) fez Fr. Müller, em uma proposta mais consentânea com o constitucionalismo democrático. Cf. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo - a questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Neumann. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.

⁴ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? - a questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Neumann. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.

⁵ LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933 - versão para eBook: eBooksBrasil.com, 2009. Extraído do original: *Über Verfassungswesen: zwei Vorträge und ein offenes Sendschreiben*. Berlin: 1862.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 141.

poder constituinte, legitimando uma nova titularidade do poder soberano e conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular.⁷

É nesse sentido que se assume, aqui, o Povo como titular do Poder Constituinte, admitindo-se que a ele compete estabelecer normas constitucionais.⁸

E uma vez estabelecidas essas normas, a ele compete, sempre que lhe convier, estabelecer outras em seu lugar. Porque o Poder Constituinte apenas instrumentaliza a manifestação de vontade do Povo, a quem permanece sempre vinculado. E “o seu exercício, por isso mesmo, não o esgota. Por exemplo, promulgada a constituição, continua a existir o poder constituinte. Está acima das próprias constituições, que são emanações dele.”⁹

A elaboração de normas constitucionais, pois, tanto pode significar o estabelecimento de uma nova Constituição como a reforma de uma Constituição já estabelecida. Está-se falando, no primeiro caso, do que se convencionou chamar de Poder Constituinte originário e, no segundo, de Poder Constituinte derivado ou reformador.¹⁰

Ao admitir que o Poder Constituinte não apenas detém a competência para criar novas constituições, mas também para modificar as já vigentes, está-se admitindo implicitamente que, embora contenham as decisões fundamentais da sociedade e, por isso, revestem-nas de formas mais estabilizadas do que as demais decisões, as constituições comportam mudança. Dito de outro modo, mesmo as decisões

⁷ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 141.

⁸ Através dessa assunção (de que o Povo é o titular do Poder Constituinte) busca-se, na realidade, evitar entrar no debate ideológico que, no fim das contas, dará conteúdo a cada Constituição. É que ao atribuir-se a algum sujeito a titularidade do Poder Constituinte, escolhe-se, inarredavelmente, a valoração ou ideologia que esse sujeito traz consigo. Isto é, a sua legitimidade baseia-se no seu conjunto de crenças, virtudes ou valores, os quais aderem a ele se refletem no exercício do Poder Constituinte e, por conseguinte, carregam ideologicamente a Constituição que esse sujeito vier a estabelecer. Pois “quem diz poder constituinte está a dizer já legitimidade desse poder, segundo esta ou aquela idéia básica perfilhada, numa opção de crenças ou princípios.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 147. Sobre ser ideológico o poder constituinte, cf. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na constituição brasileira de 1988 – e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006, pp. 03-6 e 20-7. É também nesse sentido, repita-se, que a assunção feita nesta investigação de que o Povo é titular do Poder Constituinte pretende desviar o presente estudo dessa tormentosa questão.

⁹ NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, p. 11.

¹⁰ É importante reafirmar que em ambos os casos o seu titular é o Povo.

fundamentais da sociedade podem mudar com o passar do tempo, a transição das ideias ou com a ocorrência de eventos fáticos relevantes.

A necessidade de se admitir a mudança da Constituição, adaptando-a aos reclames dos novos tempos, tem seu ícone no multicitado art. 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, segundo o qual “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras.”

Afinal,

como nenhuma criação humana é perfeita e os fatos inelutáveis e fatais, no seu contínuo evoluir, exigem sempre novas normas que lhes acompanhem os reclamos e exigências, segue-se que essa idéia da imutabilidade constitucional não deve ser considerada em termos absolutos, mormente porque, sendo a lei fundamental a suprema expressão da soberania popular, é justo que esta possa, conforme as circunstâncias, alterar seus pontos de vista primitivos, revogando, no todo ou em parte, a lei fundamental. Não seria possível que uma geração legislasse para a eternidade, retirando dos pósteros o direito de se regerem segundo a livre determinação de sua vontade – o que importaria a negação do postulado essencial da democracia.¹¹

Nesse sentido, a inapreensibilidade da realidade pelas normas “principia a crise, isto é, a perplexidade diante do divórcio entre a norma e o fato, levantando-se de imediato o problema da mudança constitucional.”¹²

Além disso, a Constituição tem uma natural e desejada vocação à continuidade e estabilidade social, já que é a partir dela que todo o ordenamento jurídico é erguido. E essa vocação demanda a sua adaptação aos novos princípios éticos e às novas necessidades sociais. “Sem confundir a idéia de continuidade com eternidade, é certo que o processo de mutação social constantemente altera as formas e as funções institucionais [...], motivo pelo qual é necessário efetivar a adequação da Constituição ao novo perfil da sociedade.”¹³

¹¹ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 66-7. Cf., também, STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 227.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 173.

¹³ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 12-3.

Portanto, não estando as normas constitucionais imunes ao tempo e ao progresso das ideias, dos valores e das culturas, todas as constituições rígidas preveem os mecanismos para sua própria alteração e adaptação a novas realidades. É o que tradicionalmente se denomina “reforma constitucional”, com as suas espécies mais comuns, “revisão” e “emenda”.¹⁴ Tais mecanismos são, na verdade, procedimentos deliberativos para modificação (= alteração, inclusão ou exclusão) do texto das normas constitucionais. Trata-se de procedimentos de mudança *formal* da Constituição. Ou seja, objetivando-se a mudança do conteúdo da Constituição, muda-se a sua expressão externa mais concreta e formal, que é o texto.

Mas não apenas através dos meios formais é que as constituições acabam modificadas, pois para o ato de efetivo exercício da vontade soberana do Povo, como Poder Constituinte, não se pode limitar estritamente o procedimento. “*Basta que la Nación quiera.*”¹⁵ Porque “*el Poder Constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable, está ‘siempre en estado de naturaleza’.*”¹⁶

É preciso admitir, pois, que “a Constituição é um ‘*living document*’, sujeito a evoluções de significado, pelo que aquilo que em um certo momento de tal evolução pode ser conforme ou contrário à Constituição, pode não sê-lo ainda ou não sê-lo mais

¹⁴ No caso da Constituição da República de 1988, o constituinte estabeleceu uma aparente distinção entre os conceitos de emenda constitucional e revisão constitucional, prevendo, acerca do primeiro, o procedimento estabelecido no art. 60 e, no caso do segundo, o estabelecido nos artigos 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em geral, a doutrina costuma usar o termo “reforma constitucional” como gênero do qual seriam espécies a “revisão constitucional” e a “emenda constitucional”, com variantes também quanto ao conteúdo desses conceitos. Essas questões não são objeto da presente pesquisa que, doravante, utilizará indistintamente os três termos consagrados com o mesmo significado: o de mudança formal das normas constitucionais, com o cuidado de não o fazer inadvertidamente, depois desta explicação. Para compreender a distinção entre “revisão” e “emenda” constitucionais como espécies do gênero “reforma”, cf., entre outros, COMPARATO, Fábio Konder. Emenda e revisão na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 93/125, jan.-mar./1990, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 861-7.

¹⁵ Na formulação de Emmanuel Joseph Sieyès, em *Qu’est-ce que le tiers État?*, s. 1., apud SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Série Colección Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Publico, v. VIII. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s. d., p. 91.

¹⁵ Na formulação de Emmanuel Joseph Sieyès, em *Qu’est-ce que le tiers État?*, s. 1., apud SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Série Colección Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Publico, v. VIII. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s. d., p. 91.

¹⁶ SCHMITT, Carl. Ob. cit., p. 91.

em uma fase diversa da própria evolução.”¹⁷ Afinal, “toda organização humana perdura enquanto renasce constantemente.”¹⁸

Está-se falando de um Poder Constituinte

difuso, anônimo e político. Só achará ele explicação plausível se admitirmos a força normativa da realidade e do meio social, ou seja, a facticidade que transforma as Constituições e as rejuvenesce. [...] [P]ertence às categorias sociais que atuam à margem do quadro normativo formal. É ele expressão da realidade e tem por isso feição originária. [...] [Pois] não desampara a Constituição depois de feita, antes a acompanha e modifica. [...] É um poder constituinte material em contraste com o poder constituinte formal. Disso resulta assinalado que cada país tem ordinariamente duas Constituições: uma no texto e nos compêndios de Direito Constitucional, outra na realidade; uma que habita as regiões da teoria, outra que se vê e percebe nas trepidações da vida e da *práxis*; a primeira, escrita do punho do legislador constituinte em assembléia formal, a segunda, que ninguém redigiu, gravada quase toda na consciência social e dinamizada pela competição dos grupos componentes da sociedade.¹⁹

Ademais, muito embora toda modificação da Constituição deva ocorrer somente depois de um processo de amadurecimento, nem toda modificação da Constituição poderá esperar a superação dos entraves da deliberação política institucionalizada, necessária às reformas formais. Os mecanismos de mudança da Constituição, portanto, “devem, ao mesmo, tempo, ser munidos de flexibilidade e agilidade, para que não se incorra em lapsos ou hiatos institucionais.”²⁰

Assim, a relevância do transcorrer do tempo e das transformações históricas, políticas, culturais, sociais e econômicas, aliada à sua influência no modo como se aplicam as normas constitucionais, consagra o reconhecimento de uma categoria teórica específica a ser tratada na presente investigação. Trata-se de um instituto que reconhece a transformação do sentido de normas constitucionais, sem que se opere, não obstante,

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 123.

¹⁸ HELLER, Hermann. *Teoría del estado*. Trad. Luis Tobío. México: FCE, 1942, p. 277, *apud* NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, p. 16. Na edição da obra de Heller consultada na presente pesquisa (HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968), a citação está na p. 295.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 186-8.

²⁰ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 36.

qualquer modificação na sua forma, isto é, no seu texto. É o que se convencionou denominar “mutações constitucionais”.²¹

Em linhas gerais, pode-se dizer que o conflito entre as posições extremistas perante o positivismo jurídico (a posição mais rígida e a mais flexível) produziu o caldo de cultura do qual surgiu a Teoria da Mutação Constitucional. A vinculação formalista exacerbada ao texto da norma jurídica positiva bem como a desvinculação decisionista descomprometida com ele fez surgir um conflito que não se tem deixado vencer com facilidade: deve prevalecer a norma ante uma dada realidade, conformando-se a todo custo esta última às pretensões daquela? Ou é preciso descurar o que determina a norma ao menor sinal de resistência da realidade que não se deixa regular? Afinal, “[c]omo direito positivo, a Constituição não é somente norma, mas é também realidade.”²²

Essa reflexão leva a outra questão cuja resposta também tem sido dada com consenso apenas aparente, qual seja, aquela sobre como as normas constitucionais realmente impõem sua força normativa ou, ao contrário, cedem-na diante da força da realidade que a elas eventualmente vier a se opor.

Essa relação de tensão entre o ser e o dever-ser ora ocasiona a transformação de uma certa realidade social pela aplicação de uma norma, ora a adaptação do texto normativo a uma certa realidade social, pela sua reforma. Sob esse aspecto pode-se afirmar ser no limite da relação de tensão entre o ser e o dever-ser que as normas constitucionais têm sua eficácia posta à prova. Se nesse limite prevalecer o dever-ser, então a norma toma seu rumo normal de aplicação: a norma regula a realidade. Todavia, se prevalecer o ser sobre o dever-ser, então a norma esvazia-se de eficácia e, caso pretenda voltar a regular a realidade, reclama a sua modificação, de modo adaptar-se a ela.

²¹ Há mesmo quem sustente que a própria Constituição da República de 1988 abriu a possibilidade de se promoverem mutações constitucionais. Apesar de se tratar de uma Constituição analítica, o art. 5º, § 2º da Constituição vigente admite, pelo menos no âmbito dos direitos fundamentais, o desenvolvimento ampliativo do conteúdo das normas constitucionais, dentro da própria estrutura do sistema. V. MARINHO, Josaphat. Constituição e instabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 136, out./dez. 1997, p. 64.

²² SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, p. 153. Tradução do original alemão *Verfassung und Verfassungsrecht* (München-Leipzig, 1928). Versão livre. No original: “Come diritto positivo la costituzione non è soltanto norma, ma anche realtà.”

E aí se situa o problema da mutação constitucional: a modificação imposta pela realidade à norma constitucional pode dar-se formal ou informalmente. Vale dizer, respectivamente, mediante reforma constitucional ou mutação constitucional.

Para alguns, enquanto for possível modificar o conteúdo da norma sem mexer em sua forma (= em seu texto), melhor que assim se faça. Sob esse ponto de vista, o êxito do ser sobre o dever-ser implica primeiramente mutação constitucional e somente quando esta não for mais suficiente à adaptação da norma à realidade é que se deve propor a sua reforma. A mutação constitucional, assim, é vista como um modo de aplicação intermediário da norma, entre a reforma e a inércia perante a completa ineficácia. Melhor é modificar apenas o conteúdo da norma, tão-somente para adaptá-lo à realidade, do que modificar-lhe a forma, isto é, o texto. Para os que pensam assim, “a problemática da reforma constitucional começa lá onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam”.²³

Para outros, essa proposta inverte a ordem das coisas. Sob esse segundo ponto de vista, o reconhecimento de uma mutação constitucional é medida extremada que busca preservar a força normativa da Constituição apenas quando e enquanto não houver reforma. Mas para que tal força seja mais bem preservada, o melhor caminho é submeter os fatos às normas constitucionais na máxima medida possível com o mínimo possível de esforço argumentativo. O ideal é que haja o máximo possível de consenso, na Comunidade, de que o resultado da concretização de determinada norma constitucional é, definitivamente, aquele proposto por seu intérprete. Quanto mais distanciar-se a concretização da norma do texto que lhe dá suporte, maior a insegurança jurídica e a instabilidade política. Por isso, somente se deve operar com as mutações constitucionais quando não houver possibilidade de reformar o texto da norma constitucional objeto de tal mutação. Para os que pensam assim, melhor seria dizer-se que “*la problemática de la mutación constitucional comienza allí donde se renuncia a la reforma de la constitución.*”²⁴

²³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 46 e HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 94-5. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 163.

²⁴ STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 338.

De um jeito ou de outro, quando o comando de uma norma constitucional já não é reconhecido como vinculativo, como regulador da realidade, quando ele já não representa a vontade do Povo e é percebido exclusivamente como um comando semântico, vazio, sem força normativa, quando não passa de uma folha de papel, “*entonces la cuestión acerca de su renovación es evidente, si se quiere evitar poner en marcha el juego revolucionario del todo o nada.*”²⁵

Com efeito, o embate entre, de um lado, a dinamicidade e progressividade da vida real e, de outro, a estabilidade e conservadorismo da norma (jurídica) constitucional, nem sempre é acompanhado pela mudança formal desta última. Afinal, a regulação da vida constitucional de uma comunidade deve se dar apenas através das normas jurídicas, ou há outros meios? Sobre o assunto, há quem diga que “*el ejercicio del poder por los órganos estatales crea derecho, y el poder que crea derecho rompe siempre las formas que le obstaculizan.*”²⁶ E há quem diga que, se o jurista sempre tem em mente a lei ao executar seu mister, e se o significado da lei não fica retido no momento de sua promulgação, o jurista sempre “deve admitir que as circunstâncias foram mudando, precisando assim determinar de novo a função normativa da lei.”²⁷

Em tempos antigos havia “um acordo muito maior sobre a conotação e a denotação do texto diante do caso concreto; as opiniões varia[va]m muito menos sobre o significado de expressões como ‘atentado ao pudor’, ou ‘mulher honesta’.”²⁸ Em tempos atuais, de uma sociedade pós-moderna massificada, politicamente pluralista e altamente complexa e relativizadora, a dificuldade em se estabelecer consenso em torno dos modos de pautar-se a vida de cada um dificulta a aplicação unificada do Direito. “O pluralismo conflitante de interesses retalha e dinamita”²⁹ qualquer tentativa de unificação da titularidade do poder normatizador centralizado. Nesse cenário da ciência jurídica, em que o texto perde espaço na formulação da norma, uma coisa é certa:

²⁵ STERN, Klaus. Ob. cit., p. 228.

²⁶ TEZNER. *Konventionalregeln und Systemzwang* (1916), p. 609, *apud* DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 144.

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 429.

²⁸ ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 81.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 194.

o sistema [constitucional] vai muito além dessas bases textuais, é uma conclusão direta: o sentido e o alcance dos termos, a coerência argumentativa e os conflitos não estão ali nesse livro que se chama “a Constituição” e, nem por isso, deixam de fazer parte do universo constitucional.³⁰

Assim, de um lado as porções de realidade que não se deixaram amoldar pelas regulações das normas constitucionais e, de outro, a vitalidade e dinamicidade inerentes a essas normas, pela sua natureza ampla e textura aberta, com constantes modificações de posicionamentos, conforme demandar a realidade, pressionaram a doutrina constitucional estrangeira a abordar o assunto e a teorizar sobre ele. Sob esse panorama, e considerando-se que, “colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito”,³¹ foi-se desenvolvendo essa nova categoria teórica de modificação da Constituição que é a mutação constitucional.

A tarefa de se estabelecer a admissibilidade de uma determinada mutação constitucional tem sido enfrentada com grande dificuldade pelos constitucionalistas estrangeiros. Sustentar seriamente a ocorrência de uma mutação constitucional, especialmente no âmbito judiciário, é um ato extremamente tormentoso, e demanda não apenas muita (e robusta e trabalhosa) argumentação, como chega a requerer coragem. É que “*entre la mutación constitucional admisible por vía de interpretación concretizadora mediante el desarrollo judicial del derecho y la mutación constitucional inadmisibile sólo hay un pequeño espacio.*”³²

Sem dizer muito, mas definindo algum contorno do instituto, pode-se afirmar que mutação constitucional é um meio de modificação da norma constitucional, ou de todo o ordenamento constitucional, que apresenta duas características: (a) não ocorre segundo a forma estabelecida na Constituição (não obedece ao procedimento formal estabelecido para modificar a norma constitucional); e (b) não altera o texto da norma constitucional. Isso se dá, em grande parte, na medida em que a norma constitucional “tem a pretensão de conformar os fatos sociais ao seu mandamento, mas não é imune nem às resistências que eles podem oferecer, nem aos chamados fatores reais do

³⁰ ADEODATO, João Maurício. Ob. cit., p. 76.

³¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 42.

³² STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 339. Grifos no original.

poder”,³³ e em que “*en la dinámica del acontecer político sus preceptos pueden ser desarrollados y perfeccionados.*”³⁴ Veja-se, também, que essas duas características demonstram que a mutação constitucional corresponde a mudança “informal” sob dois aspectos: não se dá de acordo com a forma estabelecida na própria Constituição modificada e não modifica a forma dessa mesma Constituição.

Sob esse aspecto, as mutações constitucionais “*producen un efecto prodigioso: ir adaptando los Textos Fundamental [sic] a las exigencias vitales de la política*”.³⁵

Nesse sentido, também o Poder Judiciário³⁶ e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, acaba por deparar-se com mutações constitucionais. Afinal, “a maior das atribuições de uma Corte Suprema, de uma Corte Constitucional, é fazer [...] a construção jurisprudencial, ajustando a Constituição formal à Constituição substancial, viva.”³⁷ Em outras palavras,

o exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la.”³⁸

Pois se é certo que ao Supremo Tribunal Federal compete permanentemente elaborar a Constituição Federal, através da interpretação e da construção

³³ BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 213.

³⁴ STERN, Klaus. *Derecho del estado...* Ob. cit., p. 229.

³⁵ VERDÚ, Pablo Lucas. Estudio preliminar en DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 14.

³⁶ A propósito, Klaus Stern observa que a difícil relação entre o juiz e a lei está “sujeita, no transcurso do tempo, a transformações dependentes da respectiva estrutura jurídica e da Constituição que o poder constituinte do povo deu ao Estado em questão.” STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito, trad. Peter Naumann, in: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). *Direito constitucional* – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 506.

³⁷ Voto do Ministro Carlos Velloso na Questão de Ordem em Agravo Regimental na Reclamação 1.880-6/SP, proferido em 06.11.2002. A expressão entre aspas é atribuída pelo Relator a Francisco Campos. Cf. p. 313, abaixo, ou mais especificamente, nota de rodapé nº 1.074.

³⁸ Ementa da decisão proferida na ADI n. 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, publicação em 20.08.2010, DJe n. 154.

jurisprudencial,³⁹ também é certo que mesmo essa “reformulação” que o Supremo está autorizado a fazer encontra limites na própria Constituição. Do contrário, não se falaria em “reformular”, mas em “reformular” com a bizarra qualidade de não mudar a forma, o que mais propriamente poderia ser classificado como “deformar”.⁴⁰

Por isso importa à comunidade científica dar-se ao trabalho de sistematizar a mutação constitucional, primeiro no plano teórico-doutrinário e depois no plano prático-jurisprudencial. À dogmática constitucional compete verificar se as reflexões realizadas ao longo da história sobre esse tema chegaram aos corredores forenses, tanto para permitir o desenvolvimento da matéria no âmbito dos tribunais – e, portanto, da vida cotidiana – como para promover eventuais ajustes, caso sejam encontradas distorções ou distinções injustificadas.

A relação entre os desenvolvimentos doutrinários e os jurisprudenciais que se pretende fazer na presente pesquisa, relativamente ao tema das mutações constitucionais, torna relevantes as ponderações de Castanheira Neves. Ele defende a existência de duas faces de participação da doutrina ante a realização jurisdicional do direito. A primeira chama de

face antecipante ou autônoma. Autônoma no sentido de ser construção dogmática que faz o sistema jurídico a partir da escolha dos princípios e regras; antecipante porque prévia à aplicação desse sistema construído pela jurisdição. A doutrina, logo, torna plausível e mais fácil à jurisdição a aplicação do ordenamento jurídico eis que busca sistematizar e dar o sentido de justiça àquele conjunto de regras e princípios normativos.⁴¹

³⁹ Há uma certa divergência doutrinária acerca da distinção entre interpretação judicial e construção judicial. Para alguns, tratam-se de duas espécies distintas; para outros, esta seria espécie daquela. No presente estudo, tratar-se-ão, doravante, interpretação e construção (judicial ou não) como sinônimos, especificamente porque o tema sob análise, a mutação constitucional, pressupõe justamente a liberdade do intérprete para utilizar o texto da norma apenas como ponto de partida, devendo analisar, além dele, as circunstâncias concretas de sua aplicação. Assim, quando se falar em interpretação nesta pesquisa, estar-se-á referindo, implicitamente, ao modo construtivo de interpretação. Sobre a divergência doutrinária, cf., entre outros, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Hermenêutica constitucional*. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 970-2.

⁴⁰ “Os limites entre a interpretação e a criação do direito são fugazes, inseguros, movediços, passando-se às vezes quase imperceptivelmente da interpretação declaratória para a interpretação constitutiva, e por via desta – o que é mais grave – para a interpretação *contra legem*. Corre o juiz ou o intérprete o risco de não interpretar a lei, mas de reformá-la.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 523.

⁴¹ NEVES, António Castanheira. Fontes do direito – contributo para uma revisão de seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, número especial: “Estudos em homenagem aos professores

A segunda face é a chamada “face complementar ou de continuação da normatividade”, que é a da “reelaboração jurídico-dogmática, uma atividade reconstituente do sistema jurídico após o exercício da função jurisdicional [...], e que não é meramente recognitiva, mas reconstituente do sistema jurídico.”⁴² Isto é, cabe à doutrina reelaborar o Direito a partir do estado em que ele se encontra pela construção jurisdicional.

Para Castanheira Neves, só pode denominar-se “jurisprudência” esse contínuo devir de construção e reconstrução do discurso do direito, que não é bipartido, mas uno, onde um não é caudatário do outro, mas entre si são complementares e globalizantes. “Mais do que de dois modos constituintes, a jurisdição e a doutrina, deverá falar-se de um modo constituinte global, a *jurisprudência* – ou então de *Juristenrecht* ou de ‘direito jurisprudencial’.”⁴³

Eis porque, pelo ideal interativo entre doutrina e jurisdição, o sistema jurídico pode ser chamado de um sistema de “reconstrução dialética”.⁴⁴

Isso significa que a tarefa legítima da doutrina não é a de trabalhar apenas na perspectiva do “horizonte metafísico”.⁴⁵ Ao contrário, o papel da doutrina é o de filtrar o fenômeno jurídico pelo crivo científico, vale dizer, racional. E a “racionalidade do novo positivismo pretende-se tanto funcional quanto substancial, isto é, não apenas tecnicamente efetiva como também construtora da legitimidade do Estado

doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz”. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, pp. 278-80, *passim*, *apud* RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *O mandado de injunção nos julgados do Supremo Tribunal Federal*. 1995, 193 f. Dissertação (Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1995, p. 09

⁴² NEVES, António Castanheira. Ob. cit., pp. 278-80, *passim*, *apud* RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Ob. cit., pp. 09-10. Grifos no original.

⁴³ NEVES, António Castanheira. Fontes do direito – contributo para uma revisão de seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, número especial: “Estudos em homenagem aos professores doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz”. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, pp. 278-80, *passim*, *apud* RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *O mandado de injunção nos julgados do Supremo Tribunal Federal*. 1995, 193 f. Dissertação (Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1995, pp. 09-10. Grifos no original.

⁴⁴ NEVES, António Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen). *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, número especial: “Estudos em homenagem ao professor doutor J. J. Teixeira Ribeiro”. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979, p. 171, *apud* RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Ob. cit., p. 09

⁴⁵ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Ob. cit., p. 11

constitucional e social de direito e da democracia.”⁴⁶ E se o Direito é racional (em oposição a ser arbitrário), então a doutrina (racional) precisa ser levada a sério, porque “o juiz deveria manter-se aqui isento de arbítrio; a sua decisão deveria fundamentar-se em argumentação racional”.⁴⁷ Dizer o contrário é dizer que os Tribunais podem prestar jurisdição de maneira irracional, vale dizer, arbitrária, como se bastasse que a decisão adviesse de um órgão judiciário para ser legítima, independentemente de seu conteúdo.

Trata-se de uma atividade [a jurisdicional] que se desenvolve com respeito ao contraditório e segundo regras sobretudo deontológicas, com a finalidade de assegurar a escolha das melhores alternativas no âmbito interno do “razoável”. Poder [do juiz], pois, controlável sob o plano da logicidade.⁴⁸

A refutação ou o acolhimento da argumentação desenvolvida nas decisões judiciais, que é a crítica doutrinária, é a “reconstrução de objetos”⁴⁹ que dará consistência e unidade de sentido ao Direito.

No mais, é o diálogo, a aceitação ou reprovação dos julgados, com as necessárias críticas a fazer, numa contínua e permanente reconstrução de um sistema jurídico também contínua e permanentemente mutante – um *moto perpetuo*; reconstrução a qual não é mais que a captação de um dado instante dessa móvel realidade, não mais que a fotografia do bólido em meio a um Grande Prêmio sem número definido de voltas. [...] A uma crítica desabonadora dos julgados, porque discordante dos rumos dados pelos tribunais na aplicação das normas jurídicas, tem-se não uma mera vindicação de mudança ao entendimento sobre a matéria dos tribunais. Mas mesmo a legitimidade do discurso jurisdicional sofrerá abalos, e tal poder teórico de abalo é mais uma função dada à doutrina no interior do sistema jurídico.⁵⁰

⁴⁶ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 92.

⁴⁷ BVerfGE 34/269 (287), *apud* STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito, trad. Peter Naumann, in: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 509.

⁴⁸ PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição, in: Nicola Picardi, *Jurisdição e Processo*. Org. e trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 20.

⁴⁹ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *O mandado de injunção nos julgados do Supremo Tribunal Federal*. 1995, 193 f. Dissertação (Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1995, p. 13.

⁵⁰ RODRIGUES, Ob. cit., pp. 12-3. Grifos no original.

Por isso a presente pesquisa pretende contribuir para a promoção da Unidade do Direito relativamente à mutação constitucional: sintonizar doutrina e jurisprudência, explicitando a sua relação e aumentando o seu diálogo, para aferir, pelo critério racional, o fio condutor do desenvolvimento do tema.

Evidentemente, encerrar essa tarefa é algo que está muito além da proposta deste trabalho. Na verdade, a intenção é despertar a curiosidade intelectual da comunidade jurídico-científica e iniciar os interessados no tema em um caminho de brita que possa, mais adiante, quiçá, vir a tornar-se pavimentado. A intenção é analisar uma parte do que até aqui já se desenvolveu sobre o assunto, no plano científico, e comparar com o que se tem efetivado, na prática, sobre esses desenvolvimentos. Pretende-se confirmar, nos julgados do Supremo Tribunal Federal, as orientações doutrinárias; verificar em que aspectos a vida real necessitou oferecer outras respostas não encontradas na teoria; destacar discrepâncias entre o que se propõe em tese e o que se realizou na práxis, a fim de averiguar se essas discrepâncias se justificam ou não.

Para tanto, pesquisar-se-ão, as origens desse instituto, quais são seus pressupostos filosóficos e que problemas reais motivaram, no início e até hoje, o seu desenvolvimento, na Alemanha, nos Estados Unidos da América e no Brasil (Cap. 1 – “Origens da mutação constitucional”).

A seguir, analisar-se-ão alguns dos principais elementos da Teoria da Mutações Constitucional, no entender do autor, a partir dos estudos já desenvolvidos sobre a matéria. Cada um desses elementos, separados no trabalho por capítulos, possui, na sua base, uma indagação cujas respostas pretendem formular uma proposição científica para as mutações constitucionais: o que pressupõe a ocorrência de mutações constitucionais (Cap. 2 – “Pressupostos da mutação constitucional”), para que servem (Cap. 3 – “Funções da mutação constitucional”), como elas podem ocorrer (Cap. 4 – “Instrumentos da mutação constitucional”) e até que ponto elas podem mudar a Constituição (Cap. 5 – “Limites da mutação constitucional”).

Ao final, analisar-se-ão as principais decisões do Supremo Tribunal Federal que trataram do assunto, cotejando-se suas conclusões e os argumentos utilizados pelos ministros com as propostas doutrinárias e os elementos sugeridos nesta pesquisa que dão contornos à mutação constitucional (Cap. 6 – “Mutações constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”).

E assim propõe-se demonstrar, até onde for possível, o “estado atual da arte”, tanto na teoria como na prática do Supremo Tribunal Federal, acerca da mutação constitucional.

Ressalte-se, por fim, que a presente pesquisa não intenciona apenas expor, como também, em modesta medida, pretende criticar. Isto é, com a revisão bibliográfica verificar-se-á possível aferir o que efetivamente possa ser designado como uma mutação constitucional e, quando não ocorrer o preenchimento dos elementos que a compõem, acabe recebendo a mácula de “mutação *in*constitucional”, justamente por desbordar dos limites dogmaticamente aceitáveis desse instituto.

1. Origens da mutação constitucional

Diversos métodos já foram empregados no decorrer da História no desenvolvimento da Ciência do Direito. Tomando como referência a significativa experiência jurídica romana, notadamente por causa da sua influência na cultura e ordenamento jurídicos no Brasil, pode-se elaborar um panorama geral traçando-se um paralelo entre duas das grandes recepções do Direito Romano pelo pensamento jurídico europeu continental (e, conseqüentemente germânico e luso-brasileiro).⁵¹

A primeira foi realizada nas universidades medievais, a partir de Bolonha, pela Escolástica e pelo Humanismo, com as glosas e comentários que permitiram a adaptação do Direito Romano a uma sociedade muito diferente daquela para que ele fora, de início, pensado. Contudo, a tarefa de adaptação a outros tempos não incluiu a de sistematizar de forma ordenada as proposições dos *Digesta* que, àquele tempo, consistiam em verdadeiras massas fragmentadas de normatizações, de volume descomunal, cuja aplicabilidade era resultado de cada novo caso concreto que dependesse de uma decisão. Isto é, o *Corpus Iuris Civilis* continuou sendo um repositório de proposições prudenciais e tópicas, que se avolumavam conforme surgiam novas situações dependentes de regulação, o que tornava difícil o manuseio das fontes e possibilitava, nestas, eventuais repetições, lacunas e contradições.⁵²

Surgindo como um contraponto, a segunda grande recepção a que se referiu é aquela que, sob influência do pensamento iluminista-cartesiano – cuja transposição para as Ciências Humanas atribui-se a Thomas Hobbes⁵³ –, propugnava uma sistematização geral e abstrata das proposições romanísticas, erigindo um determinado número de princípios nucleares, dos quais, por dedução, seriam depois retiradas as soluções para os casos individuais que se apresentassem, no movimento usualmente denominado

⁵¹ Cf. CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Whilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983), pp. LXXI-C.

⁵² Sobre o tema, cf. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979, especialmente pp. 45-57.

⁵³ Nessa nova visão, todo o edifício das Ciências Humanas assentaria nalguns quantos postulados gerais (como a aspiração à sobrevivência dos homens, a guerra como estado natural reinante entre eles, a insegurança provocada, a necessidade de solucioná-la com recurso ao Estado e à sociedade, a privação da liberdade assim ocasionada, etc.), dos quais, por dedução, seria possível retirar os demais elementos (sociedade, Estado, poder, etc.). V. CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Whilhelm. Ob. cit., pp. LXXVIII-LXXIX.

jusracionalismo. Pensar o Direito, nesses moldes, significaria pensar em soluções as mais genéricas e abstratas possíveis que pudessem regular, cada uma, o maior número possível de situações concretas. Assim, a Ciência do Direito termina como que se desenvolvendo no éter, em um grau de abstração já incompreensível para os não iniciados e de pouca utilidade prática na sua efetiva e concreta aplicação.

A essa segunda metodologia pode-se atribuir a forma de pensar o Direito através de fórmulas logicistas que redundou no que António Menezes Cordeiro chama de “irrealismo metodológico”. A crítica feita a esse método é a de que, em linhas gerais, ele consiste num abandono de uma das missões precípuas do Direito, que seria a de solucionar litígios e apaziguar os conflitos sociais, pela opção por um

metadiscurso que, por objecto, tem não já o Direito, mas o próprio discurso sobre o Direito, [...] inaplicável a questões concretas e logo indiferente ao Direito. Surge, então, uma metalinguagem, com metaconceitos e toda uma sequência abstracta que acaba por não ter já qualquer contacto com a resolução dos casos concretos.⁵⁴

O jusracionalismo estaria, a essa luz, destinado ao fracasso: a pretensão de intuição racionalista da coisa social e de dedução logicista subsequente desconhece, por definição assumida, toda a riqueza histórico-cultural pré-dada, que não se pode escamotear.⁵⁵

A natureza cultural do Direito, preconizada de modo pioneiro pela Escola Histórica, coloca o fenômeno jurídico na categoria das criações humanas, configuradas por evolução paulatina e por uma complexidade causal que as torna imprevisíveis e impossíveis de serem enclausuradas em modelos rígidos de lógica formal. Sob esse aspecto, o Direito apresenta-se como um fenômeno pré-dado:⁵⁶ o jurista deve apreendê-lo do exterior, tal como se encontra em coordenadas históricas e geográficas, bem como levando em consideração a realidade sociológica, política, econômica, moral, religiosa, etc. da sociedade em que se insere, e das circunstâncias que envolvem os próprios fatos específicos que pretende regular.

⁵⁴ CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Whilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983), pp. XXV e XXVIII.

⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Whilhelm. Ob. cit., p. LXXX.

⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Whilhelm. Ob. cit., p. LXI.

Nesse sentido, pretende o presente estudo demonstrar de que maneira alguns autores contemporâneos destacam a importância da consideração do que aqui se convencionou chamar de “realidade constitucional”, os dados concretos da vida a partir dos e para os quais o Direito Constitucional existe.

Primeiramente, é importante alertar que os principais desenvolvimentos científicos sobre o tema se deram fora do Brasil, notadamente na Alemanha, onde a força de movimentos como a Jurisprudência dos Conceitos evidenciaram aquele irrealismo metodológico referido anteriormente.⁵⁷ Por esse motivo, a maioria das reflexões desenvolvidas nesta pesquisa foram inicialmente propostas por autores estrangeiros, especialmente alemães. Com isso não se busca aplicar cegamente as teorias de mutação constitucional de experiências de outros países. A ideia é aprender com elas, compreendendo-as, para fomentar uma teoria própria e que possa ser aplicada aqui, no fim metodológico desta investigação, que é expor e comparar a teoria e a prática da mutação constitucional no Brasil.

Para uma compreensão mais adequada de como o tema foi historicamente construído, pode ser útil traçar uma linha do tempo indicando as sucessivas propostas teóricas de autores que ora buscavam inaugurar novos debates, ora complementar as propostas já existentes, bem como destacando os problemas que eles procuraram diagnosticar ou tentaram resolver.

1.1 Alemanha

Ferdinand Lassalle pode ser destacado como um grande precursor do problema por trás das mutações constitucionais. Orador eloquente, Lassalle proferiu em Berlim uma inflamada palestra sobre a essência da Constituição, em abril de 1862, no contexto em que a economia se deparava com a Revolução Industrial, a política com o desenvolvimento do socialismo e a sociologia com o do materialismo dialético. A

⁵⁷ Sobre o tema, cf. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979, especialmente pp. 75-85 e CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983), pp. XIII-XX.

palestra foi impressa e distribuída como um panfleto.⁵⁸ Ficou célebre a afirmação que a ele se atribui de que a Constituição “não passa de um pedaço de papel”, sendo, na verdade, o resultado da disputa de forças travadas entre “fatores reais de poder”, os quais constituiriam a verdadeira base sobre a qual se constrói o Estado e a Sociedade.⁵⁹

60

Certamente a visão de Constituição de Ferdinand Lassalle como um documento estritamente sociológico e político bem como as objeções que ele levantou à sua normatividade não apenas apontaram para o problema posteriormente desenvolvido pela Teoria da Mutação Constitucional, como também constataram o que mais adiante viria a ser reconhecida como uma das principais bases dessa teoria – a força normativa do fático. Sem dúvida a contribuição de Lassalle também influenciou a visão desse fenômeno por parte dos doutrinadores que, após ele, enfrentaram o tema. No entanto, na época em que Lassalle escreveu ainda não se cogitava – pelo menos não consciente e sistematizadamente – sobre a força dos fatores reais de poder como um meio de mudança da Constituição jurídico-normativa, talvez justamente porque essa concepção de Constituição somente adquiriu força mais tarde. Por isso, a contribuição de Lassalle para a Teoria da Mutação Constitucional foi diagnosticar a fragilidade dos textos constitucionais ante os fatores reais de poder e dar o *start* para as reflexões acerca da influência desses fatores sobre as normas positivadas na Constituição.

Concepção oposta a essa é comumente atribuída a Paul Laband e Hans Kelsen⁶¹ que, em resposta à proposta sociológica anterior, desenvolvem um positivismo formalista que credita ao legislador poderes para impor à realidade a normatização que pretender, “amparado na crença fácil de que a sociedade, ou melhor, a realidade do Estado constitucional, se deixa reger todo por regras ou normas jurídicas.”⁶² Seguindo essa concepção, “o positivista, como intérprete da Constituição, é conservador por

⁵⁸ LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933 - versão para eBook: eBooksBrasil.com, 2009. Extraído do original: *Über Verfassungswesen: zwei Vorträge und ein offenes Sendschreiben*. Berlin: 1862.

⁵⁹ LASSALLE, Ferdinand. Ob. cit., pp. 30-1.

⁶⁰ Para ilustrar a proposta, Victor Nunes Leal observa que “no conflito com Carlos I, venceu o parlamento que, dispondo de exército mais poderoso e organizado, destronou e executou o monarca. No conflito com Cromwell, como era a este que o exército obedecia, perdeu o parlamento.” E mais adiante, recorda que “do ponto de vista sociológico, o poder não é um princípio, uma norma. É um ‘fato’, que se produz no meio social.” NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, p. 15.

⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria general del estado*. 3. ed., México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171.

excelência. Quem muda a Constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete.”⁶³

Tanto é assim que um dos principais elementos do conceito de mutação constitucional, o da mudança da Constituição através de meios não formalmente estabelecidos por ela própria, equivale, para Kelsen, ao conceito de revolução⁶⁴ - muito embora outro elemento do conceito de mutação constitucional (o de não alteração do texto da Constituição) seja indiferente à doutrina de Kelsen, que admite a difícil dicotomia entre Constituição formal (escrita) e material (não escrita).⁶⁵ Estado e Direito, sob essa ótica, fundem-se, essencialmente, em um sistema de encadeamento de normas. O Estado é uma ordem jurídica.⁶⁶

Essa disputa teórica entre a concepção normológico-formal e a sociológico-material da Constituição ficou ainda mais polarizada quando Carl Schmitt conceituou o poder constituinte como “*la voluntad política cuya fuerza [potestas] o autoridad [auctoritas] es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política.*”⁶⁷ Ou seja, para Schmitt, a norma constitucional é a

⁶³ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 172.

⁶⁴ “Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações desta. Dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduos. Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através dos processos não previstos pela Constituição até ali vigente.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 233.

⁶⁵ “Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como ‘Constituição’ que – como Constituição escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos.” KELSEN, Hans. Ob. cit., pp. 247-8. Com isso quer-se deixar claro que a inviabilidade da mutação constitucional, para Kelsen, não está na regulação constitucional por meio de normas não escritas, mas no problema de a Constituição ser modificada através de procedimentos não previstos pela Constituição (escrita ou não). Assim, se, por exemplo, uma Constituição não escrita preveja meios de modificação – obviamente – também não escritos, isso é consentâneo com a proposta de Kelsen. A rigidez da mudança da Constituição só se aplica às Constituições escritas. Pois em se tratando de uma Constituição inteiramente consuetudinária, “também as normas que têm o caráter de Constituição material podem ser revogadas ou alteradas por leis simples ou pelo Direito consuetudinário” (pp. 248-9), evidenciando que a intenção de Kelsen é proteger a Constituição escrita contra meios de mudança constitucional não previstos por ela própria (e não contra meios informais ou, digamos, “fáticos” de mudança constitucional).

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria general del estado*. 3. ed., Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1969.

⁶⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Série Colección Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Publico, v. VIII. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s. d., p. 86. Embora o autor trace as distinções entre os conceitos de *auctoritas* e *potestas*, para fins do argumento utilizado no texto

decisão tomada pela vontade política daquele que se sobrepõe. “Ao culto da norma, contrapõe ele o culto do fato, às regras formais os valores existenciais. O político prepondera sobre o jurídico.”⁶⁸ Assim, se o positivismo normativo-formal desconsiderava a possibilidade de resistência da realidade às normas, o decisionismo político desconsidera a possibilidade de a norma regular a realidade.

Nessa dicotomia, Kelsen e Schmitt polarizam posições antagônicas, “Kelsen sustentando, conforme observa Wimmer, que ‘algo vale, quando vale e porque vale’ (*‘Ewas gilt, wenn gilt und weil gilt’*) e Schmitt [...] professando que ‘algo vale, quando existe e porque existe’ (*‘Etwas gilt, wenn es ist um weil es ist’*).”⁶⁹

Os equivocados desenvolvimentos posteriores do positivismo levaram a uma deturpação da sua verdadeira proposta. Paulo Bonavides faz uma interessante observação ao discorrer sobre a crise da juridicidade das Constituições no contexto alemão:

Afigura-se-nos que o conceito positivista de certo modo concorreu para quebrantar a majestade da lei quando começou a decadência do Estado liberal, ao despi-la do indumento de socialidade racionalista de que se revestia, porquanto, atendendo unicamente à forma, ou seja, ao correto processo elaborativo, fê-la, contudo perder a rigidez material para receber licitamente todo conteúdo que o legislador cuidasse proveitoso ao interesse do Estado.

Utilizada à vontade pelo Estado da forma que mais lhe conviesse, a lei, tanto quanto a Constituição, entrou em declínio num determinado espaço ideológico, ficando sua juridicidade – e juridicidade vale aqui o mesmo que legitimidade – minada com a perda do caráter genérico e abstrato que lhe era peculiar, com os casuísmos de conteúdo e com a indiferença a considerações relativas ao direito justo.⁷⁰

Mas a crítica à concepção normológica que interessa para os fins deste estudo é a de que tal concepção opera sob uma fuga da realidade ou, “como diz o neokantiano

pode-se dizer que ambos são o elemento externo, de realidade, que condiciona a produção da norma constitucional, indo ao encontro do argumento de Lassalle.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 104.

⁶⁹ WIMMER, Norbert. *Materiales Verfassungsverständnis*, 1971, p. 79, *apud* BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 105.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 184.

Erich Kaufmann, fuga para ver-se livre da acabrunhante e esmagadora variedade infinita que se acha contida na realidade.”⁷¹

Porém, ao perder contato com a realidade, pela aplicação extremada da proposta positivista, essa concepção levava à Teoria do Estado um exclusivismo normativo e formalista que recebeu a crítica de Rudolf Smend de se tratar de um “nihilismo científico-espiritual” (*geisteswissenschaftlichen Nihilismus*).⁷² Daí a contribuição de Rudolf Smend,⁷³ que propõe um método científico-espiritual de interpretação da Constituição como integração jurídica da comunidade, o qual “representa a tentativa de superar o contraste rígido entre norma e fato, deslocando o problema para o debate sobre estática e dinâmica na teoria do Estado.”⁷⁴

Em defesa dessas considerações metodológicas, Smend observa que

[t]oda ciência da vida espiritual não pode, portanto, conceber seus objetos mais importantes, quais sejam, o indivíduo, a comunidade, a conexão objetiva de sentido, apenas como elementos, fatores, objetos isolados ou assuntos da vida espiritual, e cujas interrelações devem ser investigadas, mas como momentos de uma coordenação dialética, cujos membros são, se são alguma coisa [...], coordenadamente polarizados.⁷⁵

Assim, Smend entendia que a Constituição deveria ser sempre interpretada em sua totalidade e em total relação com a realidade. Para ele a Constituição era, por assim dizer, o processo de integração do Estado, um ordenamento em cujo interior transcorre a realidade vital estatal. Com isso ele se opunha à “modalidade de interpretação empregada pelo método usual dos positivistas e formalistas como Laband, o

⁷¹ KAUFMANN, Erich. *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, p. 26, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 174.

⁷² SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, p. 131, apud BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 100.

⁷³ SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988. Originals alemães: *Verfassung und Verfassungsrecht*. München-Leipzig 1928; *Integrationslehre*, Berlin 1956; e *Integration*, Stuttgart-Berlin 1959.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 179.

⁷⁵ SMEND, Rudolf. *Costituzione...* Ob. cit., pp. 65-6. Versão livre. No original: “Ogni scienza della vita spirituale non può dunque concepire i suoi più importanti oggetti, cioè il singolo, la comunità, la connessione oggettiva di senso, come elementi, fattori, soggetti od oggetti isolati della vita spirituale, i cui rapporti reciproci dovrebbero essere da essa indagati, bensì come momenti di una coordinazione dialettica, i cui membri sono semmai (come negli esempi sopra citati) polarmente coordinati tra loro.”

constitucionalista da era bismarckiana, a quem Smend repreende o ignorar a realidade e o conteúdo da norma.”⁷⁶

Por isso, Rudolf Smend pode ser considerado um “dos mais agudos em assimilar pois a importância da mudança constitucional, ultimada fora dos processos formais explícitos e técnicos de reforma da Constituição.”⁷⁷

Porém, um dos primeiros juristas a dedicar uma obra exclusivamente às mutações constitucionais foi, por razões óbvias, fortemente influenciado pela corrente da força normativa do fático. Georg Jellinek⁷⁸ é pioneiro no tema ao tratá-lo em 1906, na Alemanha.⁷⁹ O autor não chegou a elaborar uma proposta sistemática sobre o assunto, até mesmo porque era partidário de um dualismo metodológico que lhe impunha uma visão dicotômica entre Direito e Política, dificultando uma teorização jurídica mais dogmática. Sua maior contribuição foi a de chamar a atenção da comunidade para o fato de que a realidade, muitas vezes, não se amolda à normatividade constitucional. Essa, aliás, é uma proposta que encontra abrigo na visão geral que Jellinek tem sobre o Direito, muito propensa à força normativa do fático como decorrência de uma visão psicologizante do Direito. A investigação de Jellinek apresenta diversos exemplos, a partir dos quais é possível apreender alguns elementos que poderiam compor o conceito de mutação constitucional para o autor.

Depois de Jellinek veio a proposta de Hsü Dau-Lin,⁸⁰ que é um jurista chinês discípulo de Rudolf Smend. O autor foi o primeiro a elaborar uma obra sistemática

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 478. Bonavides, apoiado em Friedrich Müller, observa ser o “método lógico-dedutivista de Laband, um ‘método jurídico’ de aparente neutralidade mas em rigor destinado a tolher a crítica e a manter na época um determinado *statu quo* político e ideológico: o antiliberalismo de Bismarck. É a idêntica crítica que se fez, com toda a procedência, ao pseudoneutralismo da teoria pura do direito de Kelsen, tão ideológica quanto a metodologia de Laband, de que é, aliás, num amplo sentido, a continuidade mesma.” Ob. cit., p. 501.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 180.

⁷⁸ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Série Clásicos Políticos. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Trad. Christian Förster. Rev. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Original alemán: *Verfassungsänderung und Verfassungswaandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek*. Berlin Verlag von O. Härig, 1906.

⁷⁹ Na verdade, a doutrina faz referência a texto de Paul Laband escrito em 1895 (“*Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*”), onze anos antes que Jellinek publicasse sua obra. Esse texto, contudo, deixou de ser analisado, não apenas pela barreira do idioma, mas também pela maior repercussão do trabalho de Jellinek e pela continuidade teórica dada a esse trabalho. Ou seja, pela sucessão de trabalhos que se propuseram a criticá-lo e que formaram a linha do tempo dogmática que culminou no atual estágio de desenvolvimento teórico sobre a mutação constitucional.

⁸⁰ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. Original alemán: *Die Verfassungswandlung*. Berlin und Leipzig, 1932.

sobre as mutações constitucionais, e procurou refutar conceitos que entendia não justificar essa categoria teórica, desenvolvendo analiticamente outros que, no seu entender, inseriam a mutação constitucional na dogmática do Direito Constitucional. Dau-Lin elabora sua teoria da mutação constitucional em continuidade à teoria de Jellinek, trazendo-a para dentro da proposta maior de Smend, do Direito Constitucional como integração jurídica.

Na revisão bibliográfica das obras de Jellinek e Dau-Lin, pode-se verificar que a postura de ambos os autores (do primeiro mais do que do segundo) diante da mutação constitucional é uma postura quase que “derrotista” das normas perante os fatos. Quer dizer, Jellinek e Dau-Lin acabam desacreditando a capacidade das normas constitucionais de regular a vida constitucional ante a suposta força normativa do fático, embora este último autor tenha iniciado o trabalho de restrição dessa força, ao fazer esclarecidas críticas à corrente que a reconhece. Mas com essa postura, nenhum dos autores conseguiu estabelecer limites às mutações constitucionais.

Hermann Heller não chegou a tratar especificamente das mutações constitucionais. Mas ao estudar sobre a Teoria do Estado⁸¹ acabou trazendo luzes à polêmica acerca do aspecto psicologizante do Direito, muito desenvolvido por Jellinek, segundo o qual aquilo que usualmente se faz torna-se obrigatório. Heller propôs uma distinção entre, de um lado, a normalidade, ou normalidade de fato (o que ordinariamente acontece porque acontece) e, de outro, a normatividade, ou normalidade normada (o que ordinariamente acontece por haver um juízo positivo de valor, seja em razão de um mero hábito, seja por efeito de normas autônomas e conscientes).⁸² Nem todo fato tem força normativa e, portanto, não se pode admitir que qualquer fato acabe modificando a norma constitucional. Com isso Heller conseguiu aumentar os contornos dos limites das mutações constitucionais.

Mas o acabamento dogmático dessa contribuição está na obra de Hesse, que se propõe não apenas a continuar a obra de Dau-Lin como adaptá-la às reflexões de Heller, trazendo ambas para dentro de sua própria proposta geral da Força Normativa da

⁸¹ Cf. HELLER, Hermann. *Staatslehre*, (1934). Tradução espanhola: *Teoría del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. Em português: *Teoria do estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

⁸² HELLER, Hermann. *Teoría del estado*. Trad. Luis Tobío. México: FCE, 1942, p. 278, *apud* NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, p. 16.

Constituição: a proposta de Herman Heller intermedeia as de Dau-Lin e de Konrad Hesse. Assim, a obra iniciada por Jellinek e continuada por Dau-Lin aparentava estar inacabada, mesmo com as reflexões de Heller, até a sua complementação por Konrad Hesse. Os dois primeiros pareciam, como dito, de alguma maneira lamentar a derrota da Constituição jurídica para a Constituição histórica e sociológica, ou a sucumbência das normas constitucionais ante a realidade constitucional, como se não houvesse limite às forças da realidade e, por conseguinte, às mutações constitucionais.

Com efeito, Heller insinua uma distinção útil para Hesse, que incorpora o problema da mutação constitucional à sua teoria base, a da Força Normativa da Constituição, e ao seu conceito de Constituição, como ordem fundamental jurídica da coletividade, a qual visa à formação da unidade política através da ordem jurídica, com a atuação simultânea e equivalente dos seus elementos atualizador e estabilizador.

Sobre essa base teórica, Konrad Hesse busca tanto a justificativa e a finalidade da mutação constitucional, como também os seus mecanismos e limites e, no entender do autor da presente pesquisa, consegue “fechar” a teoria das mutações constitucionais iniciada por Jellinek e continuada por Dau-Lin, por demonstrar tanto a necessidade como a possibilidade de se estabelecer limites às mutações constitucionais. Assim, a noção de mutação constitucional de Konrad Hesse decorre basicamente de três elementos: o seu conceito de Constituição, o de sua força normativa e o de interpretação constitucional, este último com apoio na teoria de Friederich Müller.⁸³

Apesar de Hesse não ter uma obra especificamente dedicada ao tema,⁸⁴ o conjunto de seus escritos permite elaborar uma teoria da mutação constitucional à sua visão.⁸⁵

⁸³ Cf. MÜLLER, F. *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (1968), MÜLLER, F. *Thesen zur Struktur von Rechtsnormen*, ARSP LVI (1970) e MÜLLER, F. *Juristische Methodik*, 4ª ed., 1990, pp. 270 e ss. Cf., também, em português: MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed., trad. Peter Naumann, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁸⁴ Na verdade, há um texto sobre os limites da mutação constitucional – aliás, tema este que, embora específico, é fundamental para a consolidação de uma teoria geral das mutações constitucionais, e é traço distintivo da teoria de Konrad Hesse sobre o assunto em relação aos demais autores aqui analisados. Cf. HESSE, Konrad. *Límites de la Mutación Constitucional. Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*. Traducción de Pedro Cruz Villalón, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 85-112. Em português: HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 147-71.

⁸⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio

1.2 Estados Unidos da América

Apesar de a doutrina constitucional estadunidense não buscar inserir-se no mesmo debate sobre a mutação constitucional proposto pela doutrina constitucional alemã, é indiscutível que os Estados Unidos da América são um exemplo notável sobre a mudança da normatividade constitucional sem alteração dos textos normativos. Afinal, a Constituição é a mesma desde a fundação daquela nação, em 1787, com apenas 27 emendas aprovadas durante seus 225 anos.

Não obstante, duas características ocultam-se atrás desses dados.

A primeira é de que o baixo número de emendas não significa necessariamente que os norte-americanos⁸⁶ sejam bem sucedidos em obter consenso quanto à sua vida constitucional.⁸⁷

A segunda é a de que as poucas emendas à Constituição não refletem as muitas mudanças na realidade constitucional dos Estados Unidos.⁸⁸

Na verdade, os Estados Unidos passaram por três grandes transformações na sua realidade constitucional.⁸⁹ A primeira delas ocorreu com a ratificação da Constituição de 1787 e do *Bill of Rights* (as dez primeiras emendas à Constituição), em 1791, transformando uma confederação dispersa de estados em uma União federativa;⁹⁰ A segunda, havida entre 1865 e 1870 (com a promulgação de três emendas constitucionais), iniciou a libertação do país da escravatura dos negros;⁹¹ A terceira, que ocorreu entre 1933 e 1937, transformou o regime econômico liberal (“*laissez-faire*”) em

Antonio Fabris Editor, 1998. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. HESSE, Konrad. *Temas fundamentales do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸⁶ De plano esclareça-se, a fim de evitar qualquer equívoco a respeito da terminologia adotada, que os únicos norte-americanos tratados neste trabalho são dos Estados Unidos. Doravante, ao referir-se a “norte-americano”, ou a “americano”, entenda-se assim.

⁸⁷ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 383.

⁸⁸ MARINHO, Josaphat. Constituição e instabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 136, out./dez. 1997, p. 65

⁸⁹ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations...* Ob. cit., p. 11.

⁹⁰ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 58-80. Na obra, o autor chama esse período de “The First Republic” (“A Primeira República”), fundada pelos federalistas.

⁹¹ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 81-104. Na obra, o autor chama esse período de “The Middle Republic” (“A República Média”, ou “A República do Meio”), fundada pelos republicanos (“Reconstruction Republicans”).

um regime de intervenção estatal de regulação da economia de mercado.⁹² A diferença entre essas três grandes transformações reside em que nas duas primeiras houve estabelecimento de compromissos formais ao nível constitucional, com fixação de textos constitucionais (originário, em 1787, e derivados, em 1791 e de 1865 a 1870); enquanto na terceira, a mudança da realidade constitucional não veio acompanhada de modificação formal dos textos constitucionais. Daí falar-se em mutação constitucional.

Além dessas três grandes transformações, pode-se incluir uma quarta, mais recente, relacionada à superação da doutrina conhecida como “iguais mas separados” (“*separated but equal*”) de segregação racial, através do movimento que ficou conhecido como *Civil Rights Struggle*.⁹³ Esta, assim como a oriunda do *New Deal*, deu-se sem alteração formal do texto da Constituição norte-americana.

Muito dessa adaptabilidade do texto constitucional às novas imposições da realidade se deve à tradição estadunidense ligada à doutrina hermenêutica conhecida como “*loose construction*”.⁹⁴

⁹² ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 105-30. Na obra, o autor chama esse período de “The Modern Republic” (“A República Moderna”), fundada pelos democratas (“New Dealer Democrats”).

⁹³ Juntamente com a mudança decorrente do *New Deal*, o *Civil Rights Struggle* é analisado por Bruce Ackerman como as duas grandes transformações da realidade constitucional norte-americana sem alteração de seu texto. Cf. ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, pp. 1.737-812.

⁹⁴ James Bryce define a *loose construction* como a interpretação judicial em que “el caso surgido aparentemente no fue contemplado por los autores de la Constitución o aunque se hubiese posiblemente considerado fue, debido a su brevedad, omitido, pero la Constitución, sin embargo, ha de aplicarse para resolverlo”, opondo-se a outro cânone de hermenêutica constitucional, conhecido como *narrow interpretation* (interpretação estreita, ou em sentido estrito). Cf. BRYCE, James. *American Commonwealth*. (New edition) New York: 1926, v. I, página 378-9, local citado por Dau-Lin no original. A edição consultada na presente pesquisa – BRYCE, James. *A comunidade americana*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1959 – foi, conforme anunciado pelo introdutor da obra, Louis M. Hacker (p. 15), traduzida do primeiro original, publicado na Inglaterra, em três volumes, em 1888. Depois dessa edição, a obra foi republicada nos Estados Unidos e sofreu duas extensas revisões, em 1893 e 1910. Supõe-se que a edição usada por Dau-Lin tenha sido uma edição revista, ampliada (até mesmo pela expressão “New Edition”, feita por Dau-Lin na referência), na medida em que a citação feita por aquele autor não pode ser encontrada na edição traduzida para o português consultada na presente pesquisa. Contudo, quanto ao assunto da citação feita por Dau-Lin, tudo leva a crer que se trate de uma ampliação do capítulo em que Bryce analisa o nascimento dos partidos políticos norte-americanos (capítulo 1 [“História dos Partidos Políticos”] da Parte III – [O Sistema Partidário], páginas 153-68). Segundo James Bryce, os primeiros dois partidos se dividiram entre os que eram favoráveis ao fortalecimento de um poder centralizado (federalistas) e os que queriam apenas minimamente submeter-se a um poder superior que o do próprio estado federado (republicanos). Respectivamente, eles apregoavam, de um lado, o pleno desenvolvimento dos poderes do Congresso Nacional, para promover a implementação máxima dos direitos e instituições estabelecidos na Constituição (provavelmente: “*loose construction*”) e, de outro lado, a atuação restrita do Congresso Nacional apenas dentro dos limites para os quais a Constituição atribuiu-lhe expressa competência (provavelmente: “*narrow interpretation*”). Aliás, a relação entre os federalistas e a *loose construction* pode ser percebida, também, nos famosos textos dos federalistas: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist – a commentary on the Constitution of the United States*.

Os construtores dialéticos da Constituição dos Estados Unidos foram Marshall e depois o seleto elenco de juízes da Suprema Corte, sobretudo os do século XX, que marcaram verdadeiras épocas constitucionais na história daquele país. Formaram no conjunto aquilo que se poderia batizar de escola da jurisprudência sociológica, onde avultam as personalidades de Holmes, Cardozo, Brandeis e Stone, coadjuvados na cátedra universitária ou na produção intelectual por juristas e pensadores da envergadura de Roscoe Pound e Llewellyn.⁹⁵

Confirmando seu protagonismo em desenvolver a *loose construction*, o Justice Marshall defendia, já desde o começo da fundação daquela nação, a tese de que

los jueces que quieran interpretar las normas jurídicas de manera correcta, no deben preocuparse tanto por la intención de los padres de la Constitución o de las leyes, sino más bien por el cambio de sentido de las palabras escritas suscitado mediante el influjo de la voluntad presente del pueblo. Lo que importa es comprobar cómo los portavoces de las fuerzas políticas entienden *ahora* las palabras escritas.⁹⁶ (grifo no original)

Com essa mentalidade os americanos têm demonstrado grande habilidade em desenvolver os conteúdos de suas normas constitucionais através da interpretação, para promover grandes mudanças na realidade constitucional.

Todavia, Dau-Lin alerta que muitos elementos históricos e de tradição jurídica propiciam esse desenvolvimento no solo americano. Já em outros países, especialmente aqueles em que o sistema jurídico é de tradição romano-germânica, a interpretação

New York: The Modern Library, 1937. Em português: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Trad. E. Jacy Monteiro (título original norte-americano: “Hamilton, Madison and Jay – On the Constitution”). São Paulo: IBRASA, 1964. Esse dado histórico esclarece ainda mais a habilidade norteamericana de desenvolver o conteúdo das normas constitucionais sem modificação de seus textos constitucionais, ante a supremacia da *loose construction* sobre a *narrow interpretation*. Sobre o tema, Paulo Bonavides observa a existência nos Estados Unidos de “duas escolas já perfeitamente caracterizadas no curso da história: a dos afeiçoados a uma técnica de interpretação *formalista*, abraçados a conceitos de todo jurídicos e a daqueles, mais sensíveis aos aspectos políticos e ideológicos da ordem jurídica, que souberam empregar a técnica da interpretação *constitutiva*, de inspiração sociológica, para afiançar a continuidade e sobrevivência da Constituição.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 102.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 103.

⁹⁶ *Dartmouth College v. Woodward*. 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819), *apud* DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 99.

constitucional não pode ser promovida tão ilimitadamente. Na prática, “*las mutaciones de la Constitución mediante su interpretación son fenómenos muy frecuentes en los Estados Unidos, pero en los demás Estados ocurren raras veces.*”⁹⁷

Como dito, a Constituição americana tem 225 anos de idade, com relativamente poucas alterações formais nesse longo período. A realidade constitucional dos Estados Unidos, por outro lado, vem sendo modificada profundamente, e nem sempre através de emendas constitucionais. Notadamente no último século, as principais mudanças na realidade constitucional norte-americana não se deram da maneira formal. E quem destaca essa circunstância são Bruce Ackerman⁹⁸ e Laurence Tribe.⁹⁹

Tribe busca fundamentos historiográficos para questionar a fidedignidade do texto depositado no museu do *The National Archives* como sendo aquele aprovado pela Convenção da Filadélfia em 1787. Após fazê-lo, demonstra que menos importa o lugar onde as vírgulas são colocadas, ou onde terminam as frases e começam outras, do que o modo como o Povo norte-americano vivencia a experiência constitucional a partir daqueles textos. Nada obstante a ratificação da Convenção da Filadélfia ter sido circunscrita à “soberania popular restrita” de homens-brancos-proprietários, o Povo inteiro, a Nação (“*We the People*”) que viveu a Constituição nos últimos mais de dois séculos, vem estabelecendo o seu próprio projeto para formar uma “sociedade mais perfeita” (“*more perfect union*”), em um processo contínuo e duradouro.

Em uma palestra proferida por ocasião do lançamento do livro,¹⁰⁰ Laurence Tribe compara a Constituição às constelações vistas em uma noite estrelada. Os físicos dizem que a luz emitida pelas estrelas é vista da Terra com alguns milhões de anos de atraso, e as linhas que, ligando-as, formam as constelações, não estão lá, mas são fruto da imaginação humana. A Constituição, da mesma forma, são as linhas que resultam das ligações entre os pontos isolados que há muito tempo foram estabelecidos. A

⁹⁷ DAU-LIN, Hsiü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 102.

⁹⁸ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, pp. 1.737-812 e ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

⁹⁹ TRIBE, Laurence. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

¹⁰⁰ Palestra realizada em 17.09.2008, em Washington-DC, no “The National Archives”, disponível em <http://www.archives.gov/nae/news/featured-programs/080917tribetranscript.pdf>, acesso em 12.04.2012.

Constituição “é mais uma questão sobre o que as pessoas fazem com ela do que o documento em si.”¹⁰¹

Laurence Tribe destaca que alguns dos principais compromissos constitucionais norte-americanos (como o que os Estados Unidos são um governo de leis, e não de homens, ou como o de que nenhum estado poderá emancipar-se da União, ou ainda como aquele que diz que as intervenções estatais na vida privada dos indivíduos são limitadas) não estão escritos no texto constitucional, e nem por isso deixam de regular a realidade estadunidense. E conclui:

muito do que está na Constituição é intrinsecamente invisível. Não foi escrito. E na verdade a proposição de que nem todos os postulados nucleares da Constituição podem ser lidos no seu texto visível é a mensagem do texto em si, um texto que proclama seu caráter incompleto e inacabado.¹⁰²

Sobre isso, Bruce Ackerman observa que os americanos perderam sua habilidade de escrever os novos compromissos constitucionais, como faziam antigamente. E esse não seria um problema pequeno, considerando que os Estados Unidos pretendem-se regular por uma Constituição escrita.¹⁰³ Prova disso seria o debate político que se acirra naquele país acerca de temas altamente polêmicos, como aborto,¹⁰⁴ liberdade religiosa, federalismo e os poderes de guerra da presidência,¹⁰⁵ sem que em nenhum momento o tema “emenda constitucional” seja abordado.¹⁰⁶

¹⁰¹ Versão livre. No original: “It’s more a question of what people do with it than it is the document itself.”

¹⁰² Versão livre. No original: “Much of what is in the Constitution is intrinsically invisible. And, in fact, the proposition that not all of the Constitution’s core postulates can possibly be read in its visible text is the message of the text itself, a text that proclaims its own unfinished, incomplete character.”

¹⁰³ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.741.

¹⁰⁴ O multicitado caso *Roe v. Wade* (410 U.S. 113), decidido pela Suprema Corte americana em 1973, demonstra como se desenvolve esse tema no âmbito constitucional: ao largo do debate sobre emendas formais.

¹⁰⁵ Os recentes precedentes *Hamdi v. Rumsfeld* (542 U.S. 507), decidido em 2004, e *Hamdan v. Rumsfeld* (126 S. Ct. 2749), decidido em 2006, demonstram que o debate ainda está aceso no âmbito jurisprudencial – e constitucional – dos Estados Unidos. Mas também indicam que a maturação do tema não dependerá da produção de emendas formais à Constituição.

¹⁰⁶ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.741.

A proposta central da obra de Ackerman¹⁰⁷ é demonstrar que o cânone constitucional dos Estados Unidos não é formado apenas pelo texto original de 1787 e as emendas formalmente aprovadas. Ele pretende expandir esse cânone afirmando que também os “superprecedentes judiciais” (“*superprecedents*”)¹⁰⁸ e a “legislação de referência” (“*landmark statutes*”) devem compô-lo.¹⁰⁹

Outrossim, as emendas formais apenas raramente servirão como meio para expandir o cânone constitucional. O motivo, segundo Ackerman, é a dificuldade em se promover emendas constitucionais formais, causada pela mudança no paradigma de identidade política do cidadão norte-americano.¹¹⁰ Essa mudança fez a realidade política do país descompassar-se do modelo de reforma constitucional idealizado pelos “*Founding Fathers*”.

Eventos históricos dos últimos dois séculos vêm alterando a sensação de pertencimento do indivíduo a uma comunidade política nos Estados Unidos. Antes de ser impactado pela Guerra Civil, o povo americano identificava-se, em primeiro lugar, com o estado federado ao qual pertencesse, e apenas em segundo lugar à nação, à União. Antes de sentirem-se americanos, os cidadãos sentiam-se californianos, novaiorquinos, texanos, etc.¹¹¹ Com isso, diz Ackerman, os americanos “se tornaram

¹⁰⁷ Está-se falando do texto base utilizado neste trabalho desse autor: ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, pp. 1.737-812.

¹⁰⁸ No Brasil, também há quem proponha que os textos que compõem a jurisdição constitucional integrem a fotografia geral da Constituição: “a jurisdição constitucional, por sua vez, é também composta de textos, decisórios, os quais vêm a somar-se aos textos do livro constitucional e servir de partida para novas interpretações, argumentações e decisões.” ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 77.

¹⁰⁹ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., pp. 1.742, 1750 e 1.802-5, *passim*. Importante destacar que, apesar de semelhante, o debate proposto por Ackerman é diferente em muitos aspectos materiais – e, por isso, materialmente incomparável – com o debate hoje instalado na doutrina constitucionalista do Brasil acerca do chamado “bloco de constitucionalidade”. Sobre isso, cf., p. ex., PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 103-38.

¹¹⁰ Sobre isso, cf., também, ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 81-3 e 105, e ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 23.

¹¹¹ As causas para essa identificação do indivíduo primeiro com o estado remontam ao período anterior à promulgação da Constituição, em que os estados apenas organizavam-se como colônias que buscavam independência, e são profundamente analisadas por BRYCE, James. *A comunidade americana*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1959. Vol. 1, pp. 27-36. Por ora, basta referir que a motivação inicial da promulgação da Constituição, em 1787, era a defesa militar das Colônias Americanas que declararam independência da Coroa Inglesa. “Isoladamente, teriam sido presa fácil, porquanto há longo tempo se duvidava que até mesmo em combinação pudessem enfrentar exércitos regulares.” (p. 28) Na verdade depois da declaração da independência, as Colônias firmaram o pacto que ficou conhecido como os “Artigos da Confederação”, onde, embora fossem estabelecidos alguns laços de defesa, declaravam que “cada Estado conserva sua soberania, liberdade, independência, e todos os poderes, jurisdição e direitos que não forem, por esta Confederação, expressamente delegados aos Estados Unidos, reunidos

um povo identificado com a nação preso a um sistema de emendas formais identificado com os estados.”¹¹² É que o artigo 5º da Constituição Americana, que prevê os mecanismos para sua reforma, exige a aprovação da proposta de emenda por três quartos de assembleias estaduais convocadas para tal fim (“*conventions*”), e isso torna a Constituição extremamente rígida, pela dificuldade em se obter uma maioria tão qualificada em um país com tamanha diversidade político-ideológica.

As causas para essa mudança de paradigma são diversas.¹¹³

A primeira apontada pelo autor foi a estratégia utilizada pelo Congresso Nacional para aprovar a 14ª Emenda.¹¹⁴ A intenção inicial com a aprovação dessa emenda era garantir a igualdade entre negros e brancos. Contudo, os estados do sul, de maioria ideologicamente racista, não pretendiam aderir ao projeto.¹¹⁵ Assim, com a

em Congresso.” (p. 28) Só pelo texto já se verifica a fragilidade do compromisso inicialmente assumido pelas Colônias. “A Confederação, não ratificada em todos os Estados senão em 1781, era mais uma liga que um governo nacional, destituída como estava de autoridade central. [...] Esta autoridade, por sua vez, nenhuma jurisdição exercia sobre a pessoa privada. Não havia um Executivo nem um Judiciário federal, nem meio algum de levantar dinheiro, salvo mediante contribuições dos Estados, contribuições estas que eles faziam com muita relutância, e tampouco poder capaz de levar Estados ou indivíduos a obedecerem ao Congresso. O plano correspondia aos desejos dos colonos, que não se consideravam ainda como uma nação e que, na luta contra o poder da Coroa Britânica, estavam decididos a não admitir outro poder qualquer, nem mesmo de sua própria escolha. [...] Os Estados mostravam-se indiferentes ao Congresso e aos interesses comuns, tão indiferentes que dificilmente conseguiu-se reunir um quorum durante semanas e mesmo meses depois de fixada a data da sua convocação.” (p. 28) A convocação para a Convenção da Filadélfia, na qual nasceu a Constituição dos Estados Unidos, deu-se apenas para revisar os Artigos da Confederação, e apenas para tal fim foi outorgada competência aos delegados dos Estados. Mas eles ousadamente ignoraram as limitações de suas atribuições e decidiram “elaborar uma Constituição inteiramente nova, a ser considerada e ratificada não pelo Congresso ou pelos legislativos estaduais, mas pelo povo dos diversos Estados.” (p. 29) “Era incerto ainda se os colonos constituíam já uma nação ou se eram apenas a matéria-prima de que ela seria formada. Se havia elementos favoráveis à união, havia-os também de desunião.” (p. 30) “Constituía o principal motivo da hostilidade a crença de que um forte governo central punha em perigo tanto os direitos dos Estados quanto a liberdade do cidadão isolado.” (p. 32). Enfim, essas circunstâncias que polarizaram a distribuição de competências nos Estados Unidos entre os governos federal e estaduais não apenas fazem-se sentir na questão da extrema rigidez das normas constitucionais, aqui verificadas por Ackerman, em razão da dificuldade da aprovação de emendas devido ao grande poder que os estados federados possuem nesse processo, como também explicam porque tantos importantes precedentes constitucionais da Suprema Corte norte-americana decidem-se até hoje a partir do argumento central do federalismo e da competência (ou incompetência) do Congresso Nacional para fazer *statutes*.

¹¹² ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.743. Versão livre. No original: “We have become a nation-centered People stuck with a state-centered system of formal amendment.”

¹¹³ Cf. ACKERMAN, Bruce. Ob. cit., p. 1.746-50.

¹¹⁴ A 14ª Emenda foi aprovada em 1868, num pacote de emendas conhecido como “A Reconstrução” (“The Reconstruction”), formado pela 13ª (1865), 14ª e 15ª (1870) Emendas. A 13ª aboliu a escravidão. A 14ª estabeleceu, entre outras, as chamadas “*equal protection clause*” (igualdade perante a lei) e “*enforcement clause*” (o Congresso Nacional tem os poderes necessários para garantir os direitos estabelecidos na Emenda). A 15ª Emenda diz respeito à universalização do sufrágio.

¹¹⁵ O cenário político nos Estados Unidos era de muita tensão. A Guerra Civil havia recentemente acabado; os estados do sul, derrotados e economicamente enfraquecidos, não queriam abrir mão dos escravos. A Suprema Corte havia recentemente decidido o caso *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. 393), em

reprovação dos estados sulistas não se conseguia obter a maioria exigida pelo artigo 5º. Essa situação forçou o Congresso Nacional a adotar medidas (de duvidosa constitucionalidade) que constrangeram os estados do sul a aprovar o projeto.¹¹⁶ Essa situação demonstrou a força do poder centralizado da União e, portanto, a superioridade da identidade nacional sobre a estadual (“mais importam os interesses nacionais do que os estaduais”).

Outro fato histórico que colaborou para a mudança do paradigma da identidade estadual para a nacional foi a adoção de manobras “extraconstitucionais” durante as eleições presidenciais de 1876, semelhantes às adotadas pelo Congresso para aprovação da 14ª Emenda. O complexo sistema eleitoral norteamericano também possui identidade centralizada nos estados (colégios eleitorais), e novamente os estados acabaram enfraquecidos.

Além da primeira causa, liderada pelo Poder Legislativo, e da segunda, liderada pelo Executivo, o Poder Judiciário também colaborou para a mudança do paradigma de identidade política analisada, ao decidir os casos conhecidos como *Slaughterhouse Cases*,¹¹⁷ em 1878, nos quais fixou o entendimento de que a cidadania nacional é coisa distinta da cidadania estadual, e que as garantias do devido processo legal e da igualdade perante a lei somente podem ser opostas perante a União, como cidadão nacional, e não perante os Estados. Mais uma vez, assim, fortalece-se a identidade nacional e enfraquece-se a estadual.

Mas não apenas as mudanças operadas através das instituições ocasionaram a transformação no paradigma da identidade política estadual para nacional. “A Primeira Guerra Mundial, seguida pela Grande Depressão e, depois, pela Segunda Guerra Mundial, conduziram uma geração inteira à necessidade de dirigir ao nível nacional as suas grandes questões como guerra, paz e bem-estar econômico.”¹¹⁸ A geração seguinte

1857, ocasião em que se estabeleceu que homens da raça negra não poderiam ser considerados cidadãos americanos.

¹¹⁶ Sobre os detalhes da articulação política levada a efeito pelo Congresso Nacional para forçar os 10 resistentes estados do sul a apoiar a Emenda, cf. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 44-7; e ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, pp. 16-23 e 110-3.

¹¹⁷ 83 U.S. (16 Wall.) 36.

¹¹⁸ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.749. Versão livre. No original: “The First World War, followed by the Great Depression, followed by the Second World War, impressed an entire generation with the need to address the great questions of war, peace and economic welfare on the national level.”

consolidou esse sentimento, com a luta pelos direitos civis, que se deu no plano nacional, e vem se mostrando ainda mais forte desde os ataques terroristas de 11 de setembro. As novas facilidades para se fazer mudanças geográficas e o crescimento das tecnologias de comunicação, transportes, educação e negócios também colaboram para o prevalecimento dessa identidade nacional sobre a estadual: “embora você possa estar vivendo hoje em Montana, você ou seus filhos podem estar levando a vida na Flórida ou em Ohio depois de amanhã.”¹¹⁹

Com efeito, Ackerman atribui a falência do procedimento para produção de emendas formais na Constituição americana à falta de legitimidade e de representatividade democrática que a minoria dos estados federados (um quarto, segundo o art. 5º) teria para impedir a reforma formal do texto constitucional. Isto é, dado o descompasso entre o modelo de reforma centralizado na relevância política dos estados e a atual consciência social norteamericana centralizada na relevância política da União, “não faz mais sentido permitir que uma pequena minoria dos estados – que podem conter menos do que cinco por cento da população nacional – vete os novos compromissos fundamentais firmados autoconscientemente por sustentáveis majorias nacionais.”¹²⁰

Nesse cenário político, o processo de emenda constitucional tornou-se quase inviável, e as emendas da era moderna retratam muito vagamente a realidade constitucional americana. Daí se deduz que “não podemos supor cegamente que os textos constitucionais formais contam-nos tudo – ou mesmo a maior parte – do que precisamos saber”¹²¹ sobre o constitucionalismo americano.

E é justamente a partir dessa constatação que Bruce Ackerman desenvolve uma teoria da “Constituição viva”,¹²² na qual ele identifica a Constituição mais com a metáfora do organismo do que do mecanismo, devido à sua grande adaptabilidade às inúmeras e profundas mudanças que ela sofreu para regular a vida constitucional de um país tão extenso e plural durante tanto tempo. O autor ainda trabalhou sobre o tema de

¹¹⁹ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.749. Versão livre. No original: “although you may be living in Montana today, you or your children may be making a life in Florida or Ohio the day after tomorrow.”

¹²⁰ ACKERMAN, Bruce. Ob. cit., p. 1.761. Versão livre. No original: “it no longer made sense to allow a small minority of the states – which might contain fewer than five percent of the country’s inhabitants – to veto new fundamental commitments made self-consciously by sustained national majorities.”

¹²¹ ACKERMAN, Bruce. Ob. cit., p. 1.758. Versão livre. No original: “We cannot blindly suppose that the formal constitutional text tell us all – or even most – of what we need to know.”

¹²² ACKERMAN, Bruce. Ob. cit., pp. 1.737-812.

que a Constituição americana é fundada a partir de seu Povo¹²³ e somente por Ele é transformada.¹²⁴ Sob esse aspecto, ele parte da concepção de que a Constituição se modifica independentemente dos mecanismos formais, mas em completa dependência da soberania popular, sendo esta uma grande contribuição sua para o tema.

1.3 Brasil

Em território nacional, o distanciamento entre o programa previsto no texto da Constituição de 1988 e a realidade do país não vem constringendo os juristas brasileiros, no geral, a enfrentar com seriedade o tema das mutações constitucionais. Na verdade, o distanciamento entre o plano constitucional e a realidade brasileira vem sendo constatado pela doutrina desde a fundação da República,¹²⁵ sem que isso a motivasse a teorizar sobre a mutação constitucional. Poucas reflexões foram produzidas no Brasil a esse respeito.

Não obstante a falta de um tratamento teórico sério e intencional sobre o assunto, pode-se dizer que já desde a década de 50 fala-se indiretamente sobre a necessidade de aproximação da aplicação das normas constitucionais aos reclames da realidade. Pinto Ferreira, por exemplo, apoiado em Jellinek, ao analisar a questão da reforma constitucional, trata-a ao lado de “diversas modalidades especiais de alteração das constituições, salientando-se entre elas: a) desenvolvimento pela lei; b) transformação pelo processo de interpretação judicial; c) alteração pelos costumes políticos.”¹²⁶ Milton Campos, por exemplo, escreveu com intenção de mostrar a necessidade de “pôr as Constituições, mesmo quando rígidas, em estado de eventual flexibilidade para se adaptarem, sem deformações maliciosas e sem subversões traumatizantes, às mutações da vida dos povos.”¹²⁷ No entanto, somente na segunda metade da década de 80 Anna Cândida da Cunha Ferraz escreveu a primeira obra

¹²³ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

¹²⁴ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

¹²⁵ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 57, v. 187, fascículos 679 e 680, jan.-fev./1960, p. 19.

¹²⁶ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 165.

¹²⁷ CAMPOS, Milton. Ob. cit., p. 22.

diretamente dedicada ao assunto,¹²⁸ e seus escritos integram a presente pesquisa justamente por isso, mas também pela sua amplitude e pela sua boa aceitação entre os operadores do direito do Brasil. Depois dela, outras obras foram dedicadas ao tema, como a de Uadi Lamêgo Bulos,¹²⁹ para falar de outra obra já consolidada, e a de Nadja Machado Botelho, recentemente publicada.¹³⁰

Com efeito, Anna Cândida propõe que mutação constitucional pode ocorrer tanto através da interpretação constitucional como dos costumes constitucionais. Seus estudos ainda fazem referência ao que ela chama de “mutação *inconstitucional*”, que seria uma violação da Constituição, seja por desobedecer a um mandamento seu, seja por torná-la assistemática, ou por ferir-lhe a letra ou o espírito.

A obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz foi publicada pouco antes da promulgação da Constituição de 1988, o que, aliás, ajuda a compreender a proposta da autora, se entender-se a Constituição de 1967/69 como uma das constituições brasileiras que mais discrepou da realidade constitucional. Por isso, de plano destaca-se a proximidade da abordagem de Anna Cândida com a de Hsü Dau-Lin (para quem mutação constitucional é a pura e simples desconformidade entre norma e realidade constitucionais). Para a autora brasileira, mutação constitucional “consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis”.¹³¹

Quanto ao fundamento teórico da mutação constitucional, Anna Cândida busca na ideia do chamado poder constituinte difuso, originalmente idealizado por Georges Burdeau.¹³² Tal poder exerce a função de completar a Constituição ao dar continuidade à obra iniciada pelo poder constituinte originário, eternamente inacabada. Também sob esse aspecto Anna Cândida preocupa-se em fixar, desde logo, os limites da mutação

¹²⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

¹²⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

¹³⁰ BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional – a constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹³¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 09.

¹³² BURDEAU, George. *Traité de Science politique*. 2. Ed., Paris, L.G.D.J., 1969, v. 4, pp. 211 e ss., *apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., pp. 10-1. “Se o poder constituinte é uma força que faz ou transforma as constituições, é necessário admitir que sua ação não é limitada às modalidades juridicamente organizadas de seu exercício. Na verdade, ele não cessa jamais de agir.” (BURDEAU, George. Ob. cit., pp. 246-7, *apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 10, nota de rodapé nº 18).

constitucional, ao fixar os do poder constituinte difuso, o qual, “porque nasce de modo implícito e por decorrência lógica, não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição. Sua atuação se restringe a precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance, sem todavia vulnerar a letra constitucional.”¹³³

O desenvolvimento da obra de Anna Cândida se dá precipuamente na classificação das espécies de mutações constitucionais. Após observar como outros seis autores classificaram as mudanças informais da Constituição, Anna Cândida adota essencialmente a proposta do italiano Biscaretti di Ruffia¹³⁴ para formular a sua classificação utilizando o critério da sua origem. Ou seja, a classificação elaborada pela autora leva em consideração a fonte a partir da qual a mutação constitucional é produzida, o instrumento através do qual ela nasce. Para ela, as mutações constitucionais decorrem (a) da interpretação constitucional e (b) dos costumes constitucionais. As mutações decorrentes da interpretação ainda subdividem-se em oriundas (a1) de interpretação legislativa, (a2) de interpretação judicial, (a3) de interpretação administrativa e (a4) de outras modalidades de interpretação.^{135 136}

Depois da classificação e análise das mutações constitucionais, a segunda parte da obra da autora é dedicada ao que ela chama de “mutações inconstitucionais”, que são classificadas em (a) processos anômalos de mudança da Constituição (a1 – inércia; a2 – desuso; e a3 – mudança tácita) e (b) processos manifestamente inconstitucionais (aqueles que ferem a letra ou o espírito da Constituição).

Verifica-se que a doutrina constitucional brasileira tem dado pouca importância para as peculiaridades específicas do ordenamento constitucional do país na teorização sobre as mutações constitucionais. Eventos históricos, características sócio-culturais e de tradição jurídica, tendências e ideologias políticas, não costumam ser considerados

¹³³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 11.

¹³⁴ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. ROZMARYN, Stefan. *La constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe Occidentale et dans les états socialistes*. Turin: Institut Universitaire d'Etudes Européennes, 1966, pp. 60-8, *apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Ob. cit.*, pp. 12-3.

¹³⁵ Embora mais restrito, o catálogo de intérpretes constitucionais proposto pela autora brasileira assemelha-se ao registrado em: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, pp. 20-3.

¹³⁶ O modo de abordagem do tema feito pela autora é bastante semelhante ao posteriormente utilizado por Luís Roberto Barroso que, em sua obra, sistematizou os mecanismos de mutação constitucional em “interpretação (judicial e administrativa), atuação do legislador e costumes” (p. 216). Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Mutação constitucional*, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 216-23.

relevantes na produção científica nacional sobre esse tema. Tampouco a presente pesquisa se propõe a esse trabalho – seja pela limitação da proposta, seja do autor –, mas vale registrar a carência detectada nesse âmbito.

Além desses, outros autores também trataram da mutação constitucional, tanto em obras exclusivamente dedicadas a ela como em artigos científicos ou dentro de obras maiores, específica ou indiretamente tratando do tema.¹³⁷

A leitura das obras que embasaram a produção deste trabalho faz perceber que há algo em comum entre as propostas dos principais autores: todos tratam da mutação constitucional como a mudança de Constituição sem mudança de seu texto. Contudo, a leitura em cotejo dessas obras transmite ao leitor uma impressão de que as teorias propostas acerca da mutação constitucional pelos autores analisados divergem em um elemento fundamental.

Alguns deles¹³⁸ parecem limitar a mutação constitucional admissível apenas àquelas que produzam uma mudança de rumos de uma norma constitucional específica. Significa dizer, embora a Constituição regulasse determinada matéria de um determinado modo, mediante a mutação constitucional aquela mesma regulação anterior passaria a mudar o seu significado. Ou seja, a mutação constitucional, por ser a *mudança de significado de uma normatização constitucional*, precisa ter um ponto de partida que, inicialmente, acabava em um determinado lugar e, a seguir, passa a acabar em outro. Não poderia haver, ao que parece, segundo essa corrente, um comando normativo constitucional sem sede textual ou sistemática positivada na Constituição. É como se fosse aprovada uma emenda constitucional que *reformasse* um texto constitucional específico, alterando o significado da norma ou de um conjunto de normas.

¹³⁷ Neste espaço caberiam diversos autores, alguns deles incluídos nas referências expostas ao final do trabalho. Exemplificadamente, dentre os brasileiros, Marcelo Borges de Mattos Medina, Marcus Vinícius Martins Antunes, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Ribas Vieira, Fernanda Duarte, Luís Roberto Barroso, Anna Cândida da Cunha Ferraz, Uadi Lamêgo Bulos, Nadja Machado Botelho, Ingo Sarlet, Inocêncio Mártires Coelho, Raul Machado Horta, Milton Campos, Josaphat Marinho, Victor Nunes Leal, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Luis Pinto Ferreira, Gilmar Mendes, entre outros. Entre estrangeiros, além dos já citados acima, Paul Laband, Georg Jellinek, Hermann Heller, Rudolf Smend, Hsü Dau-Lin, Konrad Hesse, Karl Loewenstein, Klaus Stern, Peter Häberle, Laurence Tribe, Bruce Ackerman, Howard Lee McBain, Charles Howard McIlwain, Thomas Cooley, Mauro Cappelletti, Gustavo Zagrebelski, Agassiz Almeida Filho, Joaquim José Gomes Canotilho, Cristina Queiroz, Ana Victoria Sánchez Urrutia, Pablo Lucas Verdú, Juan Luis Requejo Pagés, Pedro de Vega entre outros.

¹³⁸ Como Hesse e Ackerman, entre outros.

De outro lado, outros autores¹³⁹ aparentemente vislumbram a mutação constitucional como um fenômeno desvinculado de um texto normativo específico. Para eles, é como se a mutação constitucional fosse o estabelecimento de uma norma constitucional pelos meios informais, quer em substituição a alguma outra norma, quer sem que nenhuma outra norma trate do assunto. Ou seja, a mutação constitucional, por ser a mera *incongruência entre a Constituição escrita e a realidade constitucional*, independe de uma norma constitucional específica; não é necessário que o seu sentido se modifique. Apenas é preciso que um comando normativo no âmbito constitucional seja criado através de meios não institucionalmente previstos – os meios informais. É como se fosse aprovada uma emenda constitucional que *acrescentasse* normas constitucionais ao conteúdo da Constituição.

Assim, a mutação constitucional pode tanto proporcionar a mudança de uma norma especificamente positivada no “livro que se chama Constituição”, como uma mudança geral no sistema constitucional, mediante acréscimo de norma sem base textual.

Ainda nesta parte em que se trata das origens da mutação constitucional, pode-se concluir, à vista do estudo comparado dessas origens na Alemanha, Estados Unidos e Brasil, que na primeira o instituto nasce a partir de construções teóricas fundamentadas em concepções jusfilosóficas muito presentes no pensamento teórico germânico, e apenas indiretamente relaciona-se com as discrepâncias entre realidade e textos constitucionais. Vale dizer, na Alemanha a mutação constitucional tem origem teórico-dogmática.

Já nos Estados Unidos, são os movimentos sociais e políticos, somados às soluções encontradas pelos agentes públicos e pela sociedade frente às limitações da Constituição escrita que impulsionaram o instituto da mutação constitucional. Assim, lá a questão se inicia antes na vida constitucional, e depois passa para os enfrentamentos teóricos. Pode-se dizer, pois, que nos Estados Unidos a mutação constitucional tem origem preponderantemente pragmática.

Por fim, o instituto da mutação constitucional no Brasil se mostra um tanto quanto desconectado desses contextos: não se verifica um enfrentamento ideológico ou jusfilosófico explícito ou específico a justificar o seu estudo e nem se constataram

¹³⁹ Por exemplo, Dau-Lin (de todo), Anna Cândida (em grande parte) e Jellinek (em alguma medida).

problemas práticos que impulsionassem, inicialmente, a teorização do tema. Quer parecer, assim, que, embora a mutação constitucional seja tratada, no Brasil, especificamente no plano doutrinário, não foi feito um aprofundamento das raízes teórico-filosóficas e ideológicas necessário ao desenvolvimento sério do instituto. Esse tema, assim, fica em aberto à comunidade científica brasileira, reconhecendo-se, de pronto, os limites desta pesquisa que impedem que se satisfaça essa tarefa a contento neste trabalho.

2. Pressupostos da mutação constitucional

2.1 Realidade e normatividade constitucionais

O fenômeno da mutação constitucional pressupõe a diferenciação entre a realidade constitucional e a normatividade constitucional, bem como a interrelação entre esses conceitos. Somente tendo clareza a respeito desses dois conceitos e de como eles se influenciam reciprocamente é que se pode compreender corretamente a ocorrência da mudança da Constituição sem alteração de texto.¹⁴⁰

Isso porque os primeiros estudos acerca da mutação constitucional foram resultado da percepção aguçada de Georg Jellinek de que a realidade constitucional alemã não estava sendo inteiramente refletida pelas normas da Constituição de 1871. Na verdade, o contrário poderia ser afirmado: as normas daquela Constituição não logravam regular suficientemente a realidade constitucional alemã daquele tempo.

Ao que tudo indica, esse cenário foi propício ao desenvolvimento da *Zweiseitentheorie* de Jellinek, isto é, uma teoria bifacetada do Estado:¹⁴¹ em uma das faces a Teoria Sociológica do Estado (*Allgemeine Soziallehre des Staates*) e, na outra, complementando-a, a Teoria Jurídica do Estado (*Allgemeine Staatsrechtslehre*):

¹⁴⁰ A compreensão acerca desse tema permitiu que Pinto Ferreira fosse um dos primeiros juristas brasileiros a tratar sobre mutação constitucional: “As constituições tendem de seu natural a uma perpetuação no tempo, estabelecendo formalidades especiais que dificultam a sua transformação, ou mesmo vedam qualquer transformação no tocante a certas decisões políticas fundamentais. Têm, assim, um determinado grau de permanência na história. [...] Entretanto, o direito é movimento e vida, síntese dialética entre as forças de transformação da sociedade e as tendências do conservantismo, devendo reajustar constantemente as necessidades do progresso com as tradições da história.” FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 163. E, em outra oportunidade: “o meio social exerce uma profunda e visível influência sobre a ordem jurídica, que não se desenvolve alheia às circunstâncias da realidade econômica e social. A Constituição se modela por influência de fatores circunstanciais de uma sociedade determinada, refletindo os usos e costumes dominantes, as tradições religiosas e culturais, o sistema de forças produtivas, uma série de fatores econômicos e culturais que lhe imprimem a sua marca indelével.” FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 09, *apud* FRANCISCO, José Campos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 36-7.

¹⁴¹ VERDÚ, Pablo Lucas. Estudio preliminar en JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Série Clásicos Políticos. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Trad. Christian Förster. Rev. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. XL. Uma das principais obras de Jellinek, (JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970), sobre a teoria geral do Estado, foi dividida em três livros. O primeiro destinado a considerações preliminares. O segundo à “*Doctrina general social del Estado*” (faceta sociológica do Estado). E o terceiro livro intitulou-se “*Teoría general del derecho público*” (faceta jurídica do Estado). Sobre a teoria bifacetada do Estado, cf., especialmente, pp. 101-4.

La doctrina general del Estado ha de investigar a éste en su plenitud y singularmente atendiendo a dos ordenes principales de fenómenos que corresponden a los dos puntos de vista básicos para esta ciencia, el Estado es, de un lado, una construcción social y, de otro, una institución jurídica.¹⁴²

Com isso a obra de Jellinek colaborou grandemente para a percepção da relação entre a norma jurídica estática e a realidade dinâmica, ao nela verificar-se um dualismo metodológico que proporcionou certa releitura da dicotomia ser/dever-ser.¹⁴³

Esmiúçar o desenvolvimento das facetas Sociológica e Jurídica do Estado desborda dos limites da presente investigação. A notícia de sua existência, no entanto, é fundamental para a compreensão adequada da mutação constitucional sob a ótica de Jellinek. É que ela simboliza a preocupação do autor com a análise da influência que norma e realidade exercem mutuamente entre si.

Los conceptos jurídicos no son esencias transcendentales reflejadas aquí de manera incompleta, sino tipos contenidos en circunstancias vitales, carentes permanentemente de lógica. Por eso, no es la mejor doctrina de Derecho público aquella que ofrece mayor perfección lógica, sino la que explica la realidad política de manera más natural.¹⁴⁴

No prólogo de seu estudo, Jellinek refere que sua análise se dá nos limites entre o Direito Constitucional e a Política, acerca dos quais ele, ao lado da chamada “Escola Alemã de Direito Público”, sustentou haver uma união científica, mas uma separação metodológica.¹⁴⁵ Essa referência é importante na medida em que o autor escreve em um contexto de frustração da comunidade científico-jurídica ante a falibilidade das leis em implementar-se plenamente na sociedade:

¹⁴² JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prologo por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. 8.

¹⁴³ VERDÚ, Pablo Lucas. Estudio preliminar en JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Série Clásicos Políticos. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Trad. Christian Förster. Rev. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. XXIII.

¹⁴⁴ JELLINEK, Georg. *Fragmentos de Estado*, p. 54, *apud* VERDÚ, Pablo Lucas. Estudio preliminar en JELLINEK, Georg. Ob. cit., p. XLV.

¹⁴⁵ JELLINEK, Georg. Ob. cit., p. 3. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, p. 107.

Hoy sabemos que las leyes pueden mucho menos de lo que se creía todavía hace un siglo, que expresan siempre, únicamente, un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. Y este lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida. Más bien se vuelve contra la misma norma. El legislador se enfrenta con poderes que se cree llamado a dominar pero frecuentemente se alzan, plenamente inadvertidos, contra él atreviéndose incluso a sustituirle.¹⁴⁶

No contexto em que Jellinek escreve, a Constituição do Império Alemão de 1871 chegara depois de muitas tentativas de unificação que marcam a história alemã do século XIX. Essa União acabou composta por estados federados muito distintos entre si do ponto de vista político.¹⁴⁷ Os pressupostos necessários ao desenvolvimento da ideia de mutação constitucional se desenvolvem precisamente nessa época: de um lado, desintegração dos mecanismos que regem a força política nacional e, de outro, “*un cierto grado de rigidez de la Constitución y su comprensión como instrumento normativo*”.¹⁴⁸ Pois se no caso norteamericano a Constituição sempre foi vista como norma obrigatória, no caso europeu a concepção da Constituição como norma jurídica, inicialmente desenvolvida durante o primeiro constitucionalismo liberal, diluiu-se durante uma etapa intermediária de constituições flexíveis e foi sendo retomada timidamente justamente nesse período.¹⁴⁹

Também a percepção de Jellinek do que se pode chamar de “dinâmica constitucional” é decisiva para a formatação de sua Teoria das Mutações Constitucionais. Como dito, na teoria desse autor, o Estado somente pode ser definido a partir de um conceito que o analise sob duas perspectivas: uma sociológica (o ser) e outra jurídica (o dever-ser). Com efeito, a inclusão dos dados da realidade na análise da ordem constitucional, a relação dialética de mútua influência e interpenetração entre norma e realidade, e a noção da força normativa do fático, jogam um papel importante

¹⁴⁶ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 6.

¹⁴⁷ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, p. 105.

¹⁴⁸ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Ob. cit., p. 107.

¹⁴⁹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Ob. cit., p. 107.

nessa teoria. “Obviamente, então, o Direito não representa uma estrutura estática, já que se manifesta em face da sociedade em movimento.”¹⁵⁰

Essa dinâmica constitucional é fundamental na visão de Constituição como integração, de Rudolf Smend, e colabora decisivamente para um dimensionamento adequado do problema das mutações constitucionais. Para Smend, a Constituição é “*el orden jurídico del Estado, más exactamente de la vida en la cual el Estado tiene su realidad vital*”.¹⁵¹ Isto é, Constituição é o ordenamento jurídico do processo de integração estatal.¹⁵²

Sob um outro aspecto dessa mesma conclusão, a mutação constitucional é um instrumento do qual a Constituição lança mão para impedir a sua própria desintegração. Pois ela “*no debe ser demasiado rígida; tiene que poseer elasticidad suficiente para poder asumir la realidad y manejarla. [...] Tiene que prever en consecuencia posibilidades de reforma, que impidan tensiones insoportables entre la realidad y la norma.*”¹⁵³

¹⁵⁰ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 35.

¹⁵¹ SMEND, Rudolf. *Verfassung und Vefassungsrecht*, citado no original por Dau-Lin, na página 76. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p 157. A edição italiana consultada na presente pesquisa, SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, traz a definição na página 150: “La costituzione è l’ordinamento giuridico dello Stato, più precisamente della vita in cui esso ha la sua realtà vitale, cioè del suo processo d’integrazione.”

¹⁵² SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), em “*Staatrechtliche Abhandlungen*”, 2ª ed., 1968, p. 136 e ss., *apud* HESSE, Konrad. *Constituição e direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4. Na edição italiana, *Costituzione e diritto costituzionale*. Ob. cit., consultada nesta investigação, Smend desenvolve a sua Teoria da Integração nas páginas 271-9, sob o título “*Dottrina Dellintegrazione*”, que é a tradução do original alemão intitulado “*Integrationslehre*” (*Handwörterbuch der Sozialwissenschaften* 5 [1956] 299-302. In: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze* von Rudolf Smend, Zweite, erweite Auflage, Berlin 1968, Ducker und Humblot, 475-481), e também nas páginas 283-8, sob o título “*Integrazione*” que, por sua vez, é a tradução do alemão originalmente intitulado “*Integration*” (*Evangelisches Staatslexikon* Stuttgart-Berlin 1959, 803-805. In: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze* von Rudolf Smend, Zweite, erweiter Auflage, Berlin 1968, Duncker und Humblot, 482-486). Konrad Hesse compartilha, em parte, com esse conceito. Cf. HESSE, Konrad. *Constituição e direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

¹⁵³ STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 245. Grifo no original. Embora Stern esteja, aqui, fazendo referência expressa às mudanças formais (reforma) da Constituição, fá-lo no contexto em que principia a desenvolver o gênero (mudança constitucional) do qual a reforma e também a mutação são espécies, aplicando-se esse pensamento, portanto, também às mutações constitucionais.

A concepção de Direito que leva em consideração a relação contínua, direta e dialética entre as normas jurídicas e a realidade jurídica, e que não o considera nem pura filosofia jurídica e nem pura sociologia, precisa investigar e compreender, antes de tudo, a relação viva que há entre norma e realidade.¹⁵⁴

A relação entre Constituição e Estado, do ponto de vista de Smend, proporciona o ambiente favorável à ocorrência das mutações constitucionais. Assim, “*el Estado no es un fenómeno que deba ser simplemente contrastado [rectius: “constatado”], sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesidad continuamente de renovación y cambio, puesta continuamente en duda.*”¹⁵⁵ Além disso, Smend considera que as concepções clássicas de Constituição (uma a visão estática, como norma pura, pela qual ela é a regulação dos órgãos do Estado e do *status* do indivíduo frente a ele, e outra a visão física no sentido lassalleano, como soma das forças reais de poder), aparentemente contrapostas, não dão uma ideia global do que ela realmente signifique. Em vez delas, Smend considera mais acertadas aquelas ideias que aproximam o conceito de Constituição com o de movimento.¹⁵⁶ A Constituição é, pois, a fixação em formato jurídico-normativo do processo de integração estatal. É a ordenação jurídica do Estado, e regula a dinâmica total em que se desenvolve a vida do Estado. Embora seja, enquanto norma, uma barreira de contenção das forças sociais em ebulição, a Constituição não pode prever nem regular todos os aspectos da vida estatal: “*la dinámica estatal está generando constantemente situaciones no previstas expresamente en las normas constitucionales*¹⁵⁷. [...] *Todo esto significa que la Constitución al regular el proceso de integración genera los elementos de su propia ‘mutación’.*”¹⁵⁸

O conceito dinâmico de Constituição proposto por Smend foi trabalhado por Hsü Dau-Lin que, a partir dele, desenvolveu sua Teoria da Mutação Constitucional.¹⁵⁹

¹⁵⁴ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 154.

¹⁵⁵ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 61, *apud* URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, p. 119.

¹⁵⁶ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Ob. cit.*, p. 121.

¹⁵⁷ SMEND, Rudolf. *Constitución...* *Ob. cit.*, p. 133, *apud* URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Ob. cit.*, p. 122.

¹⁵⁸ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Ob. cit.*, p. 122.

¹⁵⁹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Ob. cit.*, p. 125. VERDÚ, Pablo Lucas. *Estudio preliminar en DAU-LIN, Hsü. Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 8 e 155-83.

Essa propriedade da Constituição de ser a regulação jurídica da integração, da totalidade da vida estatal, produz (e é produzida por) uma posição especial das normas constitucionais ante as demais espécies de normas jurídicas.

Em primeiro lugar, as normas constitucionais possuem um caráter intrinsecamente insuficiente ante a necessidade vital estatal e, conseqüentemente, costumam ser estabelecidas de modo semanticamente aberto. Elas precisam ser necessariamente genéricas se pretendem satisfazer as múltiplas finalidades da vida estatal e os valores cambiantes de uma sociedade plural.¹⁶⁰

Além disso, as normas constitucionais são limitadas quanto à sua proteção e às garantias de sua eficácia frente os fatores reais de poder.¹⁶¹ Os agentes que efetivam as normas constitucionais têm-nas em suas mãos, no sentido de que elas serão aquilo que os órgãos competentes para concretizá-las fizerem-nas ser. Eles submetem-se às normas apenas até onde tiverem vontade para tanto.¹⁶² Significa dizer, as normas constitucionais dependem da boa vontade de seus agentes para fazerem-se valer.¹⁶³ Elas não possuem uma garantia externa de eficácia.

Jellinek se soma ao coro dizendo que as normas constitucionais não têm o poder intrínseco de regular a vida estatal. Esse poder está nas mãos de quem atua e concretiza essas normas, pois pode fazê-lo de modo a modificá-las, tornando-as outras, operando mutações constitucionais: *“las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar,*

¹⁶⁰ SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, pp. 150-2. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 158.

¹⁶¹ SMEND, Rudolf. Ob. cit., p. 156: “Da particular posição do Estado, contudo, derivam dois elementos. Em primeiro lugar, a sua estabilidade não é garantida, como ocorre nas outras associações, por um poder externamente situado.” Versão livre. No original: “Dalla particolare posizione dello Stato derivano comunque due elementi. In primo luogo, la sua stabilità non viene garantita, come per le altre associazioni, da un potere situato all'esterno.”

¹⁶² Essa característica das normas constitucionais é uma das bases da doutrina da força normativa da Constituição, a saber, a “vontade de (ou “para”) Constituição”, posteriormente desenvolvida por Konrad Hesse, especialmente em HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 12.

¹⁶³ SMEND, Rudolf. *Costituzione...* Ob. cit., p. 219: “Porque aqui [no direito constitucional] não se pode recorrer sempre, e às vezes de modo algum, à coerção, uma vez que o cumprimento do dever deve ser sempre submetido à boa vontade e à obrigação de compreensão e cooperação constitucionais, pois também a jurisdição – pelo menos nos casos mais graves – pode ser apenas um instrumento e um estágio da cooperação daquelas partes, presumidamente dotada de boa vontade, que por sua vez deve servir-se, também apenas nesse sentido, de tal instrumento.” Versão livre. No original: “poiché qui non si può ricorrere sempre, e talora per nulla, alla coercizione, dal momento che l'adempimento del dovere dev'essere sempre nuovamente rimesso alla buona volontà e all'obbligo di intesa e cooperazione costituzionali, perciò anche la giurisdizione - perlomeno nei casi più gravi - può essere soltanto uno strumento e uno stadio dell'intesa di quelle parti, presumibilmente dotate di buona volontà, che a loro volta devono servirsi, anche solo in questo senso, di tale strumento”.

efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica.”¹⁶⁴

E isso o leva a concluir que “*una cosa es indudable: que las Constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desenvuelva junto a ellas y contra ellas un Derecho Constitucional no escrito*”.¹⁶⁵

Com base nessas peculiaridades das normas constitucionais, Dau-Lin arremata: “*El fundamento último de la mutación constitucional, estriba, por de pronto, en la naturaleza del Estado como realidad vital. [...] [L]a concepción estática del Estado, la contemplación del Estado como algo fijo, constante que permanece eternamente igual, ya no es posible.*”¹⁶⁶ Essa realidade vital propicia, ao mesmo tempo, a possibilidade e a necessidade de transformar o Estado e suas instituições: “*crecimiento y caída son condiciones necesarias de la vida de las instituciones así como de los organismos individuales.*”¹⁶⁷

Com efeito, Dau-Lin sustenta que a análise adequada do problema das mutações constitucionais só pode ser feita se tomado em consideração o caráter específico da Constituição dentro do ordenamento jurídico, e não como um problema jurídico geral, ou de Teoria Geral do Direito.¹⁶⁸ A especificidade das normas constitucionais precisa ser levada em consideração ao analisarem-se as mutações constitucionais.

Como sistema de integração, o direito constitucional deve garantir a realização de um objetivo em contínua transformação, que ocorre com a resolução contínua de modo relativamente ótimo. Os fatores dessa solução transformam-se com a mudança dos tempos e das circunstâncias. A mutação constitucional pode realizar-se a par do direito constitucional, colocando-se no espaço daquela espontaneidade social que é pressuposta e até mesmo calculada, mas nunca regulada, da

¹⁶⁴ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 84.

¹⁶⁵ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prologo por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. 405.

¹⁶⁶ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 161.

¹⁶⁷ BRYCE, James. *American Commonwealth*. (New edition) New York: 1926, v. I, página 361, *apud* DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 162. Citação não localizada na edição consultada na presente obra: BRYCE, James. *A comunidade americana*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1959. Cf. nota de rodapé nº 94, acima, em que se faz pequeno esclarecimento sobre a edição da obra de Bryce consultada na presente pesquisa e aquela provavelmente consultada por Dau-Lin.

¹⁶⁸ Em sentido contrário, afirmando tratar-se de um problema jurídico geral, que atinge todas as espécies de normas jurídicas, ligado, por assim dizer, ao “desenvolvimento judicial do direito”, cf. STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 336.

Constituição, isto é, no espaço da força ‘extraconstitucional’, especialmente na vida dos partidos. [...] Isso se explica a partir do caráter da Constituição, o qual estabelece um sistema de integração que constantemente realiza seu sentido. Essa realização de sentido é um princípio regulativo não apenas para o constituinte, mas também para o aperfeiçoamento dinâmico da validade do direito constitucional positivo.¹⁶⁹

Essas características das normas constitucionais adicionam à dogmática constitucional um elemento de dificuldade enquanto ciência, na medida em que

o direito e a política trabalham com argumentos e não com evidências. E é esse o motivo, aliás, pelo qual o direito constitucional – que curiosamente, visa a estabilidade do sistema político – acarreta apenas uma paz temporária, uma vez que contém um elemento intrínseco de instabilidade: o sentido de valor de suas normas, afinal, contém uma permanente tensão com as valorações dos diversos grupos sociais.¹⁷⁰

Mas não apenas o conceito de Estado de Georg Jellinek e o de Constituição de Rudolf Smend colaboram para o desenvolvimento da Teoria das Mutações Constitucionais, pela caracterização da relação de mútua influência entre realidade e normatividade constitucionais. Também Konrad Hesse considera que a realidade da vida está incluída no conceito de Constituição, porque ela funciona – ou pelo menos deve funcionar – como a “ordem fundamental jurídica da coletividade”.¹⁷¹

¹⁶⁹ SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, pp. 220-1. Versão livre. No original: “Come sistema di integrazione, il diritto costituzionale deve garantire la realizzazione di un compito in continua trasformazione, che occorre di continuo risolvere in modo relativamente ottimale. I fattori di questa soluzione differiscono con il mutare dei tempi e delle circostanze. Il mutamento costituzionale può compiersi al di fuori del diritto costituzionale, collocandosi nello spazio di quelle spontaneità sociali che vengono presupposte e persino calcolate, ma non regolate, dalla costituzione, cioè nello spazio delle forze ‘extracostituzionali’, specialmente della vita dei partiti. [...] Ciò si spiega a partire dal carattere della costituzione, la quale statuisce un sistema di integrazione che costantemente realizza il suo senso. Queta realizzazione di senso è un principio regolativo non soltanto per il costituente, ma anche per il perfezionamento dinâmico della validità del diritto costituzionale positivo.”

¹⁷⁰ FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978, pp. 122-3, *apud* FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23.

¹⁷¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 37. Esse é o conceito de Constituição para Konrad Hesse. Inocêncio Mártires Coelho traduz a expressão como “ordem jurídica fundamental da Comunidade”, em HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 86-7. Chama a atenção a inversão dos termos “fundamental” e

Ao desenvolver esse conceito, Hesse demonstra que dizer que a Constituição é a “ordem jurídica fundamental da coletividade” é dizer que ela assume (a) a tarefa de formar a unidade política e (b) a função de estabelecer a ordem jurídica necessária a tanto.

Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é o “plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido para a configuração jurídica de uma coletividade”.¹⁷²

Pois bem. Se, a uma, a Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade; a duas, a tarefa de formação da unidade política da coletividade passa pela harmonização dos mais variados e divergentes interesses econômicos, políticos e sociais; e, a três, a harmonização desses conflitos não pode significar a sua suplantação, sob pena de se fazerem calar as vozes da pluralidade, voltando-se ao dualismo de um Estado dissociado da sociedade, de dominação e servidão humana, sem falar no retrocesso ao rumo progressista dos povos e das ideias; se isso, então: as normas constitucionais não podem ser estabelecidas de outro modo se não a permitir e tolerar tensões e contradições aparentes, aceitando interpretações que conduzam a resultados quiçá até antagônicos conforme se apliquem a diferentes casos concretos. Mais do que isso, ou talvez justamente por isso, as normas constitucionais apresentam aptidão para sofrer mutações constitucionais, conforme o processo de formação da unidade política

“jurídica”, que acabam alternando-se no papel de adjetivar primeiramente a expressão “ordem”, e o uso do termo “Comunidade”, ao invés de “coletividade” (no original: “*Gemeinwesen*”), que pode ter um significado mais expressivo, pela sua posterior utilização por Hesse para significar a superação da antiga dicotomia entre Estado e Sociedade (cf. HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83). Esse tema, contudo, desborda dos limites da presente pesquisa, pelo que se deixa de desenvolver qualquer opinião ou crítica, ficando apenas o registro da existência da dualidade de traduções, para que se possa compreender com mais precisão a ideia original do autor. Sobre o conceito de Constituição, cf. também HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 07-8.

¹⁷² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 37.

desenvolver-se mais conformado pela ordem jurídica estabelecida, ou mais conformando-a.

“As regulações da Constituição não são nem completas, nem perfeitas.”¹⁷³ Desse modo, a atividade de colaboração social na formação da unidade política “não é, de forma alguma, mera ‘execução da Constituição’. Tampouco ela é uma unidade já concluída – lógico-axiomática ou hierárquica de valores – sistemática.”¹⁷⁴

A Constituição de antemão não propõe a pretensão de uma ausência de lacunas ou até de unidade sistemática. [...] [E]la deixa determinadas questões, por exemplo, tais da ‘constituição econômica’, *conscientemente abertas*, para aqui deixar espaço livre à discussão, decisão e configuração.¹⁷⁵

Nesse sentido, a Constituição deve permanecer imperfeita (no sentido de “não feita em definitivo”, de “inacabada”, “incompleta”) porque a realidade sobre a qual suas normas incidem é “vida histórica” e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas da vida. Diante da sempre latente variabilidade da realidade fática que as normas constitucionais pretendem regular, apenas em medida limitada e ao custo do engessamento (ao menos parcial) dos efeitos dessas normas é que elas se deixam especificar de maneira restritiva, tornando-se evidentes e calculáveis de antemão. “Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente ‘aberto para dentro do tempo’.”¹⁷⁶

Assim, “*la mutación constitucional debe entenderse como producto de la unidad de sentido que es el Estado y el carácter evolutivo de su realidad vital*”¹⁷⁷

Em razão de todo o exposto é que a percepção da relação de mútua influência entre normatividade e realidade constitucionais representa um papel relevante na compreensão do fenômeno da mutação constitucional. Se essa relação for ignorada, as

¹⁷³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 38.

¹⁷⁴ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 38.

¹⁷⁵ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 39. Grifos no original.

¹⁷⁶ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 40. Grifos no original.

¹⁷⁷ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, p. 132.

mutações constitucionais somente poderiam ser tratadas, no plano dogmático, como uma infração da Constituição.¹⁷⁸

A doutrina jurídica “normológica”, por exemplo, que preconiza pertencer ao objeto da Ciência do Direito apenas as proposições de dever-ser (*Sollen*), e considera estranho a essa Ciência tudo o que pertença ao mundo do ser (*Sein*), eliminando-o da investigação jurídica, nega-se a teorizar sobre a mutação constitucional.¹⁷⁹ Mas essa doutrina “esquece que todo o dever social se relaciona constantemente com um querer humano e que as normas sociais não são afirmações teóricas, mas exigências dirigidas à vontade do homem.”¹⁸⁰

Também é eloquente o vazio sobre o tema da mutação constitucional na doutrina tradicional francesa, que apenas em Maurice Hauriou faz uma referência indireta ao assunto.¹⁸¹ Para ele as “infrações à Constituição” seriam apenas estados de fato que não teriam o condão de modificar situações de direito, porque disposições de uma lei não se podem abolir nem pelo desuso e nem pelo uso contrário.¹⁸²

Contudo,

todo direito vigente é uma “realidade conforme à regra” [W. JELLINEK. *Gesetz, Gesetzesanwendung* etc., 1913, p. 13], e tôdas as normas constitucionais vigentes valem enquanto regras empíricas da situação estatal; possuem *normalidade normativa*. Como regras práticas de valoração valem enquanto são, ao mesmo tempo, critérios de previsão para o trabalho humano. Não cabe, pois, manter com a usual rigidez a separação entre as leis do ser e as do dever ser.¹⁸³ (grifou-se)

¹⁷⁸ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p 147-54.

¹⁷⁹ Corretamente ou não, costuma-se atribuir a Hans Kelsen o papel de principal expoente dessa corrente Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁸⁰ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 224.

¹⁸¹ Dau-Lin diz não ter encontrado enfrentamento sobre a mutação constitucional nas obras dos principais constitucionalistas franceses, entre eles Esmein, Duguit, Barthelemy, Moreau, Carrè de Malberg e Pierre. Ele atribui essa lacuna no constitucionalismo francês a dois fenômenos: primeiro, a curta duração formal das constituições naquele país, sendo comuns as mudanças formais das normas constitucionais e, por isso, desnecessárias as mudanças informais; segundo, a concepção francesa do positivismo jurídico que, desde a Revolução, inspira nos juristas profunda fé na autoridade da lei. DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p 149.

¹⁸² HAURIU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*, 2ª ed., Paris: 1929, p. 260, *apud* DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p 149.

¹⁸³ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 299.

E nesse sentido, “é certo que a desejável longa duração de uma Constituição traz, naturalmente, a necessidade de sua adaptação responsável às mutações sociais, evitando-se hiatos constitucionais, ou descompassos entre seu papel normativo e a realidade social.”¹⁸⁴

Por tudo isso, a singularidade valorativa da Constituição¹⁸⁵ demanda que todo o fenômeno constitucional seja analisado levando em consideração as normas, mas sem ignorar a realidade nacional, que “há de ser qualquer coisa de profundo, que sobe do passado para inspirar o presente e projetar-se no futuro”,¹⁸⁶ sempre admitindo a interpenetração desses conceitos e a influência recíproca entre eles. “Só se pode compreender de maneira cabal a ordenação normativa social se se considerar e der por suposto que o ser e o dever ser não se acham em estado de isolamento e em antidualética ausência de relação, mas, pelo contrário, em correlativa coordenação.”¹⁸⁷ Só assim é possível compreender o fenômeno da mutação constitucional.

2.2 Mudança da realidade fática e tensão entre fato e norma

Como dito anteriormente, a visão bifacetada do Estado e a percepção da influência do ser sobre o dever-ser são marcos da doutrina de Jellinek que, no entender do autor deste trabalho, conferem-lhe uma posição pioneira na teorização das mutações constitucionais.

Mas isso no plano teórico.

¹⁸⁴ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

¹⁸⁵ VERDÚ, Pablo Lucas. Estudio preliminar en DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 10-3. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, p. 132-3. Interessante notar que, embora a aplicação desses conceitos à teoria das mutações constitucionais possa ser atribuída a Hsü Dau-Lin, as ideias de vitalidade e dinamicidade da realidade constitucional e de necessidade política já vinham sendo trabalhadas por autores alemães anteriores a Dau-Lin, a saber, respectivamente, Rudolf Smend e Georg Jellinek. A ideia da singularidade valorativa da Constituição também é fruto do gênio de Smend, mas noções semelhantes, com as devidas adaptações, foram posteriormente desenvolvidas e aplicadas à Teoria Geral do Direito por Claus-Whilhelm Canaris, sob o nome de “adequação valorativa”. Cf. CANARIS, Claus-Whilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983), pp. 09-23.

¹⁸⁶ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 57, v. 187, fascículos 679 e 680, jan.-fev./1960, p. 18.

¹⁸⁷ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 224.

No plano prático – e isso também já foi dito acima –, foi o distanciamento entre a realidade constitucional da Alemanha do Primeiro *Reich* e as normas positivadas na Constituição de 1871 que, pela perplexidade causada, conduziram Jellinek a desenvolver a teoria das mutações constitucionais. É que os meios formais de mudança da Constituição não estavam acompanhando a efetiva mudança da vida constitucional do *Reich*.

Esse distanciamento entre realidade e normatividade fê-lo perceber que a ordem constitucional de uma comunidade não se estabelece apenas com base em e a partir de normas escritas. Em sua obra, são dados alguns exemplos de padrões normativos constitucionais não escritos, mas vigentes, e outros não vigentes, mas escritos, na Alemanha e na Europa. Alguns deles serão reproduzidos abaixo.

O primeiro caso (normas não escritas, mas vigentes), Jellinek exemplifica com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na Revolução Francesa de 1789, não incorporada expressamente pelo conjunto de leis que promulgou a Constituição de 1875 da França (vigente à época). Segundo o autor, a doutrina constitucional francesa daquele tempo sustentava unanimemente que os princípios de 1789 não haviam sido suprimidos, apesar de nenhum artigo constitucional os reconhecer. “*No se abolieron porque son inabolibles.*”¹⁸⁸ O autor sustenta o mesmo acerca da garantia de inamovibilidade do juiz, prevista na Constituição Francesa de 21 de maio de 1870 (art. 15), surpreendentemente não repetida na Constituição de 1875.

De tais fatos Jellinek conclui que “*la abolición de las leyes no implica necesariamente y como consecuencia, la de los preceptos que contienen.*”¹⁸⁹

Exemplo do segundo caso (normas não vigentes, mas escritas) é o do artigo 20 da Constituição do *Reich*, que previa o número de 382 membros para o Parlamento Alemão (*Reichstag*), sendo que se reuniam, na realidade, 397 membros, porque a Constituição desconsiderava por completo os deputados da Alsácia-Lorena. Aliás, nem mesmo o artigo 1º daquela Constituição, que elencava os territórios que compunham o

¹⁸⁸ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 10.

¹⁸⁹ JELLINEK, Georg. Ob. cit., p. 10.

Reich, incluía a Alsácia-Lorena, muito embora esse território fizesse parte, na prática, do Império Alemão.¹⁹⁰

Com isso Jellinek começa a trabalhar sua Teoria da Mutação Constitucional, ao demonstrar que à realidade constitucional não correspondem necessária e integralmente seus textos normativos.

Vários outros exemplos da tensão entre norma escrita e realidade constitucionais são dados ao longo da obra de Jellinek. Eles serão trazidos oportunamente, quando analisados outros aspectos relacionados à mutação constitucional neste trabalho.

Diferentemente da obra de Georg Jellinek, que é quase mais descritiva do que analítica, e marcada por exemplos concretos da realidade política alemã e europeia da época,¹⁹¹ a obra de Hsü Dau-Lin, mais voltada ao refinamento pragmático e à análise dos conceitos ligados ao assunto, é bastante crítica em relação às teorias já postas e, nesse sentido, pode ser caracterizada como teórico-propositiva.

Esse pragmatismo pode ser percebido já no começo da obra de Dau-Lin, quando ele define mutação constitucional como “*la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro.*”¹⁹²

Com isso o autor expressa que através da mutação constitucional, a realidade para a qual foram propostas as normas constitucionais já não coincide com elas: há uma tensão entre a Constituição escrita e a situação real constitucional. Por isso entende-se que o conceito de Dau-Lin de mutação constitucional é traçado em cima da ideia da validade do Direito Constitucional, isto é, sobre as possibilidades de produção de efeitos do Direito Constitucional nas condutas humanas que o concretizam, levando em conta a relação entre a norma e a realidade.

Essa relação entre norma e realidade pode ser de congruência ou de incongruência.

¹⁹⁰ JELLINEK, Georg. Ob. cit., pp. 11-2. Conhecidas circunstâncias políticas e históricas explicam essa tumultuada participação da Alsácia-Lorena no Império Alemão.

¹⁹¹ A propósito, Rudolf Smend anota ser “emblemático que Jellinek tenha fornecido somente uma descrição empírica dos casos e tipos mais importantes, mas não uma teoria, e menos ainda uma teoria jurídica.” SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, p. 198 (nota de rodapé nº 9). Versão livre. No original: “È emblematico che Jellinek ivi fornisca solo una descrizione empirica dei casi e dei tipi più importanti ma non una teoria, e meno che mai una teoria giuridica.”

¹⁹² DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p 29. Grifo no original.

No primeiro caso, abrem-se duas possibilidades: ou a realidade segue a norma (validade normal do direito constitucional), ou a norma segue a realidade (reforma da Constituição com emenda formal).

No segundo caso, isto é, na incongruência entre norma e realidade constitucionais, Dau-Lin visualiza a mutação constitucional e desdobra esse conceito em quatro espécies.

A primeira espécie é a da mutação constitucional pela prática estatal que não viola formalmente a Constituição.¹⁹³ Neste caso, não se ignora um artigo específico da Constituição ou certa prescrição constitucional. A contradição entre realidade e norma não se dá de modo direto e específico, mas resulta da não aplicação de um conjunto de várias prescrições constitucionais ou da integração global da ordenação constitucional. Para ilustrar o conceito, Dau-Lin aponta três exemplos ocorridos durante a vigência da Constituição do *Reich*, mas o mais elucidativo é o quarto exemplo, passado nos Estados Unidos da América: o princípio da separação dos poderes impedia que os secretários de Estado participassem das reuniões do Congresso, de modo a evitar relações oficiais entre este e o Governo. Contudo, na prática instituíram-se comitês parlamentares permanentes, cada um deles correspondente a um departamento governamental. Através dos presidentes desses comitês, os secretários de Estado apresentavam leis ao Congresso. “*Así, la conexión entre Congreso y Gobierno, rechazada por la Constitución, se ha producido a pesar de todo. Aunque de hecho se produjo, sin duda, una reforma de la Constitución, no se violó [diretamente] ninguna norma constitucional.*”¹⁹⁴

A segunda espécie de mutação constitucional se dá pela incongruência entre norma e realidade por força de eventual impossibilidade de se exercer uma competência.¹⁹⁵ Neste ponto, Dau-Lin analisa a proposta de mutação constitucional pelo desuso, de Jellinek,¹⁹⁶ porém sob outra perspectiva. Enquanto para Jellinek o não uso de uma competência estatal somente a faz desaparecer, por força de mutação constitucional, quando verificar-se a sua prescindibilidade para a vida do Estado (o critério é a necessidade política da competência, e não o uso ou não uso dela), Dau-Lin

¹⁹³ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 32-5.

¹⁹⁴ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 35.

¹⁹⁵ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., pp. 36-9.

¹⁹⁶ V. essa proposta adiante, no capítulo 4.3, em que se analisou o papel do desuso na formulação de mutações constitucionais.

entende que “*la Constitución no se transforma por el desuso, sino por la imposibilidad de cumplirla, de suerte que el desuso solo es una de las causas*”.¹⁹⁷ No fundo, ambas as proposições são compatíveis, tanto que o exemplo da mutação constitucional pelo desuso da responsabilidade ministerial na Constituição do *Reich*, trazido por Jellinek, é repetido sem restrições por Dau-Lin, de modo que, aparentemente, os autores concordam com a ideia subjacente ao conceito, sendo aqui desnecessária uma análise mais detida.¹⁹⁸

A terceira espécie de mutação constitucional, na classificação dos tipos de incongruência entre norma e realidade, é a da prática constitucional que contradiga, clara e diretamente, um preceito constitucional, seja (a) pela chamada “reforma material”, seja (b) por legislação ordinária, (c) pelos regulamentos dos órgãos estatais superiores ou ainda (d) por sua prática efetiva.¹⁹⁹

Essas quatro subespécies mais problemáticas de incongruência entre norma e realidade (isto é, de mutações constitucionais) serão desenvolvidas oportunamente, quando abordadas as questões atinentes a cada uma delas.²⁰⁰ Por ora, basta o registro de que através desses quatro meios pode haver uma atuação prática de órgãos de envergadura constitucional que acabem produzindo uma incongruência entre o texto constitucional e a realidade.

Percebe-se que esses três tipos de incongruência entre fatos e normas apontados por Dau-Lin dizem respeito a um problema precipuamente de Direito Constitucional. Como dito acima, as mutações constitucionais, para Dau-Lin, são um problema de dogmática constitucional, a saber, um problema de validade das normas constitucionais, de aplicabilidade da Constituição. Ele busca inserir o debate acerca das mutações constitucionais no âmbito da Teoria da Constituição, seguindo as orientações de Smend, para quem

¹⁹⁷ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 36.

¹⁹⁸ Um complemento dessa espécie de mutação constitucional na classificação de Dau-Lin será feito adiante, ao tratar-se da necessidade política como pressuposto da mutação constitucional e, após, dos costumes e (des)usos constitucionais como instrumentos da mutação constitucional.

¹⁹⁹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 39-45.

²⁰⁰ Respectivamente, no capítulo 5.1, quando se aborda o texto como limite das mutações constitucionais, no capítulo 4.2, quando se aborda a interpretação como instrumento das mutações constitucionais e, as duas últimas subespécies, no capítulo 4.3, quando se trata dos costumes e (des)usos dos órgãos constitucionais como instrumento de mutação constitucional.

o problema [da tensão entre a realidade constitucional e o programa estabelecido pelas normas da Constituição] aqui adequadamente focado, mas equivocadamente definido, é o problema central da teoria da constituição. Ele não representa um caso de aplicação do problema geral das ciências do espírito, ou da tensão entre o dever ser e o ser, ou entre o sentido e a realidade vital. E tampouco é um problema da teoria das fontes do direito. Mas se trata, em grande medida, da questão da substância específica do Estado enquanto objeto de regulamentação jurídica através da sua constituição. [...] Enfim, a modificabilidade da constituição, isto é, a possibilidade de ‘mutação da constituição’ é uma característica específica de tal matéria jurídica que é dada com a totalidade do direito constitucional.²⁰¹

E também a partir dessa ideia de Smend, a teoria de Dau-Lin mostra-se inclusiva. Isto é, a mutação constitucional, para ele, não deve ser encarada como um fenômeno de ruptura do ordenamento jurídico, nem precisa ser absorvida de maneira truculenta, como uma força incontrolável, ou como se os fatos atropelassem as normas. Ao contrário, para uma correta compreensão das mutações constitucionais, e para o seu desenvolvimento adequado e harmonioso, elas devem ser estudadas como um instituto específico do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição, como parte integrante dessas ciências.

A quarta espécie de mutação constitucional desenvolvida no conceito de Dau-Lin é a que decorre da interpretação das normas constitucionais, e será mais bem analisada, nesta pesquisa, no capítulo dedicado a esse tema (capítulo 4.2, pp. 67 e ss.).

Assim, o problema das mutações constitucionais é o problema do vencimento da tensão entre realidade e normas constitucionais, pela adequação ideal (não formal) das normas aos fatos.

A necessidade de reconhecer essa tensão e o modo como se pode vencê-la são levados adiante por Konrad Hesse. Partindo de um pressuposto nitidamente kantiano, Hesse entende que o Direito Constitucional é ciência normativa, como toda ciência

²⁰¹ SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, pp. 148 e 220. Versão livre. No original: “Il problema che viene qui giustamente messo a fuoco, ma erroneamente definito, è il problema centrale della teoria della costituzione. Esso no rappresenta un caso di applicazione del problema generale delle scienze dello spirito, la tensione fra dover essere e essere, fra senso e realtà vitale. E non è neppure un problema di teoria delle fonti de diritto. Ma è piuttosto la questione della sostanza specifica dello Stato quale oggetto di regolamentazione giuridica mediante la sua costituzione. [...] Infine, la modificabilità della costituzione, cioè la possibilita del ‘mutamento della costituzione’ è un carattere specifico di tale materia giuridica che è dato con la totalità del diritto costituzionale.”

jurídica, e nisso diferencia-se das ciências políticas e sociais enquanto ciências da realidade.²⁰² Deontológica, a Constituição estabelece um *dever-ser*.

A condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar.²⁰³

A influência da Constituição jurídica sobre a real, e da real sobre a jurídica, é mútua:

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.²⁰⁴

Destarte, é na tarefa de modificar uma dada realidade e estabelecer-se sobre ela que a Constituição pretende impor sua força normativa.

É constante, assim, a tensão entre fato e norma no âmbito constitucional. E é nessa tensão que a mutação constitucional precisa ser estudada.

E é também nessa tensão que ficou célebre a visão de Konrad Hesse segundo a qual a força normativa da Constituição depende da denominada “vontade de Constituição”²⁰⁵ (*Wille zur Verfassung*). Isto é, para que as normas constitucionais possam produzir efeitos, para que o *dever-ser* da Constituição transmude-se em um ser da realidade, é preciso que os “agentes de Constituição” atuem nesse sentido. Em outras palavras, as personagens que receberam da Constituição o papel de atuá-la precisam fazê-lo conforme impõe o seu roteiro. É necessário tomar atitudes que concretizem as

²⁰² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 11.

²⁰³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 10.

²⁰⁴ HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 15.

²⁰⁵ Luís Afonso Heck, na tradução da obra de Hesse intitulada *Elementos...*, traduziu a expressão entre aspas por “vontade para a Constituição”. Outra vez, fica o registro da dualidade de traduções, apenas com intenção de ampliar-se o espectro de compreensão da intenção original do autor.

normas constitucionais. Caso contrário, a Constituição será, como preconizou Lassalle, um mero pedaço de papel.²⁰⁶

No entanto, este não é o único pressuposto de eficácia da Constituição proposto por Hesse. Aliás, antes dele, Hesse fala na necessidade de o conteúdo material de uma Constituição corresponder à natureza singular do presente²⁰⁷ (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*).²⁰⁸ Isto é, quanto mais as normas constitucionais estiverem inseridas não apenas no contexto social, político e econômico, mas, também, e principalmente, incorporarem o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. “Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral”.²⁰⁹ Diz Hesse:

a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. [...] Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.²¹⁰

Nesse contexto, a justificativa das mutações constitucionais encontra-se na falibilidade do legislador constituinte. A realidade pode mostrar que a aplicação das normas constitucionais da maneira como foram positivadas não produz o resultado almejado, ou pode mostrar, simplesmente, a inviabilidade de sua aplicação. Afinal, a vida é mais rica do que o legislador constituinte possa prever. E nesse caso, fatos podem se desenrolar que sugiram a não aplicação de determinadas normas constitucionais, ou a

²⁰⁶ LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933 - versão para eBook: eBooksBrasil.com, 2009. Extraído do original: *Über Verfassungswesen: zwei Vorträge und ein offenes Sendschreiben*. Berlin: 1862.

²⁰⁷ Luís Afonso Heck, na tradução da obra “Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha”, optou por traduzir a expressão traduzida por Gilmar Ferreira Mendes como “natureza singular do presente”, por “condição individual da atualidade”. Outra vez, registre-se a dualidade de traduções que, no caso, apenas aparenta um certo comprometimento dos tradutores com alguma ideologia.

²⁰⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20.

²⁰⁹ HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 20.

²¹⁰ HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 18.

aplicação diferente dessas mesmas normas, ou ainda a aplicação de normas que não foram expressamente previstas.²¹¹

Essa característica da vitalidade e da dinâmica da realidade constitucional influenciando decisivamente a normatização constitucional é nitidamente percebida na história moderna dos Estados Unidos da América.

Causas de natureza econômico-financeira, como a quebra da bolsa de Nova Iorque, e econômico-produtiva, como a Revolução Industrial, a superprodução e os atritos na relação entre trabalho e capital, com a eclosão, no panorama internacional, dos direitos sociais e dos movimentos sindicalistas,²¹² pressionaram os Estados Unidos a promover uma mudança na sua política de intervenção estatal na economia, através do programa do presidente Franklin Delano Roosevelt intitulado *New Deal*, entre os anos de 1933 e 1937. Esse cenário ideológico ganhou concreção através de *landmark statutes* propostas pelo Presidente e aprovadas pelo Congresso, confirmadas, posteriormente, pela Suprema Corte, através de superprecedentes judiciais.²¹³

Com efeito, esses eventos históricos da maior magnitude impuseram uma transformação substancial na relação entre Estado e mercado nos Estados Unidos da América, e forçaram o Congresso Nacional a aprovar leis como o *National Industry Recovery Act*,²¹⁴ o *National Labor Relations Act*,²¹⁵ o *Social Security Act*,²¹⁶ o *Agricultural Adjustment Act*,²¹⁷ e o *Fair Labor Standards Act*.²¹⁸ Essas *landmark statutes* tiveram o devido respaldo da Suprema Corte que, quando tiveram sua

²¹¹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 165.

²¹² OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.011.

²¹³ Eis os três Poderes atuando em conjunto, denotando a legitimidade democrática da modificação informal da Constituição, com respaldo, pois, na soberania popular, como adiante será tratado, no capítulo 4.1.

²¹⁴ Essa lei regulou o desenvolvimento de cartéis, monopólios, oligopólios e outros modos de exploração de atividades econômicas que visava a recuperação do crescimento industrial nos Estados Unidos, em 1933.

²¹⁵ Essa lei regulamentou os instrumentos de relação e negociação coletiva entre categorias representativas de empregados e empregadores, em 1935.

²¹⁶ Através dessa lei implementaram-se programas de previdência e assistência social, que beneficiaram idosos, inválidos, desempregados, entre outros grupos socialmente marginalizados, em 1935.

²¹⁷ Regulações de produção, consumo e preços de produtos agrícolas importantes na economia americana, como trigo, algodão, milho, soja e outros, mediante a proibição de produção em excesso, controle dos estoques e pagamento de subsídios aos agricultores, para *não* produzirem, foram realizados por essa lei, em 1938.

²¹⁸ As imposições a cuidados com a saúde e a segurança no trabalho deram-se através desta lei, em 1938.

constitucionalidade questionada, firmou em seu favor importantes supreprecedentes, tais como *West Coast Hotel Co. v. Parrish*,²¹⁹ *Wickard v. Filburn*²²⁰ e *United States v. Darby Lumber Co.*²²¹ Esses precedentes são emblemáticos porque revisaram a posição anterior da Suprema Corte (que, por sua vez, espelhava a posição ideológica norte-americana), superando os históricos superprecedentes *Lochner v. New York*,²²² *Adkins v. Children's Hospital*²²³ e *Hammer v. Dagenhart*²²⁴ e mergulhando o país, definitivamente em uma nova era na relação Estado-mercado.

Assim, no começo do século XX os norte-americanos preferiam ter o direito de estipular mais livremente as cláusulas contratuais que entabulavam do que vê-las limitadas por intervenção do Estado. Os valores “propriedade” e “liberdade” eram tão fortes que até mesmo o limite da jornada de trabalho em dez horas, que não é uma jornada pequena, e apenas para uma única categoria profissional específica (padeiro), foi considerada uma “irrazoável, desnecessária e arbitrária intervenção estatal”, no caso *Lochner v. New York*. Trinta e sete anos depois, a intervenção estatal não apenas foi considerada tolerável, como também necessária, ao ponto de ser ratificada pela Suprema Corte a proibição a um fazendeiro de plantar trigo acima dos limites previstos em lei,

²¹⁹ 300 U.S. 379 (1937). Neste caso a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade de uma lei do Estado de Washington e garantiu o direito de uma camareira a receber um salário mínimo (“*minimum wage*”).

²²⁰ 317 U.S. 111 (1942). Através desse superprecedente a Suprema Corte confirmou a competência do Congresso de intervir na produção econômica do país, ao manter a decisão de multar um fazendeiro que produzira mais trigo do que os *statutes* do *New Deal* permitiam (a intenção era conter a superprodução para elevar os preços dos produtos), e mandou queimar o excesso, mesmo ficando constatado que esse excesso somente seria utilizado para consumo próprio (porque se fosse permitido o consumo próprio do excesso o fazendeiro não buscaria trigo no mercado, diminuindo a demanda e, conseqüentemente, baixando os preços).

²²¹ 312 U.S. 100 (1941). Nesse precedente a Suprema Corte confirmou a constitucionalidade do *Fair Labor Standards Act*, obrigando uma rede de frigoríficos a adequar suas instalações às exigências legais para garantia da saúde e segurança de seus trabalhadores.

²²² 198 U.S. 45 (1905). A importância do precedente é tamanha que o período que a ele se seguiu ficou conhecido como *Lochner Era*. Aqui a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Nova Iorque que, dentre outras coisas, fixava um salário mínimo para os padeiros e limitava sua jornada de trabalho em dez horas diárias. Na época, os *Justices* da Corte entenderam por maioria apertada (5 a 4) que o Congresso não tinha poderes para intervir dessa maneira na liberdade de contratar (“*liberty of contract*”). No voto do relator, constou que “essa intervenção estatal era irrazoável, desnecessária e arbitrária no direito e na liberdade do indivíduo de contratar” (“*unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract*”). É emblemático que o *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr. (também professor da Harvard Law School), em cuja homenagem Bruce Ackerman escreve a obra analisada neste trabalho, divergiu da maioria.

²²³ 261 U.S. 525 (1923). Na ocasião, a Suprema Corte havia declarado inconstitucional uma lei federal que estabelecia salário mínimo para mulheres, sob fundamento de ofensa à liberdade de contratar.

²²⁴ 247 U.S. 251 (1918). Consolidando o *Lochner*, a Suprema Corte decretou a inconstitucionalidade de uma lei que regulamentava e limitava o trabalho infantil, também sob fundamento de que essa intervenção na liberdade de contratar extrapolava a competência do Congresso Nacional, e não encontrava fundamento na *interstate commerce clause*.

mesmo que para consumo próprio, de modo a equilibrar a economia, como demonstra o caso *Wickard v. Filburn*.

A realidade certamente forçou uma mudança na Constituição norte-americana.

Desse modo, verifica-se que a tensão entre fatos e normas pressupõe a ocorrência de mutações constitucionais.

2.3 Necessidade política

Conceito absolutamente central que embasou todo o começo da Teoria da Mutação Constitucional na Alemanha, especialmente em Paul Laband e Georg Jellinek, é o de necessidade política, que decorre do conceito latino sobre fontes do Direito da *necessitas*.²²⁵

Dau-Lin observa que se tentou explicar o fenômeno da mutação constitucional com base na doutrina sobre o direito consuetudinário apenas por força da concepção jusprivatista que dominava a ciência do Direito. Os conceitos de direito privado eram incorporados para explicar fenômenos de direito público. Na verdade, os costumes (desenvolvidos por séculos de estudos na tradição jusprivatista) não explicavam a mutação constitucional. Dau-Lin acredita que a Constituição não muda informalmente por força de uma prática reiterada e tida como vinculativa. Ela muda por força de uma necessidade política.²²⁶ No entanto, utilizou-se a tradição do direito consuetudinário como uma espécie de recipiente de toda forma de direito construído heterogeneamente, porque “*el concepto de la necesidad política era desconocido y inútil para el dogmatismo positivista – se diferenció consciente y rígidamente entre derecho constitucional y político.*”²²⁷

²²⁵ Esse conceito é atribuído por Jellinek a Modestino, sem fazer referência a obra. V. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 29.

²²⁶ “[...] no se hace algo porque un día se hizo así, sino que esto ocurrió porque tenía que ocurrir según la opinión de los que la realizan. En el caso de la mutación constitucional se trata de la necesidad política, que no dictó lo ocurrido, y no de una simple ‘costumbre’ que como tal fue imitada, es decir no se trata de hechos sencillos, sin finalidad y no vinculados a valores.” DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 125.

²²⁷ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 121.

A necessidade política está relacionada à governabilidade e ordenação social. A conjuntura fática e sociológica pode impor que manobras sejam tomadas pelas instituições do poder político, ainda que ao arpejo das normas que o estabelecem, a fim de viabilizar governança satisfatória e ordenar a vida em sociedade. E segundo Jellinek, para que isso ocorra de modo minimamente legítimo, isto é, para que os poderes políticos atuem fora dos limites jurídicos estabelecidos para o seu exercício, deve haver a necessidade política dessa atuação. Sendo esse o caso, poderá ter havido uma mutação constitucional.

Sob outra perspectiva, para que a concretização da Constituição ocorra de maneira a não corresponder plenamente ao texto de suas normas, sem que essa não correspondência deva ser combatida pela sociedade, é mister que uma necessidade política a justifique. Se não há essa necessidade, a disparidade entre norma e realidade deve ser repelida, de modo a fazer-se impor a primeira sobre a segunda. Se ela está presente, aceita-se, excepcionalmente, a prevalência da realidade sobre a norma. Portanto, a necessidade política é condição – não suficiente, mas – necessária da mutação constitucional.²²⁸

Com vistas ao esclarecimento desse conceito, Jellinek dá exemplos do *Reich* que demonstram de que modo necessidades políticas podem impor a assunção de posturas concretas que contrariam o texto constitucional, produzindo mutações.

O exemplo mais desenvolvido pelo autor é do funcionamento do *Bundesrat*.²²⁹ A Constituição do *Reich* estabelecia que o *Bundesrat* fosse convocado e dissolvido anualmente, funcionando como um órgão temporário e exercendo pontualmente as atribuições para as quais houvesse sido convocado. No entanto, a última convocação do *Bundesrat* ao tempo em que Jellinek escrevera (1906) havia sido em 1883, não tendo sido dissolvido desde então. Em contraposição ao texto constitucional, o *Bundesrat* havia se tornado uma câmara permanente.

²²⁸ LABAND, Paul. Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR)*, tomo 1, (sine loci) 1907, p. 2, apud DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p 29.

²²⁹ O *Bundesrat* é um órgão constitucional sem correspondência direta na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que acumula funções preponderantemente legislativas e de representação perante a União Européia. Mas, na época do *Reich*, também acumulava algumas funções administrativas e jurisdicionais. Por representar a ordem federal na Alemanha, e por ser formada pelos representantes dos *Länder* (estados federativos alemães), poderia ser equiparado ao Senado Federal.

Por cierto, sin duda, es un derecho constitucional del emperador clausurar el *Bundesrat*, pero su ejercicio manifestaría grave desarticulación del organismo imperial. Es indudable que el no convocar y cerrar el *Bundesrat* es incompatible con el texto y la intención de la Constitución del *Reich* y, del mismo modo, no hay duda que aquí ha ocurrido una mutación irreductible de la Constitución.²³⁰

Outro exemplo histórico de incongruência entre norma constitucional e atuação estatal de Poderes constituídos por força de uma necessidade política pode ser o do Presidente da República do Brasil que, sob vigência da Constituição de 1946, sem competência para tanto, anunciara

que, com o objetivo de deter a alta do custo de vida, isentaria de impostos certas mercadorias. [...] Mas não há quem se levante contra o excesso de poder, porque o impacto dominador, na quadra presente, é a baixa de preços, e não há quem se disponha a perturbar medidas que, ao menos na aparência, objetivam tentar atenuar os sofrimentos do povo.²³¹

A definição sobre o que seja ou não uma necessidade política, ou sobre quais medidas ou posturas estejam baseadas em uma necessidade política, é tarefa das mais difíceis. Entre o evidentemente necessário e o obviamente desnecessário há uma zona nebulosa (e grande) em que o subjetivismo (por um viés “inocente”) e o oportunismo (por um viés “malicioso”) impedem que se estabeleça consenso em torno do quê seja efetivamente uma necessidade política.

Ao sustentar que a Constituição é formada por outros elementos além de seu texto, Canotilho propõe que o *corpus* constitucional é aberto,²³² no sentido de que a formação institucional e consuetudinária das regras não escritas e a interpretação das regras escritas promovem um direito constitucional “vivo”, um direito “em ação” (*Law*

²³⁰ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 31.

²³¹ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 57, v. 187, fascículos 679 e 680, jan.-fev./1960, p. 22.

²³² Essa é uma proposta semelhante à de Bruce Ackerman que, no estudo desse autor em que esta pesquisa mais se baseou, propõe a ampliação do “cânone constitucional” norteamericano para incluir a legislação de referência proposta pelo Congresso Nacional (*landmark statutes*) e os superprecedentes judiciais formados pela Suprema Corte (*superprecedents*), especialmente os que institucionalizaram o *New Deal* e a *Civil Rights Struggle*.

in action), e não apenas um “direito nos livros” (*Law on the books*”), chegando à ideia de *Constituição material* (em oposição a *Constituição formal ou escrita*).²³³

Pois a contribuição do autor lusitano à definição do que se possa reconhecer como necessidade política está na sua proposta de requisitos que esses candidatos²³⁴ precisam preencher para ser incluídos no *corpus* constitucional. Para ele, o candidato que pretenda inserir-se na Constituição precisa (a) ter um caráter “fundacional”, isto é, uma dimensão constitucionalmente formadora, (b) ter uma dimensão constitucionalmente integradora, e (c) ser indispensável para uma leitura lógica e coerente da Constituição.²³⁵

Transpondo-se essa proposta para a questão acerca da necessidade política, pode-se sustentar que uma demanda prática que possua uma dimensão de formação e de integração constitucional, sem a qual a Constituição como um todo perca sentido, constitui uma necessidade política legitimadora de uma mutação constitucional.

Sob esse aspecto, a necessidade política promove a integridade constitucional, pois se soma às normas escritas e condiciona a sua leitura de modo a reordená-las às demandas sociais reais.

Também contribui para uma definição mais ou menos precisa sobre o que venha a ser uma necessidade política a característica da “autofinalidade do Estado em sua qualidade de objeto de regulação jurídica mediante sua Constituição”.²³⁶ Para desenvolver essa ideia, Dau-Lin trabalha em cima de construções de Jellinek e de Smend:

En toda actividad estatal hay un elemento que tiene por objetivo la conservación y fortalecimiento del Estado mismo, consecuentemente[,] la conservación y promoción de su propia existencia y de su autoridad es uno de los fines ajustados al Estado según las funciones deseadas por nuestra conciencia finalística. El objetivo es el primero y el último, y su cumplimiento es, dentro de

²³³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.139.

²³⁴ Conceito da filosofia da linguagem adaptado por Canotilho para designar os materiais normativos cuja inclusão no *corpus* constitucional suscita dúvida. Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Ob. cit., p. 1.132.

²³⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 1.139-40.

²³⁶ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 159.

ciertos límites, la condición de una actividad estatal provechosa en general.²³⁷

Nesse sentido, toda e cada norma constitucional, individualmente considerada, tem por fim a autoconservação, fortalecimento e desenvolvimento total do Estado e suas finalidades. Cada norma constitucional é, sob esse aspecto, como regulamento do Estado, “um fim em si mesma”, e tem por objeto uma satisfação “total”,²³⁸ o que a distingue das demais espécies de associações, cujas regulações “*son en general medios facultativos para conseguir ciertos fines particulares y objetivos*”.²³⁹ Por isso, toda norma constitucional deve ser concretizada de modo a satisfazer essa autofinalidade, de modo a garantir o fortalecimento e a autoconservação do Estado.

Com efeito, quando a aplicação de uma norma constitucional produzir um resultado que contrarie essa característica de fortalecimento e autoconservação da Comunidade,²⁴⁰ há indício de que uma necessidade política já demanda uma mutação constitucional.

A necessidade política, assim, decorre da singularidade valorativa da Constituição de garantir e promover as finalidades do Estado e da sociedade (“Comunidade”). E as mutações constitucionais pressupõem necessidades políticas.

Si la singularidad valorativa del derecho constitucional se deduce como necesaria para la realidad estatal y así la mutación constitucional es algo permitido por la intencionalidad de la Constitución, entonces la mutación constitucional no es quebrantamiento de la Constitución, ni simple regla convencional, sino derecho. Es derecho, aunque no concuerde con el texto de la ley; es derecho, aunque no pueda comprenderse y entenderse mediante los conceptos y construcciones jurídicas formales. Su funcionamiento jurídico se encuentra en la singularidad valorativa del derecho

²³⁷ JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, citado por Dau-Lin no original, página 256.

²³⁸ SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, p. 217: “cada aspecto individual do direito do Estado é compreensível não em si mesmo e isoladamente, mas como um momento da conexão de sentido da realidade, isto é, da totalidade funcional da integração.” Versão livre. No original: “ogni singolo aspetto del diritto dello Stato è comprensibile non in se stesso e isolatamente, ma come momento della connessione di senso da realizzare, cioè della totalità funzionale dell’integrazione.”

²³⁹ SMEND, Rudolf. *Verfassung und Vefassungsrecht*, citado no original por Dau-Lin, na página 85. Na edição consultada na presente pesquisa, *Costituzione e diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1988, a citação fica nas páginas 156-7: “Di contro, la altre associazioni sono in genere strumenti facoltativi in vista di fini materiali determinati e particolari.”

²⁴⁰ *Gemeinwesen*, no sentido de “Comunidade” atribuído por Hesse. Cf. notas de rodapé nº 172 e 248.

constitucional; en la llamada necesidad política; en las exigencias y expresiones de la vitalidad que se realizan al desarrollarse el Estado.²⁴¹

É importante destacar que, para Jellinek, toda mudança percebida na realidade histórica pressupõe a modificação dos fins de um determinado instituto. Em outras palavras, e de maneira invertida, a mudança dos fins de determinados institutos promove a mudança da realidade história decorrente desses institutos. Daí que as mutações constitucionais dão-se, no entender do autor, nas mudanças institucionais, e não nas normativas.²⁴²

Com isso fica claro que o conceito de mutação constitucional de Jellinek inclui a ideia de que a mutação constitucional é a regulamentação da realidade constitucional feita pela própria realidade constitucional – que para esse autor, seriam os poderes políticos constituídos –, e decorrente de uma necessidade política, sem embasamento nos textos de suas normas.

Além do mais,

Hay que distinguirse, estrictamente, entre el proceso de la mutación constitucional y la mutación constitucional misma. Esta es sólo una consecuencia de aquella: es un derecho que brota de una fuente originaria especial; aquél es un fenómeno fáctico jurídicamente incomprensible. [...] Esta separación del acto transformador de su consecuencia transformadora tiene conceptualmente algo en común con la idea general del derecho consuetudinario: si el derecho consuetudinario no es simple regla consuetudinaria, sino una regla consuetudinaria sostenida por la convicción jurídica, entonces un acto mismo efectuado por “necesidad política” todavía no es una mutación de la Constitución, sólo llega a serlo mediante el reconocimiento de su necesidad política. Es decir, la Constitución no experimenta una mutación por la necesidad política misma, sino tan sólo por el reconocimiento de esta necesidad.²⁴³

Com efeito, o processo sociológico que subjaz uma mutação constitucional contém uma valoração positiva a respeito da nova significação dada à “candidata de

²⁴¹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 166.

²⁴² VERDÚ, Pablo Lucas. Estudio preliminar en JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Série Clásicos Políticos. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Trad. Christian Förster. Rev. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. XVIII.

²⁴³ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 168.

mutação constitucional”. Isso porque “normas constitucionais têm a função de procurar vigência para uma normalidade à qual se reconhece valor positivamente, ou seja, à conduta que realiza a Constituição, não obstante a mudança dos tempos e das pessoas.”²⁴⁴

Por fim, é importante registrar que, ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, o conceito de necessidade política não deve servir à abertura excessiva à ocorrência de mutações constitucionais. Em vez disso, ele deve servir à restrição dessas ocorrências. Isto é, somente será admitida uma mutação constitucional quando houver uma necessidade política que a legitime. As incongruências entre Constituição escrita e realidade constitucional que não se justifiquem por uma necessidade política não devem ser reconhecidas como mutação constitucional, mas como mera infração à Constituição. Por isso, ao ponderar sobre a existência de uma necessidade política convém “prevenir contra os sofismas e as cavilações da insinceridade, que erige em necessidade o que é apenas um interesse.”²⁴⁵

²⁴⁴ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 311.

²⁴⁵ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 57, v. 187, fascículos 679 e 680, jan.-fev./1960, p. 22.

3. Funções da mutação constitucional

Uma vez assentado que o fenômeno da mutação constitucional pressupõe a compreensão de que a realidade e normatividade constitucionais, embora aparentemente se tratem de conceitos antagônicos, exercem influência mútua e recíproca, e assentado que a mutação constitucional pressupõe, também, a existência de uma tensão entre fato e norma – isto é, entre normas constitucionais e realidade constitucional, bem como pressupõe que a solução dessa tensão se dê em razão de uma necessidade política, passa-se a analisar a função da mutação constitucional. Vale dizer, qual será o papel que a mutação constitucional exerce no cenário constitucional? Qual a sua finalidade?

3.1 Equilíbrio das funções estática e dinâmica da Constituição

Quando as normas jurídicas em geral ficam superadas pelos fatos sociais que a elas se sobrepõem, a solução comum a ser adotada é a da sua substituição por novas normas, mediante procedimento normativo idêntico àquele que promulgou a norma ultrapassada.

Não se pode dizer tão facilmente o mesmo sobre as normas constitucionais, pois o papel que elas desempenham impõe que não devam ser modificadas pela conveniência pública “do momento”. A consciência constitucional de um povo somente se desenvolve com o passar dos anos. Pois

[e]xisten naturalmente grados de apego y de indiferencia de un pueblo a su constitución. Es evidente que una constitución necesita tiempo para fijarse en la conciencia de una nación. Cuanto más tiempo haya estado en vigor tanto más habrá aprendido la comunidad a vivir con sus ventajas y desventajas. Solamente por el hecho de estar en vigor durante largo tiempo una constitución ejerce una poderosa influencia educativa. La forma y manera de su adaptación a los cambios sociales tiene igualmente repercusiones en la conciencia constitucional del pueblo.²⁴⁶

²⁴⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. Ed. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 227.

Ademais, “uno de los rasgos de nuestro sistema, en efecto, es que la Constitución, que tiene un incomparable valor simbólico, debe ser vista y sentida como un instrumento supremo de ordenación que rige indefinidamente en el tiempo.”²⁴⁷

A isso se segue, como dito por Hesse, que a Constituição funciona – ou deve funcionar – como uma “ordem fundamental jurídica da coletividade”.²⁴⁸

Nesse conceito K. Hesse sustenta expressar, de uma só vez, (a) a tarefa e (b) a função da Constituição na realidade histórico-concreta. Respectivamente: (a) a formação da unidade política e (b) o estabelecimento da ordem jurídica.²⁴⁹

O atingimento satisfatório dessa tarefa e dessa função é, também, fundamental para a Teoria das Mutações Constitucionais, na medida em que está relacionado com o conflito dinamicidade/estabilidade que pressupõe a ocorrência de mutações constitucionais.

Por unidade política Hesse entende uma unificação bem-sucedida da “pluralidade de interesses, aspirações e modos de comportar-se, existente na realidade da vida humana”.²⁵⁰

Na tarefa de formar a unidade política, a Constituição não atua voltada à produção de um estado perfeitamente harmônico e de concordância geral, onde estariam abolidas todas as diferenciações sociais, políticas ou organizacional-institucionais, numa “unificação total”. A Constituição que atua na formação da unidade política abre

²⁴⁷ OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.003.

²⁴⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 37. Inocêncio Mártires Coelho traduz a expressão como “ordem jurídica fundamental da Comunidade”, em HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86. A inversão dos termos “fundamental” e “jurídica” não aparenta ter maior relevância. Mas a expressão “Comunidade”, ao invés de “coletividade”, além de aparentemente ser mais precisa e fiel ao termo original, pode ter um significado mais expressivo, como adiante se verá. Por ora, fica o registro de que a expressão, no original, é “*Gemeinwesen*” (cf. HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade... Ob. cit., p. 83). Também sobre o conceito de Constituição, para o autor, cf. HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 07-8 e HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade... Ob. cit., p. 86-7.

²⁴⁹ HESSE, Konrad. Elementos... Ob. cit., p. 29; HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional... Ob. cit., pp. 03-7 e HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade... Ob. cit., p. 78.

²⁵⁰ HESSE, Konrad. Elementos... Ob. cit., p. 29.

espaço para a existência e o significado dos conflitos inerentes à convivência humana. “Conflitos são capazes de preservar do entorpecimento, de um ficar parado em formas superadas; eles são, embora não sozinhos, força movente, sem a qual transformação histórica não iria se efetuar.”²⁵¹ Esses conflitos decorrem do choque entre as forças e ideologias sociais, os quais “acham-se em constante movimento e mudam a cada momento, apesar de que não dão lugar a um caos, mas geram, como organização e constituição, a unidade e ordenação do Estado.”²⁵² Dito de outro modo, e por outro autor, “consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (*Konflikt-und Kompromissrecht*).”²⁵³

Por isso, para satisfazer a sua tarefa de promover a unidade política da nação, a Constituição não pode “nem ignorar ou reprimir o conflito por causa da unidade política, nem abandonar a unidade política por causa do conflito”.²⁵⁴

Por sua vez, a gama de conflitos de interesses ocorrentes no seio da sociedade tende a multiplicar-se conforme aumenta o número e a qualidade (ou melhor: a diversidade de ideologias e modos de vida) dos atuantes na vida pública. O processo de democratização do Estado e da pluralização política da sociedade tende a incorporar na pauta das discussões estatais mais e mais diferenciados conflitos. “Se, até agora, a discussão política foi objeto de camadas limitadas, então ela torna-se doravante objeto das massas, às quais o sufrágio universal abre a possibilidade de um exercício de influência.”²⁵⁵

Sob esse aspecto, não faz sentido mais falar em uma dicotomia “Estado/Sociedade”, contrapondo o primeiro, como unidade existente, à segunda, como pluralidade existente.

Esse dualismo radica ainda nas idéias liberais (pré)-democráticas do tempo anterior a 1918, que eram expressão da relação entre poder estatal, que se personificou no governo e aparato de funcionários

²⁵¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 30.

²⁵² HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 295.

²⁵³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 51.

²⁵⁴ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 30.

²⁵⁵ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 32.

monárquicos, e uma “sociedade” excluída, em grande medida, da determinação e configuração política, cuja vida, fundamentalmente, mesmo se regulava, enquanto o “Estado” somente tinha de garantir os pressupostos desse transcurso, que obedecia a leis próprias, e intervir em caso de perturbações.²⁵⁶

Os pressupostos desse dualismo foram abandonados a partir do Estado Democrático de Direito que modernamente se instalou. A vida em sociedade deixou de ser possível sem a atuação direta ou indireta do Estado, de forma a organizá-la e planificá-la. Bem assim o Estado (Democrático) passou a constituir-se somente através da “colaboração social”. Nesse sentido, Hesse justifica a expressão “coletividade”,²⁵⁷ contida em seu conceito de Constituição acima expressado, como definição que abarca os conceitos de “Estado” e de “Sociedade”, formadores do vetusto dualismo pré-Estado Democrático. Dessarte, a atuação estatal (bem compreendida na associação entre Estado e Sociedade) na busca pela unidade política constitui, segundo Hesse, o atingimento dos fins da coletividade.²⁵⁸

Sob outro aspecto, ao lado da tarefa assumida pela Constituição de promover a unidade política, é imperioso que se organize a colaboração social que deve conduzir à tal unidade e na qual as atividades estatais poderão ser cumpridas. “Somente por colaboração conforme o plano, consciente, isto é, porém, organizada, pode nascer unidade política.”²⁵⁹ Não intervir no processo permanente de formação da unidade política é deixá-lo “a cargo da causalidade das lutas pelo poder sem regras.”²⁶⁰ Nesse ponto a Constituição, sem deixar sua *tarefa* (formação da unidade política), emplaca em sua *função*: estabelecer a ordem jurídica. Com efeito, ordem jurídica é a organização conforme ao Direito, em termos racionais, funcionais e procedimentais da colaboração formadora da unidade política e do cumprimento das tarefas estatais que, ao mesmo tempo, exclui o abuso das faculdades de poder confiadas por causa do cumprimento de tais tarefas.²⁶¹ “A constituição de um Estado coincide com a sua organização enquanto

²⁵⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 33.

²⁵⁷ Cf. notas de rodapé nº 172 e 248.

²⁵⁸ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 34.

²⁵⁹ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 35.

²⁶⁰ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 35.

²⁶¹ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 35 e HESSE, Konrad. *Constituição e direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

esta significa a constituição produzida mediante atividade humana consciente e só ela.”²⁶²

A ordem jurídica é, pois, fruto da construção histórica e cultural das humanidades. Não está, desse modo, “desprendida da existência e atividade humana, [nem é] existente em si e por si.”²⁶³ Por isso, a ordem jurídica carece do apoio e da garantia por meio do Estado: ela deve, na máxima medida possível,

ser formulada e com obrigatoriedade estabelecida pelos poderes estatais, ela deve ser concretizada e sua realização deve ser assegurada. Estado e direito, por conseguinte, também nesse aspecto, não estão um ao lado do outro sem relação; eles em múltiplas formas, dependem um do outro e são dependentes um do outro.²⁶⁴

Essa relação dialética, de mútua influência, entre norma e realidade, entre atualização e estabilização, foi também percebida por Rudolf Smend, para quem as normas constitucionais são apenas a positivação de uma das possibilidades²⁶⁵ e funções próprias do mundo do espírito e, pois, não podem ser compreendidas adequadamente sem a análise dessas funções e possibilidades. Do mesmo modo, essas funções e possibilidades não podem ser juridicamente realizadas de forma plena e permanente sem sua positivação jurídica.²⁶⁶ “*Por su propia naturaleza la Constitución no tiende, así*

²⁶² HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 295.

²⁶³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 36.

²⁶⁴ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 36

²⁶⁵ Sobre o tema, é oportuna a citação de Miguel Reale: “Cada lei promulgada representa a negação de mil outras possíveis.” REALE, Miguel. *Nos quadrantes do direito positivo: estudos e pareceres*. São Paulo: Michalany, 1960. *Apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 74. Também Hermann Heller observa que “[a] diferença das regularidades sociais meramente de fato, do uso e do costume, as ordenações sociais, em que a regra se apresenta além disso como uma exigência, aparecem como transcendendo a esfera do ser enquanto, das diversas possibilidades da realidade, seleciona-se uma, à qual se considera como a que deve ser, pôsto que a realidade normada terá sempre a possibilidade de contradizer tal determinação. A disposição que estabelece que não se deve roubar, só tem sentido pelo fato de que, na realidade, se rouba. De outro modo, não seria, em absoluto, possível a comparação de uma conduta dada com uma conduta exigida.” HELLER, Hermann. Ob. cit., pp. 223-4.

²⁶⁶ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 66, *apud* URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, p. 120.

pues, a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del proceso integrador.”²⁶⁷

Vale, ainda, lembrar, que a eficiência da ordenação jurídica do processo de formação da unidade política “não é só uma questão de estabelecimento de normas, mas, principalmente, de atualização da ordem jurídica”,²⁶⁸ por ser “uma ordem que tem de ser criada, mantida em vigor, conservada e desenvolvida enquanto ordem histórica, por meio da ação humana.”²⁶⁹ “Um Estado sem meios para alguma mudança não tem meios para sua própria conservação.”²⁷⁰ “[O]s textos legislativos se devem pôr em acôrdo com a vida social, com o objetivo de não mumificar a vida constitucional.”²⁷¹

Sob uma outra perspectiva, “o bloqueio das mudanças é em si mesmo contraproducente, politicamente falando. Visa a dar estabilidade à ordem constitucional, mas, por um efeito perverso, contribui para a sua desestabilização,”²⁷² porque deixa a Constituição sempre à mercê de uma ruptura drástica, como uma revolução ou um golpe de estado. Ou seja, não apenas para satisfação da função dinâmica, mas também da própria estabilidade, é imprescindível a manutenção da atualidade das normas constitucionais, para cujo fim o conceito de mutação constitucional vem a contribuir.

Assim, “a incidência do tempo altera a norma, e as relações que nela se baseiam compelem o intérprete, e não raro o legislador, a transmitir novo alcance e conteúdo às regras positivas.”²⁷³ Por isso se faz necessário atentar para essa incidência do tempo sobre a Constituição,

²⁶⁷ SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 134, *apud* URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, p. 122. Na edição italiana, consultada para a presente obra, *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, a página é a 217.

²⁶⁸ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

²⁶⁹ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade... Ob. cit., p. 85.

²⁷⁰ BURKE, Edmund. *Reflections on the revolution in France*. Versão livre. No original: “A state without the means of some change is without the means of its own conservation.” *Apud* FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 164.

²⁷¹ ARNOLD, Matthew. *Culture and anarchy*. New York: 1912, pp. 70-1, *apud* FERREIRA, Pinto. Ob. cit., p. 164.

²⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237.

²⁷³ MARINHO, Josaphat. Constituição e instabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 136, out./dez. 1997, p. 64.

a fim de ajustá-la e acomodá-la continuamente, mediante medidas pacíficas, à realidade social cambiante. Somente assim dar-se-á a evolução da sociedade rumo a um modelo gradativamente mais perfeito da organização social, evitando a desarmonia entre os novos valores sociais e os velhos moldes jurídicos.²⁷⁴

Mas não apenas função criadora, inovadora e atualizadora é exercida pelas normas constitucionais. Também uma função estabilizadora é necessária para que a Constituição atue com efetividade como “ordem fundamental jurídica da coletividade”.

Não basta todavia à estabilidade social ter ingresso nas Constituições para que estas cumpram de imediato a finalidade histórica da nova função que lhes foi atribuída pela sociedade moderna – a de ministrar garantias concretas a uma liberdade impossível de dissociar-se tanto da ação dos que governam como do meio econômico e social onde ela se perfaz.²⁷⁵

Assim, abertura e amplitude, que sugerem função atualizadora, são necessárias ao exercício da tarefa da Constituição, na medida em que somente elas possibilitam satisfazer a transformação histórica e a mutabilidade das condições de vida. Mas determinações obrigatórias, que indicam a função estabilizadora da Constituição, também são imprescindíveis, porquanto criam certa constância relativa, capaz de preservar a vida da coletividade de uma dissolução em mudanças permanentes e, em um segundo momento, invencíveis. “É necessária a coordenação desses elementos [abertura e amplitude de um lado, e determinações obrigatórias restritivas de outro,] para que ambos possam cumprir sua tarefa [quais sejam: atualização e estabilização da coletividade, respectivamente].”²⁷⁶

O persistente não pode converter-se em obstáculo onde o movimento e o progresso se impõem, pois, do contrário, a mudança se produz à

²⁷⁴ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 164.

²⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 185.

²⁷⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 45. Sobre a importância da coordenação dessas duas características e funções das normas (ali denominadas “cláusulas gerais” e “previsões normativas rígidas”), em geral, para a formação de um Sistema Jurídico e organização de um pensamento sistemático, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983), pp.127-48.

margem da norma jurídica. O mutante, por sua vez, não deve eliminar a virtude estabilizadora das disposições vinculantes, sob pena de não se cumprir o desiderato da Constituição, como ordem jurídica fundamental da Comunidade.²⁷⁷

Nessa perspectiva, parece razoável adotar terminologia consagrada em Kelsen,²⁷⁸ *mutatis mutandis*, para explicar as funções básicas que Hesse atribui à Constituição: de um lado, ter-se-ia uma função dinâmica, voltada à atualização e ao estabelecimento de um Estado eficaz e operante e, de outro, uma função estática, através da qual a Constituição exerceria papel estabilizador, racionalizador e limitador do poder na vida da coletividade.²⁷⁹

Assim, se é verdade que a vontade da Constituição não é algo imutável, de modo que a mudança das circunstâncias da realidade faz mudarem as interpretações, também é verdade que a vontade da Constituição, como instrumento do estabelecimento da ordem jurídica geral, impõe que nem toda alteração fática da realidade que as normas constitucionais regulam sobrejem à eficácia reguladora dessas normas. Do contrário, consagrar-se-ia um mortal enfraquecimento da força reguladora da Constituição, o que, em última análise, poderá acabar por resultar em uma “supremacia da faticidade sobre a normatividade”,²⁸⁰ suplantando, por fim, o Direito como um todo e, com ele, o Estado de Direito. Não mais haveria porque editarem-se normas que pretendem regular a coletividade, se a realidade que se impõe sobre tais normas retiram-lhe, sem mais, a eficácia, sobre elas prevalecendo toda vez.

As reflexões de Bruce Ackerman acerca do constitucionalismo norteamericano também destacam a importância do equilíbrio entre as duas funções da Constituição. Ele propõe a ampliação do cânone constitucional dos Estados Unidos para nele incluir a

²⁷⁷ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

²⁷⁸ Esclareça-se que a terminologia destacada a seguir, no texto, não é adotada por Konrad Hesse, nem equivale integralmente à proposta de Hans Kelsen. A sugestão é do autor da presente pesquisa, como intento de sistematizar e classificar os termos, de modo a imprimir significados complexos – como o das funções essenciais da Constituição, segundo Hesse – sob signos mais simplificados, com vistas facilitar o debate.

²⁷⁹ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 110.

²⁸⁰ Sobre a relação entre essas duas forças, apenas que sob outro enfoque – o da interessante Teoria da Ação Comunicativa –, impossível não referir HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*. Volume 1. Tradução da 4ª edição alemã: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, especialmente pp. 017-112 e 241-95.

legislação de referência e os superprecedentes judiciais que modificaram aquela realidade constitucional no século XX.²⁸¹

Essa inclusão pressupõe, por sua vez, uma mudança no modelo de Constituição idealizado originalmente pelos norte-americanos.

No princípio, os “Fundadores Iluministas entregaram [aos americanos] uma máquina que poderia funcionar como um relógio pela eternidade se [eles] apenas seguissem as regras escritas no manual de funcionamento.”²⁸²

A metáfora da Constituição como uma máquina, contudo, mostrou-se insubsistente.

Quando os Republicanos da Reconstrução [– referindo-se ao partido político que promoveu a 13ª, 14ª e 15ª Emendas, em meados do século XIX –] mudaram as instruções de operação da máquina, suas emendas constitucionais foram superadas pela realidade política e social que eles estavam tentando remodelar. O enorme esforço Republicano para transformar as relações raciais através do formalismo constitucional acabou se mostrando miseravelmente infrutífero.²⁸³

O impacto do fracasso das emendas da Reconstrução em reformar a realidade constitucional²⁸⁴ foi tão grande que o modo como os constitucionalistas estadunidenses encaravam sua Constituição começou a mudar. Os *Federalist Papers*²⁸⁵ que

²⁸¹ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, pp. 1.737-812.

²⁸² ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.793. Versão livre. No original: “Our Enlightenment Founders gave us the machine that might tick-tock to eternity if only we followed the written instructions in the operating manual.”

²⁸³ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.793. Versão livre. No original: “when Reconstruction Republicans changed the machine’s operating instructions, their constitutional amendments were overwhelmed by the political and social realities they had tried to reshape. The enormous Republican effort to transform race relations through constitutional formalism turned out to be a miserable failure.”

²⁸⁴ Cf. capítulo 2.1, abaixo, em que se trata da soberania popular como instrumento da mutação constitucional. Ali se faz uma breve exposição sobre o cenário político do fracasso da Reconstrução Republicana em reformar a realidade constitucional através de uma reforma formal da Constituição, com a promulgação de 3 emendas constitucionais. As mudanças que os republicanos tentaram implantar nos Estados Unidos pelos meios formais somente foram exitosamente realizadas através do movimento que ficou historicamente conhecido como *Civil Rights Struggle* que, no entender de Bruce Ackerman, produziram uma mudança informal da Constituição estadunidense. Esse fracasso da reforma formal e sucesso da reforma informal indicam, para Ackerman, que a metáfora da Constituição como uma máquina não é melhor do que a da Constituição como um organismo.

²⁸⁵ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist – a commentary on the Constitution of the United States*. New York: The Modern Library, 1937. Em português: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Trad. E. Jacy

influenciaram a elaboração da Constituição Americana passaram a ser vistos por alguns doutrinadores como textos com força política temporalmente restrita e situada. Foram

escritos para influenciar apenas os votantes de 1788, mas, ainda, possuem uma estranha e persistente longevidade de poder, eles formatam a crítica constitucional do presente, obscurecendo muito do desenvolvimento constitucional prático que desde então se iniciou.²⁸⁶

A crítica constitucional começou a entender que “um povo sério deveria parar com essa fixação em torno da Constituição ‘literária’, e focar na evolução orgânica dos padrões de autoridade do mundo real”²⁸⁷

Com efeito, a metáfora da “Constituição mecânica” foi cedendo espaço para a metáfora da “Constituição orgânica”. As novas reflexões do constitucionalismo

Monteiro (título original norte-americano: “Hamilton, Madison and Jay – On the Constitution). São Paulo: IBRASA, 1964.

²⁸⁶ Tese de doutoramento de WILSON, Woodrow. *Congressional Government* 30 (John Hopkins Univ Press 1981) (1885), *apud* ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.793. Versão livre. No original de Ackerman, que cita diretamente a tese de Wilson: “The *Federalist Papers*, he [Woodrow Wilson] explained, ‘were written to influence only the voters of 1788, [but] still, with a strange, persistent longevity of power, [they] shape the constitutional criticism of the present day, obscuring much of that development of constitutional practice which has since taken place.’” (grifo no original). Também Rudolf Smend faz referência à contraposição entre o mecanicismo dos Federalistas (e cita como expoente da doutrina mecanicista o seu conterrâneo Max Weber) e o organicismo de Wilson e, ao fazê-lo, à primeira vista parece satisfazer-se com a metáfora da Constituição-mecânica, mas apenas quanto ao aspecto de que ela não possui garantias externas além de suas próprias normas. A seguir, reconhece a superioridade do modelo organicista: “Sob esse aspecto, a construção do Estado que se baseia em suas leis internas mecanicistas, como os propostos por Montesquieu, os *Federalists* e Redlob, representam uma apropriada metáfora da realidade, se bem que ocorra dar razão a Wilson, que a reconduz à época newtoniana. Em um sentido totalmente diverso da constituição de uma associação, a Constituição escrita de um Estado pode, portanto, apenas estimular e limitar a vida constitucional que gravita em torno de si mesma e não pode ser garantida heteronomamente. [...] Uma doutrina constitucional do tipo aqui desenvolvido se opõe àquela dominante, sobretudo pela imposição que deriva das ciências do espírito. Esta doutrina deve rejeitar qualquer teoria que veja a Constituição como um aparato técnico, objetivado de modo mecanicístico, que serve a determinado fim particular, ou seja, sobre todas, a teoria constitucional de Max Weber.” SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, pp. 156-7. Versão livre. No original: “Sotto questo aspetto, le costruzioni dello Stato che si basano su leggi meccanicistiche interne, come quelle di Montesquieu, del *Federalist* e di Redlob, rappresentano un'appropriata metafora della realtà, sebbene occorra dare ragione a Wilson, che le riconduce all'epoca newtoniana. In un senso del tutto diverso dalla costituzione di un'associazione, la costituzione scritta di uno Stato può perciò soltanto stimolare e limitare quella vita costituzionale che gravita su se stessa e che non può essere garantita eteronomamente. [...] Una dottrina della costituzione del tipo qui sviluppato si oppone a quella dominante soprattutto per l'impostazione che deriva dalle scienze dello spirito. Questa dottrina deve quindi rifiutare ogni teoria che veda nella costituzione un apparato tecnico, oggettivato in modo mecanicistico, che serve a determinati scopi, e cioè innanzitutto la teoria costituzionale di Max Weber.”

²⁸⁷ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.793-4. Versão livre. No original: “Serious people should stop fixating on the ‘literary’ Constitution and focus on the organic evolution of real-world patterns of authority.”

americano indicavam que a “evolução darwiniana”, e não a “mecânica newtoniana”, era o pressuposto metodológico intelectual sobre o qual deveriam se desenvolver as teses científicas humanistas.²⁸⁸

O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e ele não pode ser negociado como se contivesse apenas axiomas e corolários tirados de livros de matemática. Para saber o que o Direito é, precisamos saber o que ele tem sido e o que ele tende a se tornar.²⁸⁹

Bruce Ackerman visualiza o marco dessa transição da Constituição metaforicamente mecânica para a orgânica nos superprecedentes *Wickard* e *Darby*, já referidos, ao verificar que através deles a Suprema Corte adaptou organicamente ao constitucionalismo norteamericano o modelo de liberalismo moderno traçado pelo *New Deal*. “A era das emendas constitucionais mecânicas havia acabado. [...] Os Fundadores Iluministas e seus sucessores da Reconstrução haviam simplesmente fracassado em antecipar, mais ainda em controlar, as dinâmicas indomáveis da história americana.”²⁹⁰

Mas o modelo organicista, de Holmes, não é desprovido de riscos. Por isso, nem esse modelo, nem o mecanicista (o qual Ackerman atribui ao *Justice* Hugo Black), devem ser incorporados cegamente. “Ambos os lados estão metade-certos, e está na hora de transpor suas meias-verdades rivais e construir uma nova fundação.”²⁹¹

A abordagem organicista beneficia a adaptação do texto constitucional à realidade, favorecendo a superação da vida real sobre a ideal (do ser sobre o dever-ser),

²⁸⁸ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.794. Interessante observar, sob este aspecto, que também Rudolf Smend havia constatado a evolução do paradigma newtoniano para o defendido por Wilson, conforme citação feita na nota de rodapé nº 286, acima. Cf. SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, p. 156.

²⁸⁹ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. (Transaction Publishers 2005) (1881), *apud* ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.794, nota de rodapé nº 178. Versão livre. No original: “The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become.”

²⁹⁰ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.797. Versão livre. No original: “The era of mechanical constitutional amendments was over. [...] the Enlightenment Founders and their Reconstruction successors had simply failed to anticipate, much less control, the unruly dynamics of American history.”

²⁹¹ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.801. Versão livre. No original: “Both sides are half-right, and it is time to move beyond their rival half-truths and build a new foundation.”

onde e quando assim se fizer necessário. Porém, como “a tradição do *common law* foi criada por juízes para juízes”,²⁹² tal abordagem, no geral,

não procura determinar quando o Povo falou, o que ele quis dizer, ou de que maneira determinados atos de soberania popular podem permanecer relevantes em um mundo cambiável. Ela pergunta o que os *juízes* têm dito no passado, quais julgamentos perserveraram pelo teste do tempo, e quais requerem mais adaptação judicial para dar continuidade às mudanças dos costumes sociais.²⁹³

E sob esse aspecto, a abordagem mecanicista “está correta em insistir que a autoridade da Constituição é gerada pelos compromissos mobilizados e autoconscientes do Povo”²⁹⁴ assumidos no passado. Contudo, justamente nesse ponto tal abordagem se contradiz, na medida em que ela não reconhece a manifestação da soberania popular evidenciada através dos *landmark statutes* e *superprecedents*, tal como propõe Ackerman.

Com efeito, o que caracteriza cada uma das metáforas, da máquina e do organismo, de acordo com Ackerman, é que a primeira “celebra o princípio da soberania popular, mas banaliza as conquistas modernas do povo americano, [e a segunda] [...] reconhece que a Constituição viva [*“the living Constitution”*] já avançou muito além da Fundação e da Reconstrução, mas banaliza o princípio da soberania popular”.²⁹⁵

²⁹² ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.801. Versão livre. No original: “The common law tradition was created by judges for judges.”

²⁹³ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.801. Grifo no original. Versão livre. No original: “The party of Holmes does not seek to determine when the People have spoken, what they have tried to say, or how these acts of popular sovereignty can remain relevant in changing world. It asks what *judges* have said in the past, which judgments have stood the test of time, and which require further adaptation to keep up with the changing social mores.” Sobre o tema, é também esclarecedora sobre o modo como os americanos veem a atuação de sua Suprema Corte a conhecida citação de Charles Evans Hughes: “vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é.” FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 135.

²⁹⁴ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.802. Versão livre. No original: “In contrast, the party of Black is right to insist that the Constitution’s authority is generated by the mobilized and self-conscious commitments of We the People.”

²⁹⁵ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.802. Versão livre. No original: “The party of Hugo Black celebrates the principle of popular sovereignty but trivializes the modern achievements of the American people. The party of Oliver Wendell Holmes recognizes that the living Constitution has moved far beyond the Founding and Reconstruction, but trivializes the principle of popular sovereignty.”

Bruce Ackerman propõe uma solução para o impasse expandindo o cânone constitucional para incluir os superprecedentes e a legislação de referência do *New Deal* e da *Civil Rights Struggle* que modificaram a realidade constitucional norte-americana no século XX, na medida em que esses movimentos são reconhecidamente respaldados pela soberania popular, e justamente são os maiores avanços da realidade constitucional para além dos textos formais da Constituição.²⁹⁶

De todo modo, tanto o modelo organicista como o mecanicista possuem vantagens e desvantagens: um promove a função dinâmica, mas destanda à função estática; o outro faz o contrário.

Por esse motivo, e por serem ambas as funções imprescindíveis para a formação adequada da ordem fundamental jurídica da coletividade, é preciso equilibrar os modelos e procurar extrair o que de melhor cada um deles pode oferecer.

Assim, não obstante o dificultoso processo de modificação formal da Constituição estadunidense, os fatos sociais de grande repercussão nacional promovem a modificação dessa Constituição. Pode-se afirmar, por isso, que para os norte-americanos “a estabilidade, não sendo um conceito rígido, é medida segundo a intensidade de fatos relevantes, que modelam a convivência no Estado e na sociedade.”²⁹⁷

Com o cânone expandido, como proposto por Ackerman, a Suprema Corte não se vincula apenas aos compromissos formais firmados no passado, mas tampouco se submete às pressões sociais e políticas (muitas vezes efêmeras, superficiais e irrefletidas) do presente. Ela encontra um ponto de equilíbrio, que são *todos* (inclusive os não incluídos no cânone formal) os compromissos políticos soberanamente firmados pelo “*We the People*”.

Ackerman ainda reflete que quando a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei ela não o faz por adoração aos ancestrais (“*ancestor worship*”). Ela o faz por seu compromisso de estabelecer um diálogo entre as gerações. Ela o faz considerando que a maioria dos compromissos políticos do tempo presente

²⁹⁶ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.802.

²⁹⁷ MARINHO, Josaphat. Constituição e instabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 136, out./dez. 1997, p. 64.

não angaria a representatividade democrática e o suporte social que os compromissos políticos do tempo passado angariaram para a formação do cânone constitucional.²⁹⁸

Por isso, a assunção do modelo de Constituição orgânica deve ser feito com muita cautela, para impedir que uma circunstância social qualquer, que conquiste um destaque de pequena monta, já se candidate à condição de integrar o cânone constitucional. Afinal, “soberania popular não é uma questão de um momento isolado; ela é processo sustentado que atravessa uma série de estágios”.²⁹⁹

Assim, por serem normas jurídicas, as normas constitucionais incorporam porções da realidade e demandas sociais com pretensão de regulá-las e, conseqüentemente, estabilizá-las.

Mas além de jurídicas, as normas constitucionais são, em considerável medida, políticas, no sentido de que regulam os meios de acesso e formas de exercício do poder estatal, bem como os fundamentos das políticas públicas e de intervenção do Estado na economia e na liberdade dos indivíduos. Por causa dessa feição política, as normas constitucionais flexibilizam-se diante dos interesses prevalentes e eticamente acolhidos pela comunidade, acompanhando a dinâmica e a vitalidade das porções de realidade que regulam e atendendo às demandas sociais, com o fito de fomentar o progresso e o desenvolvimento em todos os aspectos.

Em resumo, as normas constitucionais precisam equilibradamente adaptar-se à realidade e adaptá-la a elas. “Assim como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição.”³⁰⁰

Toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição. Quando se desatende dita mudança, o conteúdo constitucional “fica petrificado” e a curto ou longo prazo não poderá cumprir suas funções. Da mesma forma, a Constituição pode descumprir suas tarefas quando se adapta, sem reservas, às circunstâncias de cada momento; em tal

²⁹⁸ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.805.

²⁹⁹ ACKERMAN, Bruce. The Holmes ... Ob. cit., p. 1.807. Versão livre. No original: “popular sovereignty is not a matter of a single moment; it is a sustained process that passes through a series of stages”.

³⁰⁰ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296.

caso, suas normas já não são pauta das circunstâncias, mas são estas que atuam como parâmetro de suas normas.³⁰¹

Com efeito, as normas constitucionais possuem uma dupla (e paradoxal) tarefa: estabilizar e dinamizar; impulsionar e refrear; ordenar e promover. De tudo: vincular ao passado e vislumbrar o futuro. E o Direito Constitucional, como ciência jurídica, existe para estabelecer, desenvolver e problematizar essas normas, de modo a agrupar sob o critério científico todo o processo jurídico-democrático-constitucional e a ordená-lo de forma racional e intersubjetivamente controlável.

No entanto, “a vida do Direito, alguém disse uma vez, não é apenas lógica, mas também experiência.”³⁰² E disso se segue que, “tomadas por si mesmas, as normas são coisas sem vida: marcas no papel que nem controlam, nem restringem,”³⁰³ e “se se prescindir da normalidade social positivamente valorada, a Constituição, como mera formação normativa de sentido, diz sempre muito pouco.”³⁰⁴

Vê-se por aí como é difícil fazer coincidir os textos constitucionais com as reais necessidades, interesses e relações que eles vão reger. É que as Constituições são estáveis e aspiram à duração, ao passo que aquelas relações, interesses e necessidades variam infinitamente e é difícil prever hoje o caráter e o aspecto que tomarão amanhã.³⁰⁵

A retirada das decisões fundamentais de uma comunidade do âmbito da deliberação democrática estabiliza-as, colaborando para que o progresso e o desenvolvimento ocorram de maneira pacífica e ordenada. Estabiliza-as, mas não as petrifica, já que

³⁰¹ HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

³⁰² ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.756, em referência a reflexões desenvolvidas por HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. (Transaction Publishers 2005) (1881). Versão livre. No original: “The life of the Law, somebody once said, is not only logic, but experience.”

³⁰³ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 416. Versão livre. No original: “Taking by themselves, rules are lifeless things: marks on paper that neither control nor restrain.”

³⁰⁴ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 304.

³⁰⁵ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 57, v. 187, fascículos 679 e 680, jan.-fev./1960, p. 19.

o valor da estabilidade não traduz fixidez absoluta, mas constância de contextura flexível. [...] [O]s fatos da existência do homem são variáveis no espaço e no tempo, não podendo revestir-se de inalterabilidade, também, as normas que os disciplinam. Para que sejam eficazes na garantia de permanência e normalidade política e social, os preceitos constitucionais variam de sentido e de dimensão.³⁰⁶

Isso significa que as normas constitucionais buscam estabilizar as relações constituídas, ao mesmo tempo em que buscam permitir a oxigenação de seus preceitos pelo contato das ideias que carregam com a vida real, renovando-as. Significa que, da mesma forma que as normas não engessam os fatos, devendo-se formulá-las de maneira a bem comportar estes últimos e, se necessário, reformulá-las (seja formalmente, seja informalmente), também é preciso reconhecer que uma das finalidades da norma é a estabilidade social. E no caso da norma constitucional, a finalidade é a estabilidade política de toda a Comunidade Nacional. Por isso, os fatos constitucionais não podem ficar desregulados, livres para impor-se em qualquer situação, à mercê do mais forte, sob pena, das duas uma, ou da instalação do caos, ou da tirania (ou pior: de ambas!).

Sob essa perspectiva, a paz e a ordem social pressupõem fidelidade às normas que as conformam.

Destinadas a durar, as Constituições, sem desfigurar-se, devem ser receptáculos dos fatos, para os disciplinar, compatibilizando o racional com a realidade. Assim se impede ou se atenua a “revolta dos fatos contra os códigos”, ao tempo em que se mantém a autoridade destes, garantidora da submissão de todos à convivência regulada por provisões permanentes.³⁰⁷

Devido a esse importante papel estabilizador que as normas constitucionais desempenham, “*hay que poner a una mutación constitucional límites más estrictos que al cambio de significado de las leyes ordinarias* [...] [pelo que, pois,] *la mutación constitucional no debe convertirse en un principio ‘normal’ de interpretación. Esto vaciaría de sentido la fuerza normativa de la constitución.*”³⁰⁸

³⁰⁶ MARINHO, Josaphat. Constituição e instabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 136, out./dez. 1997, p. 64.

³⁰⁷ MARINHO, Josaphat. Ob. cit., p. 67.

³⁰⁸ STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 336.

De outro lado, também não se pode esquecer que alguns dos maiores progressos da humanidade somente foram possíveis com o abandono da tradição passada e a ousada investida em modernidades. “*Porque modernizarse quiere decir, precisamente, superar las estructuras tradicionales, incluídas las jurídicas e ideológicas.*”³⁰⁹

Sobre isso, Gadamer afirma que o entremeio entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição é o verdadeiro lugar da hermenêutica.³¹⁰ Segundo ele, o intérprete que busca inserir uma norma jurídica de tradição passada na tradição presente deve “deixar valer a tradição em suas próprias pretensões, e não no sentido de um mero reconhecimento da alteridade do passado, mas de reconhecer que ela tem algo a nos dizer.”³¹¹ Nesse sentido, o papel do intérprete é intermediar essa relação entre o passado (o texto da norma) e o presente (as circunstâncias da realidade), procedendo às necessárias adaptações para preservar e harmonizar as tradições que se chocam.³¹² Dizer que interpretar um texto é inseri-lo na tradição “significa, antes, que se restabelece uma comunicação de sentido originário. O que foi transmitido em forma literária é assim recuperado do alheamento em que se encontrava, para o presente vivo”.³¹³ E não só isso: ele medeia a tradição jurídica (o modo de pensar ínsito ao Direito ou, nas palavras de Gadamer, “a tradição jurídica da lei”) com a realidade concreta.³¹⁴ E assim, estará inserida na tradição a interpretação que encontrar “validade sem precisar de fundamentação.”³¹⁵ Ou seja, a aplicação ótima da Constituição demanda a inserção do caráter estático da norma, cuja tradição encontra-se estabilizada no texto, no caráter dinâmico da realidade concreta, cuja tradição é fluida e difusa, o que justamente dificulta a apreensão do acerto dessa aplicação ótima. Em outras palavras, “a verdadeira Constituição está simultaneamente no texto e na realidade”,³¹⁶ pois “Constituição carente de legitimidade é Constituição que colide com as exigências e imperativos da ordem econômica, política e social, Constituição

³⁰⁹ OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.006. Grifo no original.

³¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 391 e 432.

³¹¹ GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 472.

³¹² GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 430.

³¹³ GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., pp. 480-1.

³¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 431.

³¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 372.

³¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 188.

desatualizada com a sociedade, *ipso facto* Constituição sem ‘juridicidade’, Constituição do texto e não da realidade.”³¹⁷

Mais do que simplesmente retratar a realidade social, a Constituição “também é fonte de transformação social, representando o comando dirigente do processo social. Desse modo, a Sociedade e o Direito se apresentam numa relação de causa e efeito”³¹⁸ nos dois sentidos (Direito-Sociedade e Sociedade-Direito) em que a Constituição regula os fatos, e os fatos determinam a Constituição.

Assim, a busca pelo equilíbrio entre a flexibilização das normas ante os fatos, e da estabilização dos fatos ante as normas, é o desafio derradeiro da Teoria da Mutação Constitucional, que encontra ambiente favorável ao seu desenvolvimento nessa “fronteira em que o direito interage com a realidade.”³¹⁹ A questão das mutações constitucionais situa-se na reconciliação entre a estabilidade e a elasticidade da Constituição.³²⁰

Os fatores reais de poder, neles incluídos as forças políticas, as circunstâncias econômicas, as manifestações culturais, os valores sociais, etc., atuam, em relação à Constituição, em dois momentos.

Primeiro, no momento em que se estabelecem os textos constitucionais. As normas positivadas são o resultado das disputas travadas por esses fatores de poder.

Segundo, no momento de aplicação dessas normas positivadas. A concretização dos textos constitucionais também sofre influência dos fatores de poder. Assim, não apenas o texto constitucional é resultado do equilíbrio entre as disputas das diversas forças sociais, mas também o que dele se extrai, quando da sua aplicação.

Vale dizer, tanto a norma constitucional positivada quanto a concretizada sofrem a influência dos fatores reais de poder. E, sendo dinâmicos esses fatores, e temporalmente separados os dois momentos (de positivação do texto e de concretização da norma), os fatores que influenciaram no primeiro momento podem ser distintos daqueles que influenciam no segundo. E se isso ocorrer, haverá mutação constitucional.

³¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 186.

³¹⁸ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 35.

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 213.

³²⁰ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 24.

Contudo, “[r]esultado desse fato, a Constituição deve ser vista como elemento condicionado, porém, ao mesmo tempo condicionante da estrutura social.”³²¹ Assim, é preciso observar que a Constituição não é apenas objeto manipulável pelas forças reais da sociedade histórica, mas também é ordenadora dessas forças.

Se a Constituição se acha em relação condicionadora e condicionante com as restantes estruturas do Estado e da sociedade e estas estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas estão sujeitas a constantes mudanças, é claro também que essa mobilidade há de se projetar sobre a estrutura constitucional. Conseqüentemente, a Constituição se transforma, ou pela reforma formal, ou, sem mudança de forma, altera-se no sentido significado e alcance.³²²

Com efeito, se a Constituição exerce um papel ordenador e estabilizador da sociedade (função estática), mas, ao mesmo tempo, um outro papel atualizador e progressista (função dinâmica), é preciso promovê-la de modo a equilibrar esses dois papéis, exercitando um sem descurar do outro. As mutações constitucionais, desse modo, são um fenômeno presente na experiência constitucional, e precisam ser acolhidos e desenvolvidos pelos seus aplicadores e estudiosos. Mas a sua ocorrência e alcance não se devem dar sem medida. Os limites das mutações constitucionais, em suma, precisam ser prodigamente estudados e o mais claramente fixados, tanto quanto possível for.³²³

Nesse pano de fundo deve desenvolver-se a mutação constitucional: na busca pelo equilíbrio entre a dinamicidade dos fatos, que se incorpora às normas, e a estabilidade das normas, que se irradia sobre os fatos. *“El problema puede ser dominado dogmáticamente, si... la tensión entre las exigencias de estabilidad y de dinámica del orden constitucional no es resuelta precipitadamente en una dirección.”*³²⁴

Nessa mesma esteira de Klaus Stern, Konrad Hesse constata que

³²¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 125.

³²² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 125.

³²³ Eis a importância do capítulo 5 da presente pesquisa, que deverá colaborar para a verificação de situações em que não se pode admitir suposta mutação constitucional, por resultar em desequilíbrio entre as funções estática e dinâmica, com excessiva prevalência da função dinâmica.

³²⁴ STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 339. Grifo no original.

Heller ha destacado expresamente que la “tensión” entre ser y deber ser no ha de entenderse nunca de modo unilateral, ni por el lado normativo ni por el de la realidad social. Si, pues, y según la tesis central, normatividad y normalidad se encuentran ligadas la una a la otra en correlativa coordinación y por encima de cualquier “tensión”, entonces la normalidad social no puede ignorar por completo la normatividad de la Constitución, porque de otro modo quedaría eliminado uno de los elementos de esta relación de coordinación. Donde ello ocurra, no puede haber ya ni coordinación correlativa ni “tensión”, ni tampoco norma alguna, por cambiada que sea.³²⁵

Logo, para verificar uma verdadeira mutação constitucional, é preciso realizar uma adequada ponderação entre esses valores (estabilidade e dinamicidade), com a devida e necessária argumentação dentro dos parâmetros jurídicos.

A tarefa é aparentemente paradoxal: como estabilizar e dinamizar ao mesmo tempo? A resposta passa pela compreensão de que a própria natureza da norma constitucional que, embora sendo jurídica, contém elementos políticos, é propensa a esse tipo de aplicação “paradoxal”. Impedir que ela exerça sua tarefa estabilizadora é desnaturá-la; evitar que ela desenvolva dinamicamente seu conteúdo é desvirtuá-la.

Como consequência dessa função de estabilização, então, naturalmente as Constituições *devem desenvolver mecanismos que permitam adequada adaptação às mutações sociais, interagindo com a Sociedade*. A estabilidade de uma Constituição depende da interação com a idéia de Direito que prevalece na sociedade, pois o conteúdo constitucional atua em relação de “causa e efeito” com o contexto social, mudando padrões de cultura e conduta, mas também observando limites “de fato”, decorrentes dos fatores que interagem na sociedade. [...] Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social.³²⁶

Assim, restringir a força dos fatores reais de poder é permitir a dinâmica constitucional; e permitir a mudança é estabilizar.

³²⁵ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 104 e 105.

³²⁶ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21-2. Grifos no original.

A identidade da constituição não significa a continuidade ou permanência do “sempre igual”, pois num mundo sempre dinâmico a abertura à evolução é um elemento estabilizador da própria identidade. Neste sentido, se compreende a sugestão do conceito de **desenvolvimento constitucional** para significar o conjunto de formas de evolução da constituição.³²⁷

A tensão, pois, entre o ser e o dever ser, não se deve resolver nunca unilateralmente, nem em favor do normativo nem da realidade social. “Os propósitos de superar este insustentável dualismo não têm levado, até hoje, mais que à absolutização de uma ou outra de ambas as posições,”³²⁸ com doutrinadores como Hans Kelsen e Carl Schmitt polarizando essa absolutização. Ao contrário,

só se pode conceber a Constituição jurídica como história acontecida, não como história que, ao mesmo tempo, está acontecendo e tem que proceder de modo imanente na norma e, por conseguinte, estáticamente. Por isso, o problema da continuidade ou descontinuidade de uma Constituição estatal só pode ser considerado com sentido do ponto de vista da ciência do real e nunca do ponto de vista [exclusivamente] lógico-normativo.³²⁹

Com efeito, a aplicação adequada da Constituição demanda o equilíbrio das suas funções estática e dinâmica, e a mutação constitucional deve colaborar para esse fim.

É oportuno observar que do lado da rigidez e da estabilidade têm-se valores indubitavelmente acolhidos pelo Estado de Direito, como a necessidade de preservação da paz, da confiança, da previsibilidade, da segurança, da consciência, da ordem. Do mesmo modo, do lado da flexibilidade e da elasticidade tem-se que a necessidade de satisfazer esses valores não deve impedir o progresso, o desenvolvimento, a evolução, o conhecimento, a transformação, a melhoria das condições de vida, o crescimento, que são valores que também integram o Estado de Direito na mesma magnitude. Um olha para o passado e conserva a tradição e as instituições; outro olha para o futuro e propicia o avanço e a maturidade.

Em razão da existência de valores tão importantes guarnecendo uma e outra posições, é preciso cuidar que o resultado da aplicação da norma constitucional vai

³²⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.073, grifos no original.

³²⁸ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 307.

³²⁹ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 312.

depende, em alguma medida, de qual desses elementos (o estável ou o dinâmico) pretende o aplicador privilegiar. Se suas pré-compreensões penderem mais para o caráter conservador do Direito, então a aplicação do Direito por ele realizada tenderá a ser menos propensa a mudanças constitucionais, mais conservadora. Se, ao contrário, suas pré-compreensões tiverem raízes mais voltadas para o caráter atualizador do Direito, então a aplicação do Direito por ele realizada deverá promover mais facilmente mudanças constitucionais.

Aqui não se poderá demonstrar o acerto em privilegiar um ou outro. Ambos são, obviamente, importantes. Dizer qual “é melhor” é expor uma pré-compreensão do intérprete cujo esclarecimento demanda a averiguação de tantos e tão variados aspectos que impossibilita a tarefa. Na dicção de Ortega y Gasset, é quase como expor uma “crença”, que é algo com que “se conta” e sobre o qual não se reflete, não se questiona, não se põe à prova.³³⁰

Isso não obsta, contudo, a possibilidade de se verificar se o intérprete pôs à prova, durante o processo cognitivo, as suas próprias concepções prévias acerca do tema. Ou seja, mesmo que não se possa verificar qual pré-compreensão é a “melhor”, pode-se perceber em que medida esses “hábitos de pensar imperceptíveis”³³¹ conduziram o intérprete, vale dizer, se o intérprete os conduziu, ou se eles determinaram os rumos da interpretação. Isso porque mesmo não existindo intérprete “neutro”, livre de pré-compreensões, é necessário “que a interpretação comece com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados; [promovendo] justamente todo esse constante reprojeter que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar”,³³² realizando a adequada (no sentido de “o mais desprendido de pré-compreensões possível”) compreensão do objeto interpretado. O que se espera é que o

³³⁰ Cf. ORTEGA Y GASSET, José. Ideas y Crecencias, in: *Obras completas*. Madrid: Revista de Occidente, 1964, t. 5, pp. 383-94, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 04. Versão digital do texto de Ortega y Gasset obtida em <http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/ortega.pdf>, acesso em 14.02.2012). Na proposta do autor, a noção de “crença” opõe-se à de “ideia”, que seria sempre fruto da razão, da reflexão. Como exemplo dessa escolha “quase arbitrária”, é interessante observar a ousadia do ex-ministro da Suprema Corte Argentina, Julio Oyhanarte, que se expõe ao ponto de confessar que “*lo mejor para la comunidad’ debe ser concebido de manera dinámica*”. OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Derecho Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1.010.

³³¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 355.

³³² GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 356.

intérprete conheça e restrinja os “próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade”.³³³

Com efeito, a ideia da oposição entre a faceta estável e a dinâmica da Constituição é promover ambos os elementos na máxima medida possível, sem desconsiderar nenhum deles. Ou seja, a aplicação ideal da Constituição é a equilibrada, que atenda na máxima medida tanto a estabilidade quanto a dinamicidade que a sociedade reclama do Direito. E por se situarem na liga entre essas duas facetas, as mutações constitucionais precisam ser pensadas à luz dessas considerações, e de modo a colaborar para esse equilíbrio.

3.2 Aumento da força normativa da Constituição

Não apenas o Estado,³³⁴ mas também o Direito, na concepção de Jellinek, possui duas faces. De um lado há o exercício normativo efetivo, o qual tem o caráter de um poder social integrado na vida concreta da cultura de um povo. De outro, há o conjunto normativo abstrato que demanda concretizações mediante ações humanas.³³⁵ Para Jellinek, o Direito não seria restrito ao dever-ser (*Sollen*), mas somente poderia ser compreendido em sua totalidade se observado conjuntamente com a realidade fática, o ser (*Sein*), dada a influência recíproca entre esses dois elementos na formação total do fenômeno jurídico.

Essa influência de cunho psicológico-jurídico é mais bem explicada através do exemplo dado pelo autor da criança que aprende uma brincadeira e exige que a sua execução se dê exatamente como lhe havia sido explicado. A criança toma a brincadeira como um ato jurídico, e considera um atentado todo obstáculo que se oponha a essa imagem. O homem vê o que constantemente o rodeia, o que percebe incessantemente, e o executa sem interrompê-lo, não somente como um fato, mas como uma norma de juízo à qual procura adaptar e adequar os fatos destoantes. “*Mediante el paralelismo de autogénesis y filogénesis se justifica la conclusión de que históricamente las primeras representaciones o concepciones de la normativa, se han desenvuelto de un modo*

³³³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 358.

³³⁴ Cf. o que se disse acima, na pp. 51-2 sobre a *Zweiseitentheorie*, a Teoria do Estado de Jellinek.

³³⁵ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prologo por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. 102.

análogo, partiendo inmediatamente de lo real.”³³⁶ Na tese do autor, o real tem uma tendência psicológica de se tornar obrigatório.³³⁷ “*Todo derecho en cada Pueblo es originario y simplemente un ejercicio fáctico.*”³³⁸ E toda construção e modificação do Direito procede primariamente do que há antes e por trás do Direito, do que o condiciona.³³⁹

Pode-se afirmar que a preocupação de Jellinek com a inclusão dos dados da realidade na compreensão e formatação do Direito tem relação com seu esforço de protegê-lo contra a influência de métodos que entendia serem inadequados a esse tipo de ciência, diante do intenso debate metodológico, instalado em sua época, acerca da dicotomia Ciências Naturais (*Naturwissenschaften*) e Ciências do Espírito (*Geisteswissenschaften*).³⁴⁰ A formação humanista de Jellinek, a inegável influência das teses de Ferdinand Lassalle sobre a força normativa do fático e dos fatores reais de poder,³⁴¹ a percepção teórica da dinâmica constitucional, fruto da dialética entre a normatividade escrita e a realidade política, tudo isso fomenta um caldo de cultura apropriado ao desenvolvimento de uma teoria expansiva das mutações constitucionais. Para Jellinek,

el Derecho es [...] un compromiso entre intereses diferentes y aún opuestos. Este compromiso es resultante, no sólo de las fuerzas de los intereses, sino del poder social de los interesados en ellos, [y] en las relaciones sociales incide una fuerza normativa; esto es, que de aquéllas relaciones nace la siguiente convicción: las relaciones reales de dominación han de ser consideradas como jurídicas. [Así,] la modificación de las fuerzas reales de las relaciones entre los órganos

³³⁶ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prologo por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. 253.

³³⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. Estudio preliminar en JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Série Clásicos Políticos. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Trad. Christian Förster. Rev. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. XXXI. JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*... Ob. cit., p. 254.

³³⁸ JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, pp. 337 e ss., *apud* DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 122.

³³⁹ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*... Ob. cit., p. 23-4.

³⁴⁰ O tema foi enfrentado pelo autor em JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*... Ob. cit., pp. 20-2.

³⁴¹ Famosa conferência sobre a essência da Constituição, em Berlim, em abril de 1862, que posteriormente veio a ser editada sobre a forma do livro intitulado LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933 - versão para eBook: eBooksBrasil.com, 2009. Extraído do original: *Über Verfassungswesen: zwei Vorträge und ein offenes Sendschreiben*. Berlin: 1862.

superiores del Estado, se infiltra en las instituciones mismas, aún cuando no se haya modificado una letra de la Constitución.³⁴²

O fator psicológico do Direito, central na teoria geral de Jellinek,³⁴³ também é decisivo para as mutações constitucionais. Para ele, a diferença entre reforma formal da Constituição e mutação constitucional está não apenas na modificação ou não do texto da norma, mas também na intenção do agente que opera essa modificação. Reforma constitucional, nesse sentido, seria “*la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias y intencionadas.*” Já mutação constitucional Jellinek entende ser “*la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos **que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.***” (grifou-se)³⁴⁴

Com essa construção teórica, talvez não fosse um exagero posicionar Jellinek ao lado de Lassalle como defensores da Constituição como um refém dos fatores reais de poder. Poder-se-ia dizer, mesmo, que a Constituição não possui força normativa; ela apenas retrata os valores e interesses da classe politicamente dominante e impõe à vida política que se comporte exatamente como indicam esses interesses.

Pode-se afirmar, ainda, a partir do conceito de mutação constitucional explicitado por Jellinek, que ela tem um importante aspecto formal, a saber, a ausência de tipificação escrita, e outros dois aspectos materiais, que aqui serão classificados como “psicológico” e “normativo”.

O aspecto psicológico pode ser visualizado sob dois vieses. O primeiro diz respeito à desnecessidade de a mutação constitucional ocorrer com a intenção de modificar-se a ordem constitucional: mutações constitucionais podem se dar mesmo sem que se tenha vontade de mudar a Constituição. Ou mais: mutações constitucionais somente ocorrem quando a mudança da realidade fática não busca intencionalmente

³⁴² JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prologo por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. 256.

³⁴³ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado...* Ob. cit., p. 249-50: “Pero nuestro problema no es conocer el valor transcendente de las instituciones humanas; por cual, conforme al método hasta ahora empleado, consideraremos al Derecho como un fenómeno psicológico, es decir, interno al hombre. [...] La positividad del Derecho descansa, pues, en última instancia, en la *convicción* de su obrigatoriedad; sobre este elemento puramente subjetivo, se edifica todo el orden jurídico. Ésta es la consecuencia necesaria del reconocimiento de que el Derecho es interior a nosotros, de que es una función de la comunidad humana y necesita, por tanto, descansar en elementos puramente psicológicos.”

³⁴⁴ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

mudar a Constituição. Este é um fato importante que será novamente abordado mais adiante. O segundo viés, que também dá ensejo ao aspecto normativo, é referente à ideia trabalhada por Jellinek segundo a qual o real tem uma tendência psicológica de tornar-se obrigatório.

O aspecto material normativo do conceito de mutação constitucional de Jellinek relaciona-se com o fato de a mutação constitucional ser a regulamentação da realidade constitucional pela própria realidade constitucional, isto é, a ordem constitucional “é como é”.

Mas não é simples assim.

Aqui o aspecto normativo, como dito, encontra-se intrinsecamente ligado ao aspecto psicológico: a mutação constitucional produz, para Jellinek, uma mudança na normatização da ordem constitucional. Significa dizer, através de uma mutação constitucional a ordem constitucional não apenas “é como é”, mas “é como deve ser”.

Esta é a principal nota distintiva entre a proposta de Jellinek e a de Lassalle. Para este, a Constituição é “a soma dos fatores reais de poder que regem um país.”³⁴⁵ Trata-se de um conceito puramente sociológico e, por assim dizer, fatalista. Jellinek acrescenta a esse conceito um elemento normativo. A Constituição não apenas é como é, mas é como deve ser.

No sentir de Jellinek, a sensação humana de que a conduta real acaba por confundir-se com a conduta ideal leva as práticas dos órgãos constitucionais a estabelecerem (e mudarem) não apenas a ordem constitucional instituída, mas a ordem constitucional idealizada. Quando ocorre uma verdadeira mutação constitucional, a Constituição que os poderes constituídos e os fatores reais de poder promovem, no tocante ao objeto da mutação, não é somente a Constituição “realizável”, “possível”, “alcançável”, mas é, por força do poder psiconormatizante do real, a Constituição ideal, desejada, querida: a “Constituição-dever-ser”. A mutação constitucional não se faz sentir apenas no mundo dos fatos, mas também no mundo do Direito. Aliás, a mutação constitucional justamente transporta uma dada realidade do mundo dos fatos para o mundo do Direito, tornando-a Direito. A mudança na Constituição-fato promove, através da mutação constitucional, uma mudança na Constituição-norma. Vale dizer, a

³⁴⁵ LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933 - versão para eBook: eBooksBrasil.com, 2009, p. 30.

mutação constitucional não se dá apenas pela submissão da norma ao fato. Mais do que isso. Ela converte o fato, através da sua força normativa, em norma; torna o ser em dever-ser. Para Jellinek, mutação constitucional é, sob esse aspecto, força normativa do fático apenas em um primeiro momento. Porque uma vez consolidada, a mutação constitucional é Direito.

A essa altura parece importante lembrar que a ideia de Constituição em 1871, na época do *Reich*, não gozava do prestígio de ser um documento jurídico e, por isso, não dispunha de força jurídico-normativa. E até mesmo quando era entendida como norma, não costumava ser considerada como de hierarquia superior, já que as ideias de rigidez das normas constitucionais e de controle de constitucionalidade ainda eram embrionárias na Europa. Com isso, a lei do Parlamento, bem como outros atos dos poderes estabelecidos, constituía, muitas vezes, um fator de constante mudança constitucional.³⁴⁶

Além disso, recorde-se que a doutrina da força normativa do fático corresponde à ideia romântica do “espírito do povo” (*Volkgeist*), inspiradora da Escola Histórica do Direito que florescia na época.³⁴⁷

O pós-Guerra alterou sensivelmente a percepção dos juristas acerca da Constituição, superando esse cenário que, já ao tempo de Dau-Lin, mostrava-se inadequado à satisfação dos reclames positivistas antiformalistas. Tanto é assim que Dau-Lin faz uma refutação lógica da força normativa dos fatos digna de reprodução.

Escrevendo em resposta a Jellinek, Dau-Lin observa a irracionalidade da doutrina da força normativa dos fatos, pois confunde o real com o existencial:

El elemento del deber ser (*sollen*) de una norma jurídica nunca resulta del elemento del ser (*sein*) de un hecho, sino que brota, inmediatamente de la valoración inmanente del derecho preexistente de la naturaleza humana. Es cierto que el hecho perceptible, exteriormente, es objeto de una valoración interna, pero no se produce una valoración mediante el hecho. Con la relación permanente entre los hechos y la valoración – la reacción psicológica del hombre ante un suceso real –, si el hombre pregunta por el sentido y causa de lo sucedido, es cierto que el hecho es una base de conocimiento, pero nunca el fundamento del origen de la norma.

³⁴⁶ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, p. 112.

³⁴⁷ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 298.

Si la fuerza normativa de los hechos fuese realmente, la “última fuente psicológica del derecho” (JELLINEK...) y se situase así siempre el origen de todo lo ajustado al deber ser realmente en el mundo del ser (KELSEN...), entonces la contraposición entre el ser y el deber ser sería totalmente inconcebible. Puesto que lo debido es realmente siempre consecuencia de lo que es, entonces todo lo que es tiene que ser algo que debe ser y por ello es algo debido. Y si todo derecho es algo debido que, por otro lado es resultado de lo que es, entonces todo lo que es derecho y lo injusto sería, finalmente, algo que no es.³⁴⁸

Dau-Lin conclui que Jellinek acerta quando afirma que o exercício real tem um grande efeito modificador da sociedade, mas erra quando sustenta que todo direito deve surgir de toda relação valorativa, do conteúdo material abstraído do fato,³⁴⁹ dizendo que

[...] no se hace algo porque un día se hizo así, sino que esto ocurrió porque tenía que ocurrir según la opinión de los que la realizan. En el caso de la mutación constitucional se trata de la necesidad política, que no [sic] dictó lo ocurrido, y no de una simple ‘costumbre’ que como tal fue imitada, es decir no se trata de hechos sencillos, sin finalidad y no vinculados a valores.³⁵⁰

A análise da relação entre os fatos e os juízos de valor que sobre eles se procede foi, logo em seguida, desenvolvida por Hermann Heller.³⁵¹

Em sua Teoria do Estado, que é desenvolvida como uma ciência cultural, e não natural,³⁵² e como uma ciência da realidade, e não apenas do espírito,³⁵³ o autor analisa

³⁴⁸ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 123.

³⁴⁹ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., pp. 124-5.

³⁵⁰ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 125.

³⁵¹ HELLER, Hermann. *Staatslehre*, (1934). Tradução espanhola: *Teoría del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. Edição consultada na presente pesquisa: HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. É extremamente interessante que esse assunto já havia sido tratado pelo gênio de Hans Kelsen. Paradoxalmente, a ele costuma-se atribuir a desvinculação da norma ao valor que ela carrega. Na verdade, Kelsen não nega que as normas contêm juízos positivos de valor sobre o seu conteúdo deontico. Ele apenas propõe que esse juízo de valor não seja “refeito” pelo aplicador da norma. Isto é, propõe que a norma seja aplicada de maneira “neutra”, pelo valor que ela própria carrega, e não pelo valor de quem com ela se depara. O autor ainda propõe que esse juízo positivo de valor somente se torne juridicamente relevante quando revestido pela forma de norma jurídica, através da intervenção de uma autoridade juridicamente estabelecida. Isto é, juridicamente relevante é apenas aquele valor consubstanciado na norma positivada. Kelsen afirma: “A autoridade jurídica prescreve uma determinada conduta humana apenas porque – com razão ou sem ela – a considera valiosa para a comunidade jurídica dos indivíduos. [...] Não é apenas – e talvez não seja tanto – o interesse do credor concreto aquilo que é protegido pela norma que vincula o devedor ao pagamento: é antes o interesse da comunidade – apreciada pela autoridade jurídica – na manutenção de um determinado sistema econômico.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 35. Talvez as propostas normológicas de Kelsen não sejam tão antagônicas às sociológicas moderadas de Heller e Hesse, como adiante se verá.

os modos de conduta que se repetem regularmente em um círculo social e verifica haver dois desses tipos de comportamento. Ele distingue “as ordenações sociais que apresentam um simples caráter de regularidade efetiva, de normalidade, daquelas que aparecem como exigidas, como normativas”.³⁵⁴ O primeiro tipo é de “ordenações que têm uma simples regularidade de fato sem que sejam exigidas por ninguém, isto é, não tem validade normativa de nenhuma espécie para a consciência.”³⁵⁵ É o caso dos usos e costumes como, por exemplo, as regras do comércio, as de sentar-se à mesa, regulamentos de oferta e demanda de mercado, etc. O segundo tipo de comportamento decorre de “representações de condutas do nosso labor concebidas por nossa consciência como obrigatórias ou exemplares, pelo que não são uma simples regularidade da nossa conduta, mas algo exigido por nós mesmos ou por outros”,³⁵⁶ das quais seriam exemplo os convencionalismos sociais e o Direito.

Hermann Heller chama a atenção para o fato de que palavras como “ordenação, “regra”, “lei”, “norma” possuem sempre uma dupla significação, “uma vez que exprimem ao mesmo tempo algo que é e algo que deve ser.”³⁵⁷ Essa simbologia linguística revela a existência de uma conexão necessária entre a *normalidade* e a *normatividade*.

Nesse contexto, Heller observa que o homem nasce sempre em um mundo pré-formado de representações que, de alguma maneira e em alguma medida, formam o seu modo de ser, mesmo sem participação da sua consciência e, por isso, dirigem a sua ação. Trata-se de um orientar-se automático, acrítico e inconsciente que não necessariamente tem a ver com concepções naturalistas ou idealistas. “Muitas dessas formas de ação penetram a tal ponto no ser do homem que ‘valem’ para êle, isto é, agem sôbre a sua conduta, inclusive sem contar com a sua consciência.”³⁵⁸ Por isso, mesmo essas representações normativas possuem sua validade garantida tanto objetiva como subjetivamente. Nesse ponto Heller se refere à doutrina da força normativa do fático, de Jellinek, assentando-a como legitimadora dessas representações normativas a partir de uma espécie de tradição social:

³⁵² HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, pp. 54 e ss.

³⁵³ HELLER, Hermann. Ob. cit., pp. 59 e ss.

³⁵⁴ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 222.

³⁵⁵ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 112.

³⁵⁶ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 112.

³⁵⁷ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 223.

³⁵⁸ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 113.

Dentre várias representações e ordenações, apresenta, sem dúvida, sempre singular relêvo aquela que pode pretender a santidade do que sempre tem sido assim; como a sua santidade se acha, para a maioria, fora de toda discussão, a legitimidade que se baseia na tradição não aparece, regularmente, nem afirmada nem negada pela consciência.³⁵⁹

Essa realidade em que o homem vem ao mundo, essas ordenações que valem para o homem sem que delas ele tome consciência, sendo-lhe, portanto, de alguma forma, neutras (isto é, nem positivas, nem negativas), podem ser agrupadas sob o que Heller chama de “realidade atual” (“como as coisas são”).

Mas ao lado da realidade atual pode-se falar em uma “realidade potencial”, que seria a “probabilidade relativamente previsível de que uma cooperação dos membros da (organização humana) se reproduza de modo semelhante no futuro.”³⁶⁰

A realidade potencial baseia-se tanto na normalidade, que é o que simplesmente acontece, como na normatividade, que é o que acontece porque se acredita dever acontecer, assentando-se esta última, pois, em um juízo positivo de valor.^{361 362}

³⁵⁹ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 114.

³⁶⁰ HELLER, Hermann. *Teoría del estado*. Trad. Luis Tobío. México: FCE, 1942, p. 277, *apud* NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, p. 16. Na edição consultada na presente pesquisa (HELLER, Hermann. *Teoria do estado...* Ob. cit.), a citação está na p. 295.

³⁶¹ NUNES LEAL, Victor. Ob. cit., p. 16.

³⁶² Merece destaque, sob o aspecto da força normativa dos fatos, a circunstância de que Hans Kelsen já havia lidado com esse tema, reconhecendo-a, nada obstante a tradicional atribuição a ele de que se trata de um jurista formalista estrito. Realmente, Kelsen não relaciona a normatividade com o fato, mas reconhece que o juízo positivo de valor sobre determinado fato, a partir do qual se chega à positividade como norma jurídica (e aí sim, com normatividade), nasce na realidade histórica. Diz Kelsen: “...os juízos de valor em primeiro lugar referidos também são juízos de realidade. Com efeito – diz-se –, a norma que constitui o fundamento do juízo de valor é fixada através de um ato ou imperativo humano ou produzida através do costume – e, portanto, através de fatos da realidade empírica.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 23. Aliás, mesmo a proposta mais normológica de Constituição, como a de Kelsen, pressupõe, quase veladamente, a importância da realidade constitucional quando confere à norma fundamental pressuposta – isto é, a postura daqueles a quem o Direito se dirige de acatá-lo como imposições de conduta obrigatória – validade pela sua pura e simples obediência, vale dizer, pelo comportamento das pessoas em conformidade com determinada pauta de ordenação social mais ou menos precisa. Em outras palavras, a norma fundamental nasce com a eficácia social. Ela só passa a existir quando passa a “valer”. Só se pode dizer que ela tem validade quando as pessoas decidem pautar-se pelo ordenamento jurídico. Isso significa que o dever ser, mesmo no plano teórico e ideal da normologia pura, decorre, em alguma medida, do ser. O poder normativo decorre de “um fato de poder social” (VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoria constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 159, *apud* GARCIA, Maria. Exercício do poder constituinte derivado – noções de um poder constituinte não originário. O poder constituinte instituído. Poder constituinte de revisão ou reformador. O poder constituinte decorrente. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, RDCI 11/31, abr.-jun./1995, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da

Com efeito, “a normalidade de uma conduta consiste na sua concordância com uma regra de previsão baseada sobre a observação do que acontece por termo médio em determinados períodos de tempo.”³⁶³ Sua relevância na formação da realidade potencial, ao lado da normatividade, consiste na expectativa do observador de determinada realidade que aquele fato observado torne a ocorrer da mesma maneira se as condições em que ele ocorreu venham a se repetir. Essa é uma das bases do Estado de Direito conhecida como segurança jurídica: “uma conduta normal com a que cremos poder contar por parte dos homens a que se refere.”³⁶⁴

Mas à normalidade não se atribui, sozinha, a prerrogativa de conformar a realidade potencial, isto é, a possibilidade de vir a se tornar realidade normada, um dever-ser, por exemplo “porque também se rouba e se assassina com regularidade estatisticamente previsível sem que, nesse caso, a normalidade se torne normatividade.”³⁶⁵

A normatividade, que é “a exemplaridade ou obrigatoriedade de um agir concorde com determinados critérios positivos de valor”,³⁶⁶ complementa a normalidade na conformação da realidade atual, operando no sentido de modificá-la, fazendo desaparecer ou diminuir aquela parte da normalidade que esteja negativamente valorada. Dito de outro modo, a realidade potencial reage contra a realidade atual para modificá-la. A normatividade funciona, portanto, como fonte da normalidade.³⁶⁷

A afirmação de C. Schmitt de que a Constituição não pode ser concebida como norma, mas que tem que ser considerada como “decisão” sobre a espécie e forma da unidade política (*Verfassungsrecht*, pp. 20 e segs.) provém da sua radical incompreensão do elemento normativo da Constituição do Estado. Naturalmente que na base de toda norma, não só da Constituição mas de qualquer lei, existe uma decisão mais ou menos política daquele que cria a norma. Mas enquanto a decisão adotada pretenda validade que obrigue à vontade, seja para o mesmo que decide, seja para outros, tem que ser objetivada como norma. Aquilo que, olhado de cima, aparece como mandato, sentença ou negócio jurídico, apresenta-se, de baixo,

Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 520). Definitivamente as propostas normológicas de Kelsen e as sociológico-normológicas de Heller e Hesse não estão tão distantes assim.

³⁶³ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 297.

³⁶⁴ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 297.

³⁶⁵ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 298.

³⁶⁶ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 298.

³⁶⁷ HELLER, Hermann. *Teoria del estado*. Trad. Luis Tobío. México: FCE, 1942, pp. 279-80, *apud* NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, p. 16.

como preceito jurídico. *Nenhuma decisão pode, sem normatividade, produzir uma normalidade e, portanto, uma continuidade da conduta.*³⁶⁸ (grifou-se)

Por isso, admite-se que a realidade potencial, sendo formada também pela normatividade da realidade, tem o condão de modificar os fatos da vida. Porém, não se pode admitir como normativa a pura normalidade, a pura realidade atual. “A normalidade tem que ser sempre reforçada e completada pela normatividade; a par da regra empírica de previsão aparecerá a norma valorativa de juízo,”³⁶⁹ pois “[t]ôda criação de normas é, por isso e antes de tudo, um propósito de produzir, mediante uma normatividade criada conscientemente, uma normalidade da conduta concorde com ela.”³⁷⁰ Em outras palavras, as coisas não “devem ser porque são”. O simples “ser” das coisas não implica em que elas “devam ser”. Isso não faz sentido, pelo menos enquanto considerarmos a racionalidade humana, e enquanto a considerarmos como fator de progresso e melhoria das condições de vida na Terra.

A afirmação de que o Direito faz parte de um mundo de formas extemporâneo, isto é, possui uma validade perdurável, independente do tempo, significa que ele, como as demais representações normativas objetivadas, “aparece, frente ao fluir subjetivo das vivências, como um objeto transcendente que vale, pois, justamente enquanto tem validade.”³⁷¹

A Constituição permanece através da mudança de tempos e pessoas graças à probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana que com ela concorda. Esta probabilidade baseia-se, de uma parte, em uma mera normalidade de fato, conforme à Constituição, da conduta dos membros, mas, além disso, em uma normalidade normada dos mesmos e no mesmo sentido.³⁷²

³⁶⁸ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 312. E flagrando a contradição da teoria de Carl Schmitt, Heller prossegue: “Se as decisões adotadas para esta ou aquela forma de Estado ou de Governo não possuísem validade normativa para o futuro, difícil seria explicar como puderam constituir enquanto ‘decisões’, tanto hoje como amanhã, ‘o suposto básico de tôdas as normações ulteriores’ (Schmitt, *Ob. cit.*, p. 24).” *Ob. cit.*, pp. 312-3.

³⁶⁹ HELLER, Hermann. *Ob. cit.*, p. 298.

³⁷⁰ HELLER, Hermann. *Ob. cit.*, p. 305.

³⁷¹ HELLER, Hermann. *Ob. cit.*, p. 230.

³⁷² HELLER, Hermann. *Ob. cit.*, p. 296.

Significa dizer que a normatividade da realidade potencial produz um efeito ativo na normalidade da realidade atual, com aptidão de modificá-la. Porém o inverso não é verdadeiro. Somente a conversão da realidade atual em realidade potencial, isto é, a adição da normatividade à normalidade, mediante um juízo positivo de valor acerca dessa realidade, e a manifestação consciente, refletida e duradoura da parte de quem a vivencia, pode tornar obrigatória a representação normativa voluntariamente seguida.

Sem o caráter de criador de poder que o direito acarreta não existe nem validade jurídica normativa nem poder estatal. [...] [Pois para que determinada realidade torne-se normativa], isto é, para que as suas ordens sejam cumpridas de modo constante, é necessário que os que o sustentam, ou ao menos os de mais influência, estejam convencidos da legitimidade do seu poder.³⁷³

A soma do elemento normativo à normalidade no conjunto que conforma a realidade potencial permite que as relações fáticas concretas não sejam deixadas ao acaso. Se apenas a normalidade ordenasse a vida social, os fatos se sucederiam desordenadamente, sem segurança, sem vinculação entre si, sem garantia de repetição, sem previsibilidade. “Só mediante o elemento normativo se normaliza uma situação de dominação atual e plenamente imprevisível convertendo-se em uma situação de dominação contínua e previsível, isto é, em uma Constituição que dura além do momento presente.”³⁷⁴

Só é possível compreender a relação entre normalidade, normatividade e o efetivo ordenamento jurídico, se compreender-se que a criação e segurança da manifestação da vontade estatal consubstanciada no direito positivo se dá pela justificação em princípios jurídicos “suprapositivos” (esclareça-se: verificados na realidade potencial social, sejam eles naturais, sejam culturais).³⁷⁵

Mas a compreensão equivocada desses conceitos e a confusão entre os papéis da normalidade e da normatividade no estabelecimento da ordem jurídica levam Konrad Hesse a observar que, no decorrer da história constitucional dos povos, “tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força

³⁷³ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 231.

³⁷⁴ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 301.

³⁷⁵ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 232.

afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática”.³⁷⁶

Desmembrar a Constituição da norma, desvalorizar a normatividade, fazê-la inferior, cativa, secundária, relativa ou sujeitá-la a um decisionismo político extremo, significa, pois, desfazer, pela via material, a juridicidade das Constituições, cujos conteúdos se tornam assim indiferentes, desde que um só valor – o daquele órgão de vontade que atua como poder constituinte – sobrerresta soberana ou supremo.³⁷⁷

As teorias de Hesse gravitam em torno da busca pela solução desse problema. Daí nasce o central questionamento em torno do qual é erguida a teoria da força normativa da Constituição: prevalece o *ser* da Constituição real, ou o *dever-ser* da Constituição jurídica? Nessa relação de tensão, qual dos dois sucumbe? Particularmente no âmbito da Constituição, mais do que em outras searas jurídicas, essas questões ganham relevo. É que aqui inexistente uma garantia externa para execução de seus preceitos.³⁷⁸

É preciso, pois, reconhecer que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.³⁷⁹ A tensão entre o estado ideal de coisas, *proposto* pela norma jurídica, e o estado real de coisas, *imposto* pelas forças político-econômico-sociais, constitui justamente o objeto da tarefa dos aplicadores do Direito. Esvaziar essa tarefa, reduzindo-a a um conformismo diante da Constituição real, mais do que retirar a normatividade da Constituição jurídica,

³⁷⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 10. Heller observa, nessa mesma esteira, que “com bastante frequência, o uso social, a realidade social não normada ou normada extrajudicialmente, revela-se mais forte que a norma estatal.” HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 306.

³⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 177.

³⁷⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa...* Ob. cit., p. 12. É interessante observar como essa constatação já havia sido anteriormente considerada por Hermann Heller (HELLER, Hermann. Ob. cit., pp. 315-6) e Rudolf Smend (SMEND, Rudolf. *Costituzione...* Ob. cit., p. 156) que a incluiu no rol das características das normas constitucionais que as sujeitam às mutações constitucionais, e que tornam o problema das mutações um tema a ser inserido na ciência do Direito Constitucional, segundo Hsü Dau-Lin. Cf. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 159-61. Essa fragilidade da Constituição é retomada em HESSE, Konrad. *Constituição e direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 11-2.

³⁷⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa...* Ob. cit., p. 11.

enfraquecendo-a, esmorece qualquer intento racional de refrear a dominação do homem pelo homem.

Na verdade, a ideia da força normativa da Constituição já vinha sendo sutilmente desenvolvida por Hermann Heller, como se acabou de ver, pois, em termos que lembram muito a ideia de “vontade de Constituição”, desenvolvido por Hesse, ele observara que por mais que a organização hierárquica do Estado garanta, em alguma medida, a harmonia corrente entre normatividade e normalidade,

se os órgãos supremos da organização estatal não querem ou não podem exercer as funções que lhes indica o Direito Constitucional, não existe fundamentalmente – *quid custodet custodem?* – nenhuma unidade de decisão e de ação que possa ditar e executar legalmente, quer dizer, dentro do Direito Constitucional vigente, uma decisão jurídica. [...] [A] validade jurídica positiva baseia-se no fato de que a norma adquire vigência e mantém-se graças à atividade humana. [...] [E] a validade em grande parte do Direito Político [...] vem a depender exclusivamente da situação de interesses e da boa vontade, isto é, conforme à norma, dos órgãos estatais supremos, cuja vontade, porém, não poderá por seu lado garantir a normatividade no caso de a sua obra conforme à norma sentir-se impedida por poderes independentes dela.³⁸⁰

Viu-se que não somente a Constituição jurídica condiciona a realidade histórica, mas também a realidade histórica condiciona a Constituição jurídica. Ou seja: a Constituição existe para ser a ordem jurídica fundamental da coletividade, o que requer força normativa; mas para que a Constituição logre obter força normativa ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo.

A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As *possibilidades*, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).³⁸¹

³⁸⁰ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, pp. 315-7. É interessante, por estar sendo vivenciado na recente crise econômico-política vivida na Grécia, o exemplo dado na mesma página pelo autor para demonstrar que a normatividade não decorre exclusivamente do direito posto, mas também da normalidade, isto é, da realidade fática: “Isto acontece, por exemplo, no caso de ter o chefe do Estado, em um Governo parlamentar, que descumprir a sua obrigação de nomear um Governo que goze da confiança do Parlamento, dissolvendo êste reiteradamente por não poder nunca obter maioria.”

³⁸¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24. Grifos no original.

É por isso que, se a Constituição não mais tiver o condão de ser a ordem fundamental jurídica da coletividade, na medida em que a realidade fática que ela pretende regular não mais se identifique com suas normas, então algum procedimento de aproximação entre o conteúdo da norma e a realidade fática precisa ser tomado. Vale dizer, se o texto da norma constitucional não tem aptidão para regular uma dada realidade constitucional, então é preciso compatibilizar de algum outro modo o dever-ser com o ser, sob pena de retirar da Constituição sua eficácia, de enfraquecer a sua força normativa – o que fatalmente a levará a ser o que Ferdinand Lassalle a condenou a ser.³⁸² E

de nada valerá termos um belo Texto Constitucional, se persistir o clima atual, em que ora ela é obedecida, ora desobedecida, segundo as conveniências dos poderosos do dia. [...] Parece melhor uma Constituição imperfeita ou sofrível, com eficácia, que um belíssimo Texto, louvável pela forma e pelo conteúdo, destituído, porém, de eficácia.³⁸³

“A verdade é que, inevitavelmente, a realização das normas constitucionais, ora mais, ora menos, tem que andar a reboque dos mandatos que essas normas dirigem à conduta humana”,³⁸⁴ sob pena de admitir-se como constitucional uma realidade *contra constitutionem*. Mas isso não significa, repita-se, que na coletividade não possa haver realidade alguma que se ache em contradição com a Constituição, ou que tal realidade deva ser considerada irrelevante. “Trata-se, pelo contrário, de levá-la em consideração e fazer o que for necessário para evitar que se crie uma realidade inconstitucional ou para recolocar a realidade de acordo com a Constituição”.³⁸⁵

³⁸² Ao atribuir aos “fatores reais de poder” a verdadeira base sobre a qual se constrói o Estado e a Sociedade, Lassalle condenou a Constituição a ser um mero “pedaço de papel”. Cf. LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933 - versão para eBook: eBooksBrasil.com, 2009.

³⁸³ ATALIBA, Geraldo. Constituinte e referendium. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 76/70, out.-dez./1985, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 415.

³⁸⁴ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

³⁸⁵ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade... Ob. cit., p. 100. Note-se que a teoria de Hesse não se apegava cegamente à imposição da normatividade sobre a faticidade. Ela pretende, isto sim, harmonizar esses conceitos em tensão, seja adequando o fato à norma (o que decorre tanto da aplicação regular do Direito, em situações de normalidade, de subsunção, como daquela que impõe maior esforço do intérprete, por a norma produzir resultado diferente ante a diferenciabilidade da realidade que ela regula, isto é, em decorrência de mutação constitucional), seja adequando a norma ao fato, no caso, com a

É neste ponto, pugna Hesse, que a mutação constitucional tem lugar.

Somente se pode conferir força normativa à Constituição quando suas normas são concretizadas, isto é, quando o dever-ser da Constituição jurídica alcança o ser da Constituição real, através da interpretação de suas normas, ou melhor, através da sua *concretização*,³⁸⁶ fazendo-se “valer” essas normas, não só hipoteticamente, mas também realmente.³⁸⁷ E “a concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da ‘realidade’ que essa norma está determinada a ordenar”.³⁸⁸

Dado que essas condições da realidade estão sujeitas a alterações históricas – ou seja, a realidade fática que a norma constitucional pretende regular não é imutável –, conforme elas se modificam, modifica-se, também, o resultado de concretização da norma constitucional. Essa modificação nos resultados de concretização da Constituição, em razão da alteração histórica das condições da realidade é o que Hesse denomina mutação constitucional. Nessa operação, o texto da norma permanece inalterado. Mas a mudança na realidade fática que essa norma pretende regular impõe uma mudança no resultado de sua concretização. Se o fato social regulado pela Constituição não é mais o mesmo, então tampouco a Constituição é a mesma. E se a concretização da Constituição produzir resultados diferentes, terá havido uma mutação constitucional.³⁸⁹

Do contrário, insistindo o aplicador do direito em uma concretização constitucional idêntica à que preconizava anteriormente à alteração histórica das condições de realidade reguladas pela norma, ter-se-á uma incompatibilidade entre a Constituição jurídica (o dever-ser) e a Constituição real (o ser), com a tendência de que a normatividade sucumba à realidade, conforme Hesse já havia constatado ser o padrão que a História ensina.

modificação formal (emenda, reforma) da Constituição. A intenção explícita do autor é a preservação da força normativa da Constituição, de um jeito ou de outro.

³⁸⁶ Mais adiante desenvolver-se-á com mais aprofundamento o modo como Hesse acredita dar-se essa concretização. Cf. capítulo 4.2.2, em que se tratará da interpretação judicial como instrumento da mutação constitucional, analisando-se mais detidamente o chamado método de concretização da Constituição.

³⁸⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 47-50.

³⁸⁸ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 50.

³⁸⁹ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., pp. 50-51 e HESSE, Konrad. *Constituição e direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

Se a produção de determinados efeitos pela incidência de uma norma já não se mostrar possível, em razão da modificação dos fatos sociais sobre os quais ela incide, mas a norma ainda se mostrar apta a incidir sobre tais fatos, a preservação de sua força normativa impõe que os resultados de sua incidência (isto é, a sua eficácia) modifiquem-se juntamente com os fatos sociais modificados.

A mutação constitucional é, portanto, para Konrad Hesse, um meio de concretização da Constituição que visa à aproximação entre a norma reguladora e a realidade regulada, no caso de esta última haver sofrido uma alteração concreta, de modo a preservar a eficácia da primeira, em homenagem à força normativa da Constituição.

Sendo ampla e aberta a textura das normas constitucionais, a sua concretização admite diferentes resultados, conforme se encontrarem diferentes as realidades que uma mesma norma pretenda regular.³⁹⁰

Vale dizer, a concretização de uma norma constitucional (ampla e aberta) que regula determinado fato histórico produz um determinado resultado; a alteração da conjuntura econômica, política ou social desse *mesmo fato histórico*, porém *alterado*, imporá que a concretização da norma constitucional com o *mesmo texto* produza um *resultado diferente*. Haverá ocorrido, nesse caso, uma mutação constitucional.

É por isso que Konrad Hesse conclui: “A problemática da modificação constitucional [necessidade de alteração formal do texto] começa lá onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam.”³⁹¹ Enquanto o fato concreto “couber” dentro da norma constitucional, esta deverá incidir, produzindo, a cada vez, um novo resultado, sempre que esse fato concreto apresentar-se distintamente daquele que ensejou a concretização anterior.

³⁹⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 46. Hsü Dau-Lin já considerava essa textura aberta das normas constitucionais, em continuidade às reflexões de Rudolf Smend, e incluiu tal característica dentre as que propiciam as mutações constitucionais, e que tornam o problema das mutações uma questão a ser inserida no bojo da ciência do Direito Constitucional. Cf. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 159-61.

³⁹¹ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 46 e HESSE, Konrad. *Conceito e peculiaridade da constituição*. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 94-5. Essa constatação também pode ser encontrada em DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 163.

E também é por isso que, para Hesse, o conceito de mutação constitucional é intrinsecamente ligado ao de força normativa da Constituição e de vontade de Constituição. As normas constitucionais permanecem letra morta caso as exigências à conduta humana nelas contidas não passarem, por intermédio de uma outra conduta humana, justamente àquelas condutas objeto de regulação das normas. A atuação humana de realizar a Constituição é pressuposto para que suas normas tornem-se ordem vivida, formativa e configuradora da realidade histórica, concretizando seu papel de ordem fundamental jurídica da coletividade.³⁹²

Isso porque a

vontade do constituinte histórico não é capaz de fundamentar e, de todo, de manter a validade real da Constituição assim criada. Até que ponto a Constituição consegue obter essa validade é, antes, uma questão de sua *força normativa*, de sua capacidade de produzir efeito determinante e regulador na realidade da vida histórica.³⁹³

Com efeito, é na aplicação das normas constitucionais que a Constituição se concretiza. E essa concretização depende da vontade de Constituição, isto é, da “*vontade atual* dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição. [...] [D]a disposição de considerar seus conteúdos como obrigatórios e da determinação de realizar esses conteúdos, também contra resistências.”³⁹⁴

Pela mutação constitucional a concretização da Constituição produz resultado diverso do que anteriormente produzia, na exata medida em que diversa é a realidade fática que essa Constituição está regulando. Mas sempre é preciso ter em mente que esse é um instrumento que busca imprimir força normativa à Constituição, ou seja, garantir que as normas constitucionais continuem regulando a coletividade, que a Constituição continue sendo a ordem fundamental jurídica da coletividade, enfim, que a Constituição possua força normativa.

Logo, conclui-se ser tarefa do aplicador da Constituição a compatibilização entre Constituição-norma e a Constituição-realidade. Seja através de uma “modificação constitucional” (= reforma constitucional; alteração formal do texto da Constituição),

³⁹² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 47.

³⁹³ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 48. Grifo no original.

³⁹⁴ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 49. Grifo no original.

em casos de extrema mudança histórica, seja através de uma mutação constitucional, quando o programa da norma ainda se permitir incidir sobre o âmbito da norma modificado pelas relações históricas,³⁹⁵ produzindo um resultado diferente, mas constitucionalmente adequado, isto é, em conformidade com a Constituição.

A mutação constitucional auxilia, assim, a manter a realidade sob a regência da Constituição, toda vez que a mudança dessa realidade não exigir mudança do texto da norma. Ela serve, assim, à preservação da força normativa da Constituição, de modo a adequar os efeitos de suas normas às vicissitudes sociais que elas pretendem regular.

Na mesma esteira da proposta de Hesse, Anna Cândida relaciona o tema das mutações constitucionais com o da dicotomia estabilidade/atualização dos ordenamentos constitucionais.³⁹⁶ Sendo a Constituição um documento jurídico, inserido espaço-temporalmente em uma determinada comunidade, e sendo a comunidade um organismo vivo, que se transforma e modifica com o passar do tempo, é preciso que a Constituição acompanhe essa evolução, modificando-se no que deixar de servir à sua função regulatória dessa comunidade.

De tudo isso se conclui que a realidade constitucional, desordenada, não pode ser o único fator de regulação da vida constitucional. A força normativa dos fatos não pode prevalecer sobre a da Constituição. E justamente por isso, as circunstâncias constitucionais que contrastarem com a Constituição deverão ser incorporadas a ela, através da concretização das normas constitucionais, de modo a reinserir essas circunstâncias à normatividade racional da Constituição. Por isso a mutação constitucional serve à força normativa da Constituição. O operador do direito consciente, embora sabedor das suas limitações funcionais e da própria limitação do Direito para regular a vida constitucional, deve sempre ter presente que a Constituição busca regular a realidade constitucional na máxima medida possível, pelo que se pode concordar com Hermann Heller, quando afirma que a “destemporalização metódica que nas normas constitucionais produz a dogmática jurídica não teria, contudo, sentido se não acarretasse o de servir a um prolongamento da temporalidade da Constituição.”³⁹⁷

³⁹⁵ Sobre “programa da norma” e “âmbito da norma”, conceitos de Fr. Müller incorporados por K. Hesse para enfrentamento da questão da mutação constitucional, cf. abaixo capítulo 4.2.2, em que se tratará da interpretação judicial como instrumento através do qual se pode operar uma mutação constitucional.

³⁹⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 05-8.

³⁹⁷ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 312.

4. Instrumentos da mutação constitucional

Esclarecidas as origens, os pressupostos e as funções da mutação constitucional, podem-se pesquisar, agora, os meios através dos quais uma mutação constitucional pode ocorrer.

Sendo a mutação constitucional uma falta de correspondência entre a realidade e a norma constitucional, tem-se que essa disparidade decorre especialmente da atuação dos poderes estatais constituídos. É que ao concretizar o programa constitucional esses poderes sofrem e exercem influência entre si, bem como entre eles e os demais fatores reais de poder (economia, cultura, mídia, ideologias, religião, etc.) estabelecidos na sociedade.

A atuação dos poderes constitucionais voltada à aplicação da Constituição instrumentaliza, portanto, as mutações constitucionais. Tem-se, pois, que a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário é o principal meio através do qual ocorrem mutações constitucionais.

Se, em geral, a prática jurisprudencial está sujeita às necessidades e opiniões humanas variáveis no tempo e no espaço, mesmo quando os textos normativos aplicados pela jurisprudência permanecem invariáveis, o mesmo ocorre com o legislador quando interpreta a Constituição mediante legislação ordinária, de modo que o que parece hoje inconstitucional pode apresentar-se amanhã conforme a Constituição, e vice-versa.³⁹⁸ E não somente mediante jurisdição e legislação pode ocorrer mutação constitucional, mas também através das práticas parlamentares e administrativo-governamentais.³⁹⁹

³⁹⁸ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves, p. 123.

³⁹⁹ Para exemplos do direito comparado, cf. JELLINEK, Georg. Ob. cit., pp. 15-27. De resto, demonstrando como esses elementos podem produzir mutações constitucionais, cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986; BARROSO, Luís Roberto. *Mutação constitucional*, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009; ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, pp. 1.737-812; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997; TRIBE, Laurence. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008; entre outros.

Assim, operam-se mutações constitucionais tanto através da legislação, efetivação de políticas públicas, atuação estatal política, regulamentação infraconstitucional,⁴⁰⁰ como através de interpretação da Constituição, verificação de constitucionalidade das leis.

Mas as mutações constitucionais não ocorrem apenas através dos órgãos institucionalizados pela Constituição. Também a fluência social mais fragmentada e descentralizada promove as alterações da realidade fática que, algumas vezes, podem ensejar a ocorrência de mutações constitucionais. A vida, em si, do povo, da sociedade, o modo como as pessoas levam seu cotidiano, a escolha e defesa de seus valores éticos, tudo isso pode influenciar diretamente no modo como se concretizam as normas constitucionais. Nesses casos também haverá mutação constitucional.

Neste capítulo procurar-se-á desenvolver essas ideias, estabelecendo a premissa inicial de que quem “faz” as normas constitucionais – e, logo, quem as modifica – é o Povo, titular ideal do Poder Constituinte (originário e reformador), de modo que, seja diretamente ou através dos órgãos institucionalmente constituídos para concretizar a Constituição, somente se poderá reconhecer uma mutação constitucional se ela estiver lastreada na soberania popular.

4.1 Soberania popular

Na época da convocação da Constituinte de 1987, insistiu-se muito que a “legitimidade constitucional” é condição de eficácia dos princípios e regras que a sociedade brasileira viesse a erigir.⁴⁰¹ Dizia-se que “o grande desafio lançado aos

⁴⁰⁰ Especificamente sobre a regulamentação infraconstitucional como instrumento de mutação constitucional há que se fazer uma ressalva: dependendo da perspectiva a partir da qual se analisar esse fenômeno pode-se dizer que a modificação da normatização da vida constitucional mediante regulamentação infraconstitucional não é um problema constitucional propriamente dito, mas, como, aliás, salta aos olhos, é um problema infraconstitucional. Essa perspectiva não foi devidamente observada pela doutrina pesquisada, que usualmente considera a modificação da legislação infraconstitucional como mutação constitucional. De todo modo, voltar-se-á a abordar esse assunto oportunamente, quando se analisar a interpretação (legislativa) como instrumento através do qual podem ocorrer mutações constitucionais.

⁴⁰¹ Esse tema foi desenvolvido, naquela época, especialmente pelos juspublicistas da escola paulista, como Goffredo Telles Jr., Dalmo de Abreu Dallari, Geraldo Ataliba, Maria Garcia e Fábio Konder Comparato. Cf. ATALIBA, Geraldo. *Constituinte e referendunum*. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 76/70, out.-dez./1985, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 415.

constitucionalistas de nosso tempo é este: o de descobrir a fórmula constitucional de assegurar a permanente penetração do pensamento e da vontade dos governados nas decisões dos governantes”,⁴⁰² e que

no clima republicano em que nos propomos viver, a adesão da vontade popular – muito mais que o mero “consentimento” dos governados – é absolutamente imprescindível, para fixação de instituições sólidas, justas e eficazes, que criem clima de responsabilidade e solidariedade, animadores de um desenvolvimento social estável e seguro.⁴⁰³

Afinal, “uma Constituição outorgada fere a livre expressão da soberania que somente nasce da vontade popular.”⁴⁰⁴

En el Estado Constitucional de hoy el poder constituyente y la constitución por él creada no obtienen legitimidad por si mismos exclusivamente, por sua “voluntad”, como opinaban *Siéyès* y *C. Schmitt*, sino por la coincidencia con las **ideas de valor, justicia y seguridad** dominantes en el pueblo. [...] Un elemento básico de estas ideas posee una objetividad fundamentada racional y históricamente: los derechos del hombre, el orden fundamental democrático y libre, la división de poderes, el estado de derecho. Pero esta solidez “objetiva”, plena de valor, necesita la aprobación real, el **consenso del pueblo**.⁴⁰⁵

Não é sem sentido que a Constituição de 1988, assim como a maciça maioria das constituições democráticas, dispõe que “todo o poder emana do povo.”⁴⁰⁶ Observe-se que o preceito não expressa um dever ser jurídico, mas declara um ser social. Ou seja, o poder não “deve emanar” do povo; ele emana.⁴⁰⁷ A norma não determina isso; ela

⁴⁰² TELLES Jr., Goffredo. *O povo e o poder*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 110, *apud* GARCIA, Maria. Opinião pública e a interpretação da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, RDCI 54/53, jan.-mar./2006, *in*: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.026.

⁴⁰³ ATALIBA, Geraldo. *Constituinte e referendunum*. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 76/70, out.-dez./1985, *in*: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 415.

⁴⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 187.

⁴⁰⁵ STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 319. Grifos no original.

⁴⁰⁶ No caso da Constituição de 1988 essa declaração está contida no art. 1º, parágrafo único.

⁴⁰⁷ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 309: “Esta função da formação normativa surge mais clara se, por exemplo, em vez de dizer: o poder do Estado deve vir do povo, se disser: o poder do Estado emana do povo, isto é, se o preceito jurídico não se objetiva como exigência do dever ser, mas como afirmação do ser.”

reconhece. E disso se segue que “todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete.”⁴⁰⁸

Com efeito, Häberle propõe a ampliação do quadro dos intérpretes (=atuantes ou atores) da Constituição, pois quando escreveu, assinalou que tal interpretação vinha sendo atribuída exclusivamente a uma sociedade fechada composta apenas pelos intérpretes jurídicos “vinculados às corporações e aqueles participantes formais do processo constitucional”,⁴⁰⁹ e elenca um grupo de intérpretes que se pode dizer “institucionais” e outro de intérpretes “não institucionais”,⁴¹⁰ arrematando que “a ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação.”⁴¹¹ Afinal, “[s]e se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade’ [...], então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da ‘realidade constitucional’.”⁴¹²

Dado que a democracia pressupõe que todo poder emane do povo, Peter Häberle observa que “[a] teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.”⁴¹³

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos. Considerando a realidade e a publicidade (*Wirklichkeit und Öffentlichkeit*) estruturadas, nas quais o “povo” atua, inicialmente, de forma difusa, mas, a final, de maneira “concertada”, há de se reconhecer

⁴⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação da obra de HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 9.

⁴⁰⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 13.

⁴¹⁰ HÄBERLE, Peter. Ob. cit., pp. 20-3.

⁴¹¹ HÄBERLE, Peter. Ob. cit., p. 30.

⁴¹² HÄBERLE, Peter. Ob. cit., p. 12.

⁴¹³ HÄBERLE, Peter. Ob. cit., p. 14.

que essas forças, faticamente relevantes, são igualmente importantes para a interpretação constitucional.⁴¹⁴

A interpretação que Häberle propõe é semelhante à concretização de Hesse, isto é, interpretar a Constituição é torná-la ordem vivida. É retirá-la dos textos que a veiculam transpondo-a para a história social. Nesse sentido, interpretar a Constituição é formulá-la e, ao fazê-lo, a soberania popular promove mudanças. “A aplicação da Constituição inexoravelmente a modifica, na medida em que a conforma a pressões e inovações.”⁴¹⁵ Por isso a atuação do Povo soberano é instrumento de mutação constitucional.

Mas é importante definir o que se entende por soberania popular.

Carl Schmitt levantou a oposição de que a representação democrática é, em si, uma contradição em termos. Na sua origem, a disputa entre o monarca absoluto e a assembleia nacional como representantes da vontade do povo para promulgar a Constituição mostrou-se como uma clara disputa de forças, e expunha a característica intermediadora da burguesia liberal. A atuação burguesa era, “*frente al rey (esto es, la Monarquía), apelación a la ‘voluntad de la Nación’; frente al Pueblo (esto es, la democracia), apelación a la ‘representación’.*”⁴¹⁶ Assim, essencialmente, “*la voluntad constituyente del pueblo no puede ser representada sin que la Democracia se transforme en una Aristocracia.*”⁴¹⁷ E levando ao limite o conceito de democracia, continua afirmando, mais adiante, que

[e]s muy inexacto tratar a la Democracia representativa como una subespecie de la Democracia. Lo representativo es precisamente lo no-democrático en esa ‘Democracia’. En tanto que el Parlamento es una representación de la unidad política, se encuentra en contraposición con Democracia.⁴¹⁸

⁴¹⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 33.

⁴¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte.* 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 231.

⁴¹⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución.* Série Colección Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Publico, v. VIII. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s. d., p. 92.

⁴¹⁷ SCHMITT, Carl. Ob. cit., p. 92.

⁴¹⁸ SCHMITT, Carl. Ob. cit., p. 253. Grifo no original.

Assim, classificou o parlamento como uma espécie de assembleia aristocrática ou oligárquica e chegou a comparar o regime parlamentar com a monarquia, podendo classificar-se ambos como espécies de democracia representativa, apenas variando o número de representantes.⁴¹⁹

No entanto, nada obstante o rigor técnico das reflexões de Schmitt acerca dos conceitos políticos, a história influenciada por esses pressupostos político-filosóficos demonstrou o desacerto das suas conclusões, “sobretudo quando, através da abolição das formas representativas de govêrno e da supressão das liberdades públicas que isso implica, desaparecem as condições de formação honesta da opinião pública.”⁴²⁰ No estado democrático, ao contrário,

o mito das massas totalmente passivas e dóceis à publicidade, tem sido desencantado e, por conseguinte, a Opinião pública se pode afirmar onde quer que exista liberdade de pensamento e de expressão, pluralidade e pluralismo de órgãos de informação autônomos ou não controlados pelos políticos: neste policentrismo, com equilíbrio, sempre se pode formar a Opinião pública num duplo processo, de baixo para cima e vice-versa, através dos líderes de opinião, tanto a nível local como nacional.⁴²¹

De fato,

[s]e o povo, por sua composição e pelas contingências da sua distribuição geográfica, não pode exercer diretamente seus poderes, há que encontrar “um meio prático”, através do qual, na maior medida possível, se possa apurar a vontade do povo, garantindo-se, também na medida do possível, a livre e honesta formação dessa vontade.⁴²²

Por isso não se pode descuidar do peso e da relevância da manifestação direta do Povo, bem como da manifestação democrática feita através dos seus representantes. Essa manifestação é, sob essa perspectiva, manifestação da soberania popular.

⁴¹⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Série Colección Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Publico, v. VIII. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s. d., pp. 251-2.

⁴²⁰ NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, p. 13.

⁴²¹ MATTEUCCI, Nicola. Opinião pública. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed., coord. de trad. João Ferreira. Brasília: UNB, 1998, p. 845.

⁴²² NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, p. 14.

Mas a soberania popular que aqui se trata não é apenas aquela manifestada de maneira difusa pelo povo, mas a “soberania triplicemente exercida pelo legislativo, pelo presidente e pelo judiciário.”⁴²³

Por isso, esclareça-se que o termo “soberania popular” aqui utilizado não se relaciona com a ideia decorrente da “vontade geral” de Jean-Jacques Rousseau, que atribui ao Povo poderes místicos equivalentes aos divinos, substituindo o lugar anteriormente ocupado pelo monarca.⁴²⁴ Essa concepção de soberania popular, além de falível e pretensiosamente alçar o Povo à condição de Ser Absoluto na Criação, na crença teológica judaico-cristã,⁴²⁵ daria razão a Carl Schmitt quando diz que a representatividade opõe-se à democracia, porque coloca “a representação do *povo soberano* transformada em *representação soberana* do povo, ou seja, a soberania popular transmutada em soberania parlamentar.”⁴²⁶

Segundo essa concepção clássico-burguesa de soberania popular,

o poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo, mas se exerce por representantes especiais (a Convenção). Não se faz necessário, acrescentava Sieyès, que a sociedade o exerça de modo direto, por seus membros individuais, podendo fazê-lo mediante representantes, entregues especificamente à tarefa constituinte.⁴²⁷

O equívoco dessa concepção está em “proclamar a identidade do povo com seus representantes, em confundir o mandatário com o mandante”,⁴²⁸ produzindo um modelo de assembleia quase absolutista (se é possível) e vinculando a teoria do poder constituinte à teoria da representatividade, dando razão, mais uma vez, à crítica de Carl Schmitt.

⁴²³ CALMON, Pedro. Entrevista concedida à “Fôlha Carioca”, em 14.01.1946, *apud* NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, p. 13, nota de rodapé nº 9.

⁴²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves. Coleção L&PM Pocker, v. 631, 1ª reimpressão. Porto Alegre: L&PM, 2009, especialmente pp. 115-22.

⁴²⁵ Em sentido contrário, entendendo haver um paralelo entre o Poder Constituinte criador do Estado e da ordem jurídica de um lado e Deus criador do universo, de outro, cf. AYRES BRITTO, Carlos. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, especialmente o Capítulo I, significativamente intitulado “Deus no Céu e o Poder Constituinte na Terra – A Similitude Possível”, pp. 5-28.

⁴²⁶ MALBERG, Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. T. II, p. 489, *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 146.

⁴²⁷ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 145.

⁴²⁸ LABOULAYE, Eduard. *Questions Constitutionnelles*, p. 385, *apud* BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., pp. 156-7.

Essa soberania popular rousseuniana, vista à luz das propostas de Sieyès – e talvez fosse mais bem representada pelo termo “soberania nacional” – pode ser mais bem compreendida a partir da metáfora segundo a qual Povo (ou melhor: a Nação) seria um ente novo, como uma pessoa jurídica, com personalidade jurídica própria e distinta da de seus representados, e cuja vontade independe da destes.

Em oposição à concepção rousseuniana, mas inspirada nela, os norte-americanos adotaram um modelo de soberania popular em que “instituíram as chamadas Convenções, verdadeiras assembléias de poderes limitados, consagradas à tarefa especial de preparar e redigir o projeto de Constituição que, a seguir, submetiam ao voto popular.”⁴²⁹ Não é por acaso que o procedimento para ratificação das reformas constitucionais nos Estados Unidos é tão dificultoso.⁴³⁰

Vale dizer, enquanto a concepção de soberania popular rousseuniana-revolucionária diz respeito à manifestação de vontade do povo, como ato decisório, ato de escolha no momento do sufrágio, a concepção de soberania popular aqui utilizada relaciona-se com o cotidiano da sociedade, com as escolhas diárias – e não instantâneas, como a perante a urna – de cada cidadão, e com as transformações sociais decorrentes desse cotidiano. Utiliza-se, na realidade, o conceito de soberania popular insinuado por Peter Häberle, como demonstrado acima, e abertamente proposto por Bruce Ackerman, como abaixo se demonstrará.⁴³¹ A soberania popular rousseuniana trata de legitimidade instantânea dos representantes democráticos. A de Häberle e Ackerman trata de legitimidade permanente da atuação estatal-sociológica. A soberania popular vista por

⁴²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 157.

⁴³⁰ Dispõe o art. V da Constituição dos Estados Unidos da América: “O Congresso, sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, proporá emendas a esta Constituição, ou, mediante requerimento de dois terços das Legislaturas dos Estados, convocará uma convenção para propor emendas, que, em ambos os casos, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas Legislaturas de três quartos de todos os Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo uma ou outra dessas maneiras de ratificação; assegura-se que nenhuma emenda promulgada antes do ano de 1808, afetará de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I; e que nenhum Estado, sem o seu consentimento, venha a ser privado de sua igualdade de sufrágio no Senado.” Versão livre. No original: “The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.” Disponível em <http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>, acesso em 14.11.2011.

⁴³¹ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, pp. 1.737-812.

esse ângulo serve a um fim precípua: tornar o Povo o efetivo sujeito da soberania política. Enfim, “a nação tem o direito de mudar a Constituição”,⁴³² pois a soberania popular é do Povo, “que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”,⁴³³ ou ainda através da atuação estatal institucionalizada dos órgãos constitucionais constituídos.

Como dito, Bruce Ackerman constata que a Constituição escrita dos Estados Unidos da América não reflete com exatidão sequer o conjunto de normatizações constitucionais vigentes naquele país. E a aproximação desses conteúdos pode ser feita, segundo Ackerman, mediante a inclusão de alguns *landmark statutes* e *superprecedents* ao cânone constitucional.

Essa ampliação pode-se dar solidamente sobre esses dois elementos justamente porque ambos são, na realidade estadunidense, consideravelmente respaldados pela soberania do Povo norteamericano (“*We the People*”). É que, segundo Ackerman, as grandes inserções no constitucionalismo das últimas décadas foram resultado de atos que gravitaram em torno do eixo Presidente-Congresso-Suprema Corte. Enquanto instituições da República, os Três Poderes constituídos, em conjunto, e não o Poder Constituinte Reformador formal, promoveram, devido à sua representatividade e à dificuldade em reformar formalmente aquela Constituição, as maiores mudanças do século XX no cenário constitucional norteamericano.

Em sua obra, Ackerman demonstra como a participação de cada um desses Poderes na liderança e na condução dos processos de mudança da realidade constitucional tem se alternado ao longo da história. Por vezes, quem assumiu o papel de promover as transformações foi o Congresso Nacional; por vezes, a Presidência; por vezes, a Suprema Corte. Mas também interferências da mídia, partidos políticos, organizações não governamentais assumiram esse papel em algumas oportunidades. Essa é a soberania popular que promove mutações constitucionais. E também sob esse aspecto Ackerman reflete sobre a mudança constitucional americana: nem sempre, historicamente, as modificações constitucionais têm sido operadas a partir de iniciativas do mesmo órgão.⁴³⁴

⁴³² Art. 1º, Título VII, da Constituição francesa de 1791.

⁴³³ Art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988.

⁴³⁴ Na obra ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991 (especialmente pp. 044-130).

No geral, os movimentos constitucionais que resultaram nas maiores transformações da realidade constitucional americana foram os que envolveram o *New Deal* e o movimento pelos *Civil Rights*.

Como dito, o *New Deal* foi um programa voltado à adaptação da política de intervenção econômica estatal no mercado. A ideologia liberal pura, de mercado autorregulatório e de Estado mínimo, vigente no fim do século XIX e começo do século XX nos Estados Unidos, viu-se insuficiente para satisfazer as necessidades sociológicas (e até mesmo econômicas, por assim dizer), frente a eventos como a Revolução Industrial, a superprodução, os movimentos sindicais, a quebra da bolsa de Nova Iorque, etc.⁴³⁵

O *New Deal* foi um programa governamental proposto pela Presidência, mediante *statutes* que foram devidamente aprovados pelo Congresso Nacional e, quando questionados, ratificados pela Suprema Corte.⁴³⁶ Isso mostra que a Constituição mudou sem que se alterasse o seu texto, isto é, sem se recorrer ao Poder Reformador, mas à soberania popular triplicemente exercida pelos Poderes da República.

Mas além da mudança na política de intervenção estatal na economia, os Estados Unidos vivenciaram uma grande modificação na política de igualdade entre negros e brancos através do movimento que ficou conhecido como a luta pelos direitos civis (“*Civil Rights Struggle*”).

O assassinato do presidente Abraham Lincoln nos anos 1860, incendiou o movimento conhecido como “a Reconstrução Republicana”, com a promulgação da 13ª, 14ª e 15ª Emendas à Constituição, sem que essas emendas surtissem o efetivo efeito que pretendiam: a realidade constitucional resistiu à mudança formal da Constituição.

De outro lado, uma das duas grandes modificações constitucionais do século XX também teve como marco o assassinato de um presidente, John Kennedy, nos anos 1960 – emblematicamente um século depois da Reconstrução Republicana. Mas desta vez não se produziu nenhuma emenda constitucional formal. Ao contrário, neste segundo movimento, as mudanças são atribuídas não ao debate político institucionalizado, dentro das Câmaras do Congresso Nacional, mas ao debate político público, havido nas ruas,

⁴³⁵ Cf. capítulo 1.2, acima, em que se tratou das origens da mutação constitucional nos Estados Unidos da América.

⁴³⁶ Cf. capítulo 1.2, acima, em que se tratou das origens da mutação constitucional nos Estados Unidos da América.

em que o apelo e as manifestações populares, liderados por Martin Luther King Jr., e ideologicamente acolhidos pelo presidente Lyndon Johnson, deixaram evidentes os rumos que a soberania popular pretendia dar à realidade constitucional norteamericana. Martin Luther King Jr., na ocasião, não se valeu da tribuna do Congresso para promover o debate, mas da mídia.⁴³⁷ E o resultado disso foi a forte sustentação do movimento no Congresso Nacional, através da influência do Presidente, que conseguiu obter a aprovação de considerável número de *landmark statutes*, e a forte sustentação do movimento na Suprema Corte, que produziu diversos *superprecedents*. Em conjunto, os Três Poderes da República, outra vez, com base na soberania popular, promoveram mais uma modificação informal na Constituição dos Estados Unidos, ampliando, no sentir de Ackerman, o cânone constitucional.⁴³⁸

Isso evidencia, aliás, uma mudança informal na Constituição quanto ao modo de mudar a Constituição. Isto é, na Reconstrução, as mudanças aconteceram através do artigo 5º, que dispõe sobre o procedimento a ser adotado para promover emendas constitucionais, com a promulgação de três emendas formais. No movimento pelos direitos civis, as mudanças aconteceram através de *landmark statutes* e *superprecedents*. No caso, a Constituição mudou também quanto ao modo como ela é modificada: de formal para informal.

Mas a Constituição também mudou materialmente com esse movimento.

O julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*,⁴³⁹ em 1857, marcou um período de tensão na relação entre negros e brancos que culminou com o assassinato de Lincoln e a Reconstrução, onde se formalizou a chamada *Equal Protection Clause* (cláusula de igualdade perante a lei), através na 14ª Emenda (1868). Com o intento de pacificar as animosidades e regulamentar essa cláusula, foi promulgado pelo Congresso Nacional o *Civil Rights Act*, em 1875, o qual foi posteriormente declarado inconstitucional no julgamento conjunto de casos que ficaram conhecidos como *Civil Rights Cases*,⁴⁴⁰ em

⁴³⁷ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.787

⁴³⁸ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.785-93, *passim*.

⁴³⁹ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). Dred Scott era um escravo que havia conquistado o favor de seu senhor, ao tornar-se seu amigo, e foi autorizado a casar-se. Com a morte do senhor, Dred ficou a mercê da viúva, que não reconhecia o casamento de Dred. Ao apelar à Suprema Corte, a pretensão de Dred foi rejeitada, e foi declarada a inexistência do casamento, pela falta de legitimidade de Dred para celebrar contratos: ele não era cidadão. E ficou assentado, a partir daí, que, segundo essa bizarra interpretação das cláusulas constitucionais, homens negros não poderiam ser considerados cidadãos dos Estados Unidos, por que essa não seria a vontade dos *Founding Fathers*.

⁴⁴⁰ 109 U.S. 3 (1883).

que a Suprema Corte definiu que a *Equal Protection Clause* não poderia ser imposta a particulares. Isto é, a igualdade da 14ª Emenda era *perante a lei*. E somente *a lei* não poderia discriminar entre brancos e negros. Sob esse argumento, a Suprema Corte definiu que a igualdade não obrigava indivíduos, os quais estavam autorizados a tratar seus “semelhantes” de maneira diferente por causa da diferença da cor da pele.

A partir de então, tornou-se uma prática comum nos Estados Unidos a oferta em separado para brancos e negros de serviços utilizados pelo público em geral (“*facilities*”), como teatros, cinemas, padarias, escolas, restaurantes, hotéis, motéis, lojas, bares, e também transporte coletivo em ônibus e trens. E foi justamente relacionado a esse último tipo de serviço que surgiu um precedente histórico da Suprema Corte. O julgamento de *Plessy v. Ferguson*⁴⁴¹ marcou uma era em que vigeu a doutrina “iguais, mas separados” (“*separate but equal*”).

Essas duas características (de a *Equal Protection Clause* não valer para particulares e da doutrina “iguais, mas separados”) demonstram o quanto o preconceito racial estava arraigado não apenas difusamente na sociedade dos Estados Unidos, mas no discurso formal dos representantes dessa sociedade, muito embora o texto constitucional encontrado nas Emendas da Reconstrução indicasse o contrário.

O julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*⁴⁴² rompeu essa tradição e inaugurou uma mudança na relação entre negros e brancos nos Estados Unidos. Ele significou o primeiro indicativo de acolhimento institucional das reivindicações dos diversos movimentos populares que eclodiram pelo país em prol da

⁴⁴¹ 163 U.S. 537 (1896). Neste caso, um homem chamado Homer Plessy, nascido livre, mas considerado negro por ter descendência *sete oitavos caucasiana e um oitavo negra*, membro de uma associação a favor da igualdade racial, descumpriu uma norma do Estado de Louisiana que determinava vagões separados para negros e brancos. Ao recusar a ordem de deixar o vagão para brancos e embarcar no vagão para negros, Plessy foi preso. A Suprema Corte decidiu que a oferta de serviços destinados ao público em geral (“*facilities*”) em separado entre brancos e negros não ofende a *equal protection clause*, desde que houvesse prestação “igual” do serviço. Isto é, havendo trens para brancos e trens para negros, ou assentos para brancos e assentos para negros, a igualdade perante a lei estava satisfeita. A cláusula, afinal, vedava o tratamento desigual, mas não separado. Daí o brocardo “*separate but equal*” (“iguais, mas separados”). Note-se que a inversão dos termos na expressão original em inglês tenta disfarçar o indifereável preconceito racista, dando ênfase ao termo “*equal*”, o que não foi admitido (consciente ou inconscientemente) na tradução portuguesa da expressão que, tradicionalmente, enfatiza, pela inversão dos termos, a palavra “separados”.

⁴⁴² 347 U.S. 483 (1954). Pela primeira vez a Suprema Corte acolheu o pedido de prestação de serviço para negros e brancos nas mesmas acomodações e com a mesma estrutura. No caso, o serviço era educação. E a Suprema Corte reviu o entendimento (“*overruled*”) estabelecido em *Plessy* para dizer que a *Equal Protection Clause* impunha que a educação fosse prestada para alunos brancos e negros conjuntamente. Sobre os detalhes do caso, contextualização política e jurídica, e sua repercussão no constitucionalismo americano, cf. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 142-50.

igualdade racial. Depois, promulgou-se o *Civil Rights Act*,⁴⁴³ seguido da eleição de Lyndon Johnson à Presidência.⁴⁴⁴ E se o primeiro sinal do acolhimento do movimento foi dado pela Suprema Corte, a sua consolidação também foi demonstrada por ela, ao declarar constitucional o *Civil Rights Act* em casos como *Heart of Atlanta Motel v. United States*⁴⁴⁵ e *Katzenbach v. McClung*.⁴⁴⁶

A virada do posicionamento da Suprema Corte⁴⁴⁷ (e a indicação da ocorrência de uma mutação constitucional nos Estados Unidos) também pode ser verificada quanto ao sufrágio universal. O precedente estabelecido em *Lassiter v. Northampton County Board of Elections*⁴⁴⁸ não impediu o posterior reconhecimento da constitucionalidade do *Voting Rights Act*⁴⁴⁹ no julgamento do caso *Katzenbach v. Morgan*.⁴⁵⁰

⁴⁴³ Essa lei se assemelha muito à anterior, de 1875, declarada inconstitucional pela Suprema Corte nos *Civil Rights Cases*. Porém, sua aprovação se deu no âmago de um movimento social bastante mais forte e maduro, liderado por figuras como Martin Luther King Jr. e Malcom “X”, e refletido no âmbito político pela popularmente respaldada articulação do presidente John Kennedy, cujo assassinato apenas reforçou o movimento que acabou sendo contemplado, um ano depois, com a aprovação dessa lei, em 1964. Ela expressamente proibiu a doutrina “iguais, mas separados”. É importante destacar, outrossim, que a Suprema Corte não reviu a *ratio decidendi* dos *Civil Rights Cases*. A *Equal Protection Clause* ainda não podia ser imposta a particulares. Tanto é assim que, mais recentemente, a Suprema Corte invocou o julgamento de *Plessy* para declarar inconstitucionais alguns trechos do “*Violence Against Women Act* (1994)”, ao julgar o caso *United States v. Morrison* (529 U.S. 598), no ano 2000, reafirmando que a igualdade não obriga particulares. O *Civil Rights Act* de 1964, contudo, teve sua constitucionalidade sustentada, segundo a Suprema Corte, não pela *Equal Protection Clause*, mas pela *Interstate Commerce Clause*, como adiante será referido.

⁴⁴⁴ Ackerman anota que a esmagadora vitória de Lyndon Johnson, então vice-presidente de John Kennedy, nas eleições 1964, foram um recado bem compreendido pela Suprema Corte de que a soberania popular apoiava solidamente as mudanças que incluíam o programa político do candidato em prol da igualdade racial. ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.778-81.

⁴⁴⁵ 379 U.S. 241 (1964). O proprietário de um motel negou-se a oferecer os mesmos quartos para brancos e negros e alegou a inconstitucionalidade do *Civil Rights Act*. A Suprema Corte decidiu que a oferta em separado de serviços de utilidade pública em alguns estados (no geral, estados do sul) desequilibrava o comércio interestadual. E se o Congresso Nacional tomou a decisão de vedar esse desequilíbrio, através da promulgação desse *statute*, fê-lo com base nos poderes que a Constituição lhe outorgou de regular o comércio interestadual (“*Interstate Commerce Clause*”), relacionado ao princípio federalista. Desse modo, sem rever (“*overrule*”) a *ratio decidendi* dos *Civil Rights Cases* (ao que tudo indica, por falta de força política para tanto), a Suprema Corte distinguiu-o (“*distinguishing*”) do *Heart of Atlanta Motel* e sustentou a constitucionalidade do novo *Civil Rights Act*.

⁴⁴⁶ 379 U.S. 294 (1964). Neste caso, o proprietário de um pequeno restaurante alegava que, em razão do tamanho do seu estabelecimento, o desequilíbrio que a oferta em separado de seus serviços para negros e brancos causava no comércio interestadual era irrisório. A importância do precedente está em que a Suprema Corte entendeu não importar o tamanho do estabelecimento ou do lucro obtido: a prestação de serviços de utilidade pública em separado afetava o comércio interestadual, sendo constitucional o *Civil Rights Act*.

⁴⁴⁷ A propósito, a análise teórica dessa virada da postura da Suprema Corte diante de situações em que o “Povo fala” é uma das grandes contribuições de Bruce Ackerman ao constitucionalismo americano. O autor denominou esse tipo de virada de “switch in time”. Cf. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. ex., p. 345.

⁴⁴⁸ 360 U.S. 45 (1959). A Suprema Corte entendeu que não havia ofensa à *Equal Protection Clause* e nem ao direito ao voto igual para brancos, negros e latinos (15ª Emenda) na lei que impunha a aplicação de

Todos esses movimentos sócio-político-econômicos ocorridos nos Estados Unidos não apenas demonstram que as grandes mudanças constitucionais recentes ocorrem à margem do sistema formal de emendas, como também indicam que elas “nunca são uma questão de um momento isolado; trata-se de um processo extenso, que dura uma década ou duas.”⁴⁵¹ Afinal, “isso garante que as mudanças fundamentais, se vierem, não virão como resultado de uma imposição de cima para baixo, mas através de debate e deliberação de baixo pra cima.”⁴⁵²

Além disso, as transformações ocorridas nos períodos marcados pelo *New Deal* e pela *Civil Rights Struggle* somente podem ser incluídas no cânone constitucional, segundo Bruce Ackerman, na medida em que contam com a adesão maciça não apenas do povo e das instâncias sociais difusas, mas também de todos os poderes institucionais políticos dos Estados Unidos. “Somente quando um movimento constitucional ganha controle sustentado pelos três Poderes do governo nacional é que ele pode conquistar o mandato popular necessário à promulgação de *landmark statutes* e à obtenção da elaboração *superprecedents*.”⁴⁵³

A partir de todas essas verificações pode-se concordar com Bruce Ackerman quando afirma que o art. 5º “faz do seu procedimento condição suficiente, porém não necessária, para a promulgação de uma emenda constitucional válida.”⁴⁵⁴ Isto é, o procedimento previsto no art. 5º para promover emendas formais é um meio válido para modificar a Constituição, mas não o único meio.

testes de alfabetização para o registro eleitoral, na medida em que tais testes eram aplicados “igualmente” para brancos, negros e latinos. Era uma aplicação da doutrina “iguais, mas separados”.

⁴⁴⁹ Esse *statute* visou ao acesso ao voto para negros e latinos em igualdade de condições com brancos. Em 1965, ele vedou a aplicação de testes de alfabetização para quem preenchesse alguns requisitos, como a comprovação de estudo formal até determinada série em escolas de alguns países latinos.

⁴⁵⁰ 384 U.S. 641 (1966). Neste caso a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade do *Voting Rights Act* não com base na *Equal Protection Clause*, ou na *Interstate Commerce Clause*, mas na *Enforcement Clause*, sediada na seção n. 5 da 14ª Emenda, que dava ao Congresso Nacional os poderes necessários para concretizar os direitos previstos na Emenda.

⁴⁵¹ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.763. Versão livre. No original: “Higher lawmaking in America is never a matter of a single moment; it is an extended process, lasting a decade or two.”

⁴⁵² ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.763. Versão livre. No original: “It assured that fundamental change, if it ever came, would not come as the result of some diktat from above, but through debate and decision from below.”

⁴⁵³ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.776. Versão livre. No original: “It is only when a constitutional movement wins sustained control of all three branches of the national government that it can *earn* the popular mandate to enact landmark statutes and to obtain the judicial elaboration of superprecedents.” (grifo no original)

⁴⁵⁴ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 15. Versão livre. No original: “The article makes its procedures sufficient, but not necessary, for the enactment of a valid amendment.”

Na verdade, Ackerman escreve para seus compatriotas com o intuito de demonstrar-lhes quais são os outros meios. Ele escreve para responder à seguinte pergunta: “Se os americanos dos anos 90 desejam revisar sua Constituição, quais são as alternativas *jurídicas* das quais eles legitimamente dispõem?”⁴⁵⁵ A base da resposta está na soberania popular, demonstrada através do acolhimento das proposições que vêm do Povo, com a atuação conjunta dos Três Poderes da República. Analisando a dificuldade de se obter a aprovação dos estados sulistas para a 14ª Emenda, Ackerman faz a seguinte observação:

O destino da 14ª Emenda não mais seria resolvido exclusivamente através de investidas em cada um dos estados, como o artigo 5º suporia. Ele seria determinado em grande parte pelas decisões do Congresso, do Presidente e da Suprema Corte, interativas entre si. Pondo minha tese em uma linha: a separação dos poderes estava assumindo um papel chave no processo de ratificação anteriormente monopolizado pelos estados.⁴⁵⁶

Com isso Bruce Ackerman afirma que a Constituição americana modifica-se não apenas através de emendas formais, mas através de atuação conjunta e interativa dos Três Poderes, cada um exercendo sua contribuição para a mudança constitucional dentro dos limites de suas competências, de modo a acolher e a refletir a voz do Povo americano. Isso significa que a Constituição americana está aberta a mutações constitucionais, porque a realidade constitucional pode ser modificada não apenas através dos meios formais.⁴⁵⁷

Em sua obra, o autor descreve o que chama de “ciclo vital” (*life cycle*) de um movimento que logre obter espaço no debate da política constitucional. Ele propõe uma

⁴⁵⁵ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 28. Versão livre. No original: “If Americans of the 1990’s wish to revise their Constitution, what are the *legal* alternatives they may legitimately pursue?” (grifo no original).

⁴⁵⁶ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*... Ob. cit., p. 209. Versão livre. No original: “The fate of the 14th Amendment would no longer be resolved exclusively by going-on in each of the states, as Article Five supposed. It would be determined in large part by the interacting decisions of Congress, President and Court. To put my thesis in a single line: the separation of powers was taking on a key role in the ratifying process formerly monopolized by the states.”

⁴⁵⁷ Sobre as dificuldades de se conciliar essa afirmação com a noção de regra de reconhecimento (“rule of recognition”) [HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 2. ed., tradução da 2ª edição inglesa (1994), por A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Especialmente pp. 089-168] e, consequentemente, com a de norma jurídica e Estado de Direito (“rule of law”), e buscando atenuar essas dificuldades, v. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*... Ob. cit., pp. 91-5.

sequência de fases ou estágios através dos quais a soberania popular poderia se manifestar, de modo a produzir uma norma constitucional (*Higher Lawmaking*) ou a promover uma modificação informal da Constituição.⁴⁵⁸ O primeiro estágio é chamado “fase de sinalização” (*signaling phase*), e pode ser verificado, por exemplo, na aclamação popular de Presidentes comprometidos com determinada ideologia, em eleições esmagadoras, como ocorreu com Franklin Delano Roosevelt, no *New Deal*, e com Lyndon Johnson, na *Civil Rights Struggle*. O segundo é o da “fase da propositura” (*proposal phase*), e pode ser comparado à aprovação de *landmark statutes* no Congresso Nacional, mediante articulação do Presidente, que acabe modificando substancialmente a realidade constitucional, tal como aconteceu tanto no *New Deal* como na *Civil Rights Struggle*. A terceira fase é a da “deliberação popular mobilizada” (*mobilized popular deliberation*), que é o retorno da matéria proposta pelos entes governamentais ao Povo, para confirmação ou não das fórmulas adotadas. Por fim, a quarta fase é a da “codificação jurídica” (*legal codification*), que pode ser comparada à consolidação da força do movimento através da confirmação, pela Suprema Corte, da constitucionalidade das leis aprovadas, exatamente como ocorreu no *New Deal* e na *Civil Rights Struggle*.⁴⁵⁹

Para o autor, apesar de Franklin Roosevelt (decisivo para o *New Deal*) e Martin Luther King (decisivo para a *Civil Rights Struggle*) não terem a legitimidade formal para promover emendas à Constituição, eles foram responsáveis pela fixação de textos institucionais (*landmark statutes* e *superprecedents*) que modificaram profundamente a realidade constitucional, tanto ou mais do que George Washington (na Fundação dos Estados Unidos) ou Abraham Lincoln (na Reconstrução), porque os quatro tinham o respaldo da soberania popular.⁴⁶⁰ Não tinham legitimidade formal, mas angariaram legitimidade material.

⁴⁵⁸ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 266-94.

⁴⁵⁹ A confirmação da ocorrência desse ciclo vital, em todos os seus estágios, é tarefa a ser realizada com a máxima cautela. Ackerman alerta para os riscos de se confundir o conteúdo dessas fases com o acolhimento de movimentos políticos menos relevantes. Aliás, aí reside a base da teoria do autor no seu livro “*Foundations...*”: os Estados Unidos são uma “democracia dualista” (*dualist democracy*), significando que em determinados momentos a democracia é exercida para tomadas de decisões ordinárias, realizadas pela e para a governança de plantão, que sustentem e mantenham as decisões fundamentais, e em outros momentos a democracia promove tomadas de decisões extraordinárias, que correspondem à assunção de novos compromissos políticos fundamentais do “*We the People*”. Cf. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations...* Ob. cit., pp. 04-10.

⁴⁶⁰ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.804.

Destarte, fica evidente a preocupação de Ackerman em lastrear a autoridade do cânone constitucional na soberania popular. Mas também se evidencia a sua preocupação em não se vincular exclusivamente aos textos que formalmente são chamados de constitucionais. Pode-se concluir que, para ele, norma constitucional é aquela que a soberania popular definir como constituinte de sua nação, como determinante para a definição dos grandes rumos nacionais. Sua tarefa, no entanto, inclui estabelecer uma base comum de argumentação para as questões constitucionais. Isto é, não se pode aceitar que o cânone constitucional fique aberto, sem critérios. Ele precisa ser fechado através do estabelecimento claro e amplamente aceito sobre o seu conteúdo. E o critério para a formação desse conteúdo é a soberania popular, e não o apenas procedimento formal do art. 5º da Constituição americana.

Nesse processo de ampliação do cânone constitucional baseada na soberania popular a Suprema Corte exerce um papel fundamental. E não apenas quando deixa de invalidar as novas normas com base em antigos princípios, mas quando realiza o que Ackerman chama de “*switch in time*” (“virada no tempo”), revisitando esses antigos princípios e modificando-os abstratamente a partir dos julgamentos dos casos concretos que a ela chegam. Ao invés do método dedutivo (tirar conclusões particulares a partir dos compromissos gerais abstratamente formulados nos textos constitucionais formais), a Suprema Corte atua através do método indutivo (estabelece premissas gerais que formulam abstratamente os novos compromissos constitucionais assumidos pelo Povo, a partir dos casos concretos que se colocam sob sua jurisdição).⁴⁶¹

Com efeito, poder-se-ia dizer que o artigo 5º sofrera uma mutação constitucional: deixara de ser o meio através do qual se modifica a Constituição, passando a ser *um* meio, mas não o único. Como dito, a Constituição americana sofreu uma mutação constitucional quanto à forma de mudar a Constituição.⁴⁶²

Dessa maneira, a proposta de Ackerman permite à Suprema Corte não se vincular apenas aos compromissos formais firmados no passado, mas tampouco se submeter às pressões sociais e políticas (muitas vezes efêmeras, superficiais e irrefletidas) do presente. Ela encontra um ponto de equilíbrio, que são *todos* (inclusive

⁴⁶¹ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 288-90.

⁴⁶² Sobre como essa “mutação” reequilibrou o federalismo americano, ao desconcentrar o excessivo poder dos estados e transmiti-lo, em parte, também, à União, v. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 348.

os não incluídos no cânone formal) os compromissos políticos soberanamente firmados pelo “*We the People*”.

No entanto, Ackerman pondera os riscos dessa proposta, e observa que a manutenção, pela Suprema Corte, de compromissos nacionais políticos antigos se dá com o fim de promover um diálogo entre o passado e o presente, considerando que a maioria dos compromissos políticos do tempo presente não angaria a representatividade democrática e o suporte social que os compromissos políticos do tempo passado angariaram para a formação do cânone constitucional.⁴⁶³

Por isso, a afirmação de uma mutação constitucional com base na soberania popular deve ser feita com muita parcimônia, para impedir que uma circunstância social qualquer já se candidate à condição de integrar o cânone constitucional. Afinal, “soberania popular não é uma questão de um momento isolado; ela é processo sustentado que atravessa uma série de estágios.”⁴⁶⁴

Nada obstante o referencial teórico de soberania popular aqui adotado ser o norteamericano, e não o tradicional francês (rousseauuniano), na própria França já se pode experimentar o exercício da soberania popular em moldes bastante semelhantes aos desenvolvidos nos Estados Unidos. Por exemplo, a reforma constitucional de 1960, levada a efeito pelo General Charles de Gaulle, ocorreu à margem dos mecanismos de reforma previstos na Constituição, porque realizada através de procedimento diferente daquele estabelecido pelo art. 89. A legitimidade da reforma, entretanto, atribui-se ao fato de de Gaulle ter recorrido ao povo, mediante referendo popular, que acolheu as reformas por ele idealizadas.⁴⁶⁵ O Povo, aliado a um dos representantes de maior respaldo da história francesa, promoveu uma mudança na Constituição através de outros meios que não aqueles estabelecidos pela própria Constituição.

Soberania popular, assim, é um instrumento de mutações constitucionais, pois explicita o modo como o titular do Poder Constituinte – que é o Povo-cidadão (no sentido democrático) – quer vivenciar a sua experiência constitucional. E essa manifestação pode ser dar direta ou indiretamente, através dos seus representantes institucionais.

⁴⁶³ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.805.

⁴⁶⁴ ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures... Ob. cit., p. 1.807. Versão livre. No original: “popular sovereignty is not a matter of a single moment; it is a sustained process that passes through a series of stages”.

⁴⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 203-4.

Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente. ‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania [...]. Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!⁴⁶⁶

Com isso quer-se dizer que o Estado Democrático de Direito confere ao Povo a prerrogativa de mudar os compromissos constitucionais que ele mesmo assume. E isso é feito pela própria manifestação popular desses compromissos que, historicamente, podem se mostrar compreendidos pelos representantes institucionais do Povo, e levado a efeito através da atuação dentro dos limites de competência que cada um desses representantes possui. Através de manifestações institucionais estatais dos Poderes da República, um ao lado do outro, em atuação conjunta, pode-se verificar que a soberania popular pretende modificar a Constituição. E se este for o caso, quando não houver reforma de texto, há de se reconhecer a mutação constitucional.

Sobre o tema, Anna Cândida da Cunha Ferraz aborda o que denomina “interpretação constitucional popular”, aduzindo tratar-se não apenas daquela desenvolvida diretamente pelo povo, através de referendos, plebiscitos, iniciativas populares, vetos populares, *recalls*, enfim, democracia direta, como também daquela “impulsionada pelas forças vivas da comunidade: os grupos de pressão, os partidos políticos, a opinião pública etc.”⁴⁶⁷ Nesse ponto, a proposta da autora brasileira se aproxima da de Peter Häberle, para quem “todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição”.⁴⁶⁸

Da afirmativa de que a legitimidade da Constituição decorre do respaldo que o Povo a ela der se segue que o Poder Constituinte permanece latente mesmo durante a

⁴⁶⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 37.

⁴⁶⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 169.

⁴⁶⁸ HÄBERLE, Peter. Ob. cit., p. 41.

vigência estável da Constituição, podendo ser exercido a qualquer tempo, conforme as demandas sociais surgirem. Se a legitimidade da Constituição advém do Povo, em caso de conflito deve prevalecer o segundo contra a primeira.

Todavia, para lá da consideração abstrata da legitimidade, têm de se tomar em conta as condições concretas em que o poder constituinte há-de vir a ser atualizado, as determinantes históricas de ruptura ou de transição constitucional e a efetividade que se espera vir a adquirir uma nova Constituição. É preciso atender aos riscos para a segurança jurídica advenientes da diminuição ou do esvaziamento da força normativa da Constituição. E, se se invoca o princípio democrático, cabe verificar se é o povo que, real e livremente, quer a mudança, de [que] maneira e com que meios.⁴⁶⁹

Com isso quer-se dizer que a supremacia do povo em face da Constituição não é absoluta; em vez de força material, ela tem força instrumental em relação a outros valores sociais e interesses políticos, religiosos, culturais, econômicos e, também, jurídicos (ou ético-jurídicos), como os direitos fundamentais das pessoas que integram esse Povo. Nesse sentido, os direitos fundamentais funcionariam como um trunfo contramajoritário (*rights as trumps*).⁴⁷⁰

Na concepção, de Ronald Dworkin, há diferença entre democracia e “democracia constitucional”, pois nesta última não se admite apenas o governo da maioria. Nessa concepção, a democracia deve produzir decisões que tratem todos os membros com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*),⁴⁷¹ mesmo aqueles que compuserem o grupo vencido nas deliberações democráticas. “[N]ão faria sentido que decisões a respeito dos direitos contra a maioria fiquem ao jugo da maioria. [sic] [...] O indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral.”⁴⁷²

⁴⁶⁹ MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 80/245, out.-dez./1986, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 456.

⁴⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁷¹ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990.

⁴⁷² MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 48-9.

Sob esse aspecto, “nada é menos exato do que afirmar que, em democracia, a maioria é onipotente.”⁴⁷³ Ao contrário,

um regime que reconhece ao cidadão, a todo o [sic] cidadão, a capacidade de criar o direito e que pretende que quem governa considere o súdito como um potencial governante, [...] não afirma só o princípio da igual dignidade de qualquer cidadão mas também o princípio da soberana dignidade de todos os cidadãos.⁴⁷⁴

Segundo Dworkin,⁴⁷⁵ “há uma precondição moral para que a regra da maioria possa operar plenamente. Não preenchido esse requisito, a regra da maioria não é suficiente para receber a titulação democrática.”⁴⁷⁶

Por tudo isso, a soberania popular só é absoluta se considerada limitada, na concepção de democracia constitucional, ao interesse de *todo* o Povo, e não apenas da maioria. No regime em que a Constituição tem como principal razão de ser a garantia dos direitos fundamentais, a soberania popular não pode operar apenas pelo princípio majoritário. Nesse sentido pode-se dizer que a Constituição, como portadora dos direitos fundamentais, limita a soberania popular, por mais paradoxal que possa parecer essa afirmativa. Ou, dito de outro modo, “fora da Constituição e do direito, não há soberania, mas arbítrio popular.”⁴⁷⁷

A soberania popular, além disso, corresponde, ao mesmo tempo, ao lastro democrático da alteração da Constituição e ao instrumento de verificação da ocorrência dessa efetiva alteração no seio da sociedade. Nesse sentido, “[p]ara que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social

⁴⁷³ MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 80/245, out.-dez./1986, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 457.

⁴⁷⁴ ESPOSITO, Carlo. *La costituzione italiana – saggi*. Pádua, 1954, pp. 9 e 11, *apud* MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 456.

⁴⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law – the moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 01-39.

⁴⁷⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 43.

⁴⁷⁷ ESPOSITO, Carlo. *Participação e descentralização*. 2. ed., Coimbra, 1982, p. 73, *apud* MIRANDA, Jorge. Ob. cit., 457.

efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela *soberania popular*.⁴⁷⁸

Por fim, não é demais repetir que toda mutação constitucional deve ter origem e respaldo na soberania popular. Seja diretamente pela manifestação do Povo, seja através de interpretação constitucional institucionalizada, ou através de efetiva prática constitucional dos órgãos constituídos, a mutação constitucional só é admitida se observar a voz da soberania popular. Assim, soberania popular é o instrumento através do qual os outros instrumentos (interpretação, usos e costumes constitucionais) promovem mutações constitucionais.

4.2 Interpretação

Como qualquer norma jurídica, as normas constitucionais não se aplicam por si mesmas. Elas necessitam da intervenção de um aplicador. E a aplicação das normas sempre pressupõe a sua interpretação, na medida em que a aplicação será sempre e somente segundo a compreensão do aplicador. A interpretação sob essa perspectiva, portanto, não é apenas a compreensão do conteúdo estático do texto da norma, mas é o método de aplicação de normas à realidade que elas pretendem regular. E a sua variabilidade é tão grande quanto mais numerosos e distintos forem os seus intérpretes, quanto mais amplo o seu espectro de incidência (textura aberta) e quanto maior a sua vigência no tempo e no espaço. No caso das normas constitucionais, que pretendem regular indefinidamente simplesmente a totalidade das relações fundamentais do Estado, a variabilidade da sua interpretação só pode ser enorme.

Além do mais, “o Estado, assim como as outras formações sociais, só pode ser interpretado segundo a ciência do real; em compensação, para a formação de sentido, e especialmente para o Direito, aquêles modos de interpretação [– os modos sociológicos, que levam em consideração a realidade,] constituem algo cientificamente necessário.”⁴⁷⁹ E mais ainda a interpretação dos dispositivos constitucionais, que exigem particular sensibilidade do intérprete para observar e compreender “as condições sociais,

⁴⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 213. Grifou-se.

⁴⁷⁹ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, pp. 70-71.

econômicas e políticas existentes no momento em que se pretender chegar ao sentido dos preceitos jurídicos.”⁴⁸⁰

Essa é uma visão de interpretação constitucional sob a perspectiva dinâmica do processo de integração nacional, preconizado por Smend, que o denomina “método científico-espiritual”.⁴⁸¹ Segundo essa visão,

o intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à “concretude” da existência compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual,⁴⁸² enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração.⁴⁸³ [...] [C]ada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional, [...] permitindo extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, as circunstâncias. [...] Graças pois a esse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas.⁴⁸⁴

Destarte, a interpretação das normas constitucionais possui características específicas que acompanham justamente as características das próprias normas interpretadas, de maior durabilidade no tempo, maior generalidade de suas premissas, maior rigidez procedimental para seu estabelecimento e revisão, hierarquia superior, maior espectro de incidência, maior variabilidade da realidade fática sobre a qual incidem, etc. Por isso interpretação constitucional pressupõe a introspecção da realidade regulada, a fim de que as normas interpretadas possuam efetiva eficácia social,

⁴⁸⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 974.

⁴⁸¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 477-80. STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 284-6.

⁴⁸² A opção pela referência específica do termo “espírito” (*Geist*), derivando-o da noção de “ciências do espírito” (*Geistwissenschaften* = “ciências humanas”), tem um significado bastante específico. Rudolf Smend, sabidamente inspirado em Theodor Litt, entenderia que o espírito é concebido, filosófico-conceitualmente, como uma realidade vivente, viva, como uma totalidade complexa que se opõe ao estático, imutável, simples. O espírito não somente é o ser humano, mas é uma ideia dinâmica de sua constante interação com o mundo que o cerca. Mundo e pessoa fazem-se e constroem-se na medida em que interagem e integram-se, através de um processo histórico e evolutivo, de influência mútua e dialética. Cf. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, p. 119.

⁴⁸³ SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*, p. 239, apud BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 479.

⁴⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., pp. 479-80.

ajustando o equilíbrio entre as necessidades de estabilidade e de dinamicidade da vida constitucional.⁴⁸⁵ Sendo assim, a mutabilidade dessa realidade regulada pela norma constitucional promove a mudança do resultado da interpretação da norma. E nesse sentido, a interpretação constitucional é instrumento de mutações constitucionais. É que “[s]i existe un indeclinable deber de actualización, ha de concederse que el único modo de cumplirlo es ponderar las circunstancias de hoy – distintas de las de ayer – y adaptar a ellas las soluciones regulares.”⁴⁸⁶ Por outras palavras, “[n]ão resta dúvida que interpretar a Constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualizá-la.”⁴⁸⁷

Pode-se, ainda, dizer que a simples troca do sujeito competente para aplicação de determinada norma constitucional já pode ser suficiente para a ocorrência de uma mutação, na medida em que “ninguna interpretación está libre de los puntos de vista del intérprete vinculado a valores y al momento histórico y ninguna norma puede ser separada de la realidad en la que está colocada.”⁴⁸⁸

Contudo, não obstante já se considerar aceitável a carga de subjetividade da interpretação⁴⁸⁹ que se dá às normas constitucionais e jurídicas de um modo geral, tem-se que

la mutación de significado de un precepto sólo puede darse en el marco del sentido y finalidad de una norma: ambos son susceptibles de concreción, pero no discrecionalmente interpretables. Tomar en consideración una mutación constitucional que pasa encima de ellos supone abandonar los límites de una interpretación segura y le está vedada al aplicador de la norma. Si lo traspasa, se convierte en político del derecho.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1.004-5.

⁴⁸⁶ OYHANARTE, Julio. Ob. cit., p. 1.009.

⁴⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 483.

⁴⁸⁸ STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 336.

⁴⁸⁹ Sobre os métodos subjetivistas de interpretação constitucional, que levam ao extremo a subjetividade da interpretação, deixando de “aceitar” a subjetividade para “dar-se por vencido” por ela, e também sobre os métodos objetivistas, que rivalizam no polo oposto, inadmitindo-a, cf. BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., pp. 452-6.

⁴⁹⁰ STERN, Klaus. Ob. cit., p. 337. V., também, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 973. Parece especialmente aplicável, aqui, a

Dau-Lin relembra que Jellinek já havia abordado o tema da mutação constitucional por interpretação,⁴⁹¹ e o seu lamento, nesse ponto, merece ser transcrito:

Desgraciadamente, falta una formulación más precisa del concepto: cuando [Jellinek] habla de “mutación de la Constitución mediante su interpretación por los Parlamentos, la administración y la legislación” (págs. 8, 14, 15)⁴⁹² entonces se refiere, en el fondo, a la práctica constitucional en general. Cuando una prescripción del reglamento parlamentario “infringe un precepto constitucional explícito” – sesiones secretas del antiguo *Reichstag* (pág. 12)⁴⁹³ – ya no se puede hablar de “interpretación”.⁴⁹⁴

Com essa citação Dau-Lin destaca o cuidado que se deve ter ao anunciar a ocorrência de uma mutação constitucional pela interpretação de seu texto. Vale dizer, a atuação de maneira a afrontar diretamente um texto explícito da Constituição, desconsiderando-o de todo, e desbordando dos limites semânticos que o texto interpretado pode oferecer, não pode ser considerada mutação constitucional por interpretação.⁴⁹⁵ Pode, no máximo, ser considerada mutação constitucional por prática estatal contrária ao texto normativo.

No âmbito da interpretação constitucional, como no da hermenêutica jurídica em geral, a fixação de parâmetros mais ou menos objetivos para controlar e racionalizar a interpretação encontra amparo na necessária segurança jurídica que a coletividade reclama, a qual estaria de todo comprometida se os aplicadores do Direito, em razão de uma suposta abertura semântica de determinado enunciado normativo, pudessem atribuir-lhes qualquer significado.⁴⁹⁶

teoria da interpretação de Hans Kelsen, segundo a qual as normas funcionam como molduras dentro das quais o intérprete construirá uma dentre várias interpretações possíveis. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁴⁹¹ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16.

⁴⁹² As páginas indicadas por Dau-Lin são as da edição original alemã, de 1906. Na edição citada neste trabalho, o capítulo sobre a mutação constitucional pela interpretação parlamentar, administrativa e jurisdicional está nas páginas 15 a 27.

⁴⁹³ Na edição citada neste trabalho, a página é a 18.

⁴⁹⁴ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 45.

⁴⁹⁵ Sobre isso, cf. capítulo 5.1, abaixo, em que se tratará do texto da Constituição como limite da mutação constitucional.

⁴⁹⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111.

É por isso que Konrad Hesse destaca a importância de o órgão que realiza a interpretação constitucional manter-se dentro dos limites de competência estabelecidos pelo texto da Constituição, no conhecido princípio da correção funcional:

Se a Constituição regula, de certa maneira, a competência dos agentes das funções estatais, o órgão de interpretação deve manter-se no marco das funções que lhe são atribuídas; esse órgão não deverá modificar a distribuição de funções pela forma e resultado dessa interpretação.⁴⁹⁷

Anna Cândida da Cunha Ferraz desenvolve sua obra principalmente em cima dos modos como podem ocorrer mutações constitucionais. Dentre esses modos, um dos principais para ela, ao lado dos costumes, é a interpretação. E para a autora, “interpretar consiste em atribuir significado às coisas, sinais, fatos ou acontecimentos; quer dizer desentranhar o sentido de uma expressão”.⁴⁹⁸

Interpretar a Constituição é, pois, no pensamento de Anna Cândida, atribuir significado às suas normas.⁴⁹⁹ Mas nem mesmo essa compreensão “estática” de interpretação escapa à instrumentalização de mutações constitucionais, pois para a autora brasileira, a interpretação é necessária na medida em que a Constituição, quando nasce, incorpora o momento de seu nascimento. Vale dizer, a Constituição é estabelecida segundo o que a sociedade e a ordem constitucional experimentam no

⁴⁹⁷ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115.

⁴⁹⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 19.

⁴⁹⁹ Importante observar que, não obstante o conceito de interpretação da autora aparentemente vincular-se mais fortemente à ideia de interpretação como “descoberta” de um significado já preexistente na expressão interpretada, podendo-se dar em abstrato – concepção esta mais comum entre autores mais antigos –, ela não ignora o conceito mais moderno de interpretação, muito desenvolvido especialmente após a chamada “virada linguística” (*linguistic turn*), pelo qual a interpretação é vista como “construção” de um significado ainda não inserido por completo na expressão interpretada, a qual é apenas o ponto de partida do intérprete, e que é trabalhado conjuntamente com outros elementos objetivos (tempo, história, fatos...) e subjetivos (relacionados ao intérprete e suas experiências), sendo somente possível em concreto. Isso se percebe tanto a partir já de seu conceito, segundo o qual a interpretação exerce, também, função atualizadora das normas constitucionais (incorporando, ao menos, os elementos subjetivos já referidos), quanto quando a autora o desenvolve e aborda, mais adiante, o tema da *judicial construction* dos norte-americanos. Ao fazê-lo, Anna Cândida transparece sua simpatia com o paradigma interpretativo de “construção” do significado: “O caráter sintético e genérico das normas constitucionais exige do intérprete, mais do que apenas *descobrir* ou *revelar* o sentido da norma; exige que ele a adapte, ao aplicá-la, à multiplicidade, à complexidade dos casos concretos e da situação histórica presente.” (Ob cit., p. 48. Grifos no original.). Sobre a interpretação como construção de significado cf., sobre todos, GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004.

instante em que promulgada, não lhe sendo possível antecipar-se à realidade que virá regular posteriormente. Por isso faz-se necessária a interpretação, para Anna Cândida, mais ainda no caso constitucional do que em outros ramos do Direito, e também por isto: a uma, porque, devido ao seu amplo objeto, as normas constitucionais tendem a ser mais genéricas e abstratas do que as demais, demandando, assim, maior trabalho do intérprete; a duas, por causa da tendência longeva das normas constitucionais, isto é, são destinadas a perdurar mais longamente no tempo, tanto devido à necessidade de estabilização política da comunidade que constitui como devido a sua maior rigidez; a três, por causa do caráter sintético das constituições, que pretendem regular (ou, ao menos, lançar os fundamentos para) a totalidade da vida estatal, que é objeto proporcionalmente muito mais extenso do que poderiam abranger os poucos artigos que a compõem, o que a deixa muito mais propensa, ademais, a lacunas e incompletudes; e, a quatro, por causa do elemento político, que não se estratifica, mantendo-se sempre dinâmico, mais presente na norma constitucional do que em outras espécies de normas jurídicas, pelo que “a norma constitucional interpretada conforme o elemento político nela enraizado pode ganhar conteúdo novo”,⁵⁰⁰ favorecendo a ocorrência de mutações constitucionais.

Logo, sendo a Constituição um compromisso assumido entre as concepções políticas que estão na base da sua elaboração, e considerando que tais concepções vão se impondo, com o passar do tempo, umas sobre as outras, a interpretação constitucional acaba por sofrer as influências dessa oscilação.⁵⁰¹ A identificação da corrente política dominante no momento da operação de interpretação é relevante para o seu resultado. Consequentemente, as modificações de sentido das normas constitucionais, acompanhando tal oscilação, por via da interpretação, possibilita a ocorrência de mutações constitucionais.

Nesse ponto a teoria da autora brasileira também inclui o conceito de necessidade política. É que um dos métodos de interpretação que Anna Cândida analisa à luz das mutações constitucionais é o que ela denomina “método evolutivo”. Ao analisá-lo, a autora retoma o fato de que as mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não se faziam sentir ao tempo da promulgação da Constituição podem

⁵⁰⁰ Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 28.

⁵⁰¹ Sobre a “natureza política” das normas constitucionais, bem como sobre a relevância da observação dessa natureza no processo interpretativo, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 459-64.

emprestar novos significados aos textos normativos já consolidados no momento da aplicação. “Consente-se, por intermédio dessa interpretação, que o intérprete, a fim de adaptar o conteúdo do texto normativo a exigências práticas surgidas depois da emanção da própria norma, tenha uma atuação mais livre.”⁵⁰² Tal método de interpretação é indispensável para manter a norma constitucional viva e adaptada às necessidades do povo e do governo. Em suma, o método evolutivo preconiza que as normas constitucionais devem ser interpretadas tendo-se em conta não apenas as condições e necessidades existentes no momento de sua elaboração, mas também as que existem quando da sua efetiva aplicação.⁵⁰³

Sem esquecer-se da conhecida ideia de Peter Häberle segundo a qual toda a sociedade, e cada um dos grupos e indivíduos que a conformam, regidos por uma Constituição, a interpretam ao atuari-la,⁵⁰⁴ na específica proposta de Anna Cândida, a interpretação constitucional que provoca mutação constitucional decorre tanto da atuação dos poderes constituídos (“interpretação constitucional orgânica”),⁵⁰⁵ quanto das análises teóricas da doutrina constitucionalista (“interpretação não orgânica”), esta última operando apenas indiretamente, ao sugerir e fomentar a modificação da interpretação dos poderes constituídos.⁵⁰⁶ Haverá mutação constitucional por via interpretativa quando atribuir-se novo significado, através da interpretação constitucional, às normas constitucionais, sem que haja alteração do texto da Constituição.⁵⁰⁷

⁵⁰² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 45.

⁵⁰³ Aqui há grande semelhança com o método da “*loose construction*”, desenvolvido pelos norte-americanos a partir da teoria dos poderes implícitos. Cf. pp. 149-50 e 167-8, abaixo.

⁵⁰⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997. Essa ideia está na base da soberania popular como instrumento da mutação constitucional, tratada acima, no capítulo 4.1.

⁵⁰⁵ Dentro dessa interpretação orgânica, pode-se classificar os Três Poderes em duas categorias: a de intérpretes políticos (os que exercem função legislativa e função administrativo-executiva) e a de intérpretes judiciais (os que exercem função judicial). Cf. OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Derecho Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.003.

⁵⁰⁶ Assim como Anna Cândida, José Alfredo de Oliveira Baracho, com base em Savigny, reflete sobre a interpretação doutrinária da Constituição. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 999.

⁵⁰⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., pp. 53-7.

Quanto aos riscos que a mutação constitucional pela interpretação produz, Anna Cândida recorre a Paulo Bonavides para observar que a “quebra e a decomposição da juridicidade da Constituição, decorrentes desses fatores [de risco], levam, por essa via, ‘a uma legitimidade fácil e desimpedida do poder’ e à ‘perda da função estabilizadora da Constituição’, quando não à sua destruição como lei.”⁵⁰⁸ Contudo, a autora acredita que tais riscos não devem impedir a realização das mutações constitucionais, porque eles “devem ser ponderados e absorvidos pelos mecanismos de controle de constitucionalidade.”⁵⁰⁹ Aí se destaca a contribuição do presente estudo, cuja utilidade consiste em verificar, no último capítulo, como tem sido a atuação do principal órgão de controle de constitucionalidade no Brasil – o Supremo Tribunal Federal – ao fiscalizar a ocorrência de mutações constitucionais.

Hsü Dau-Lin também considera que a interpretação pode promover mutações constitucionais, ao produzir incongruências entre a norma e a realidade.⁵¹⁰ Através dela, o que se infere da norma constitucional, em um dado momento, pode já não ser o mesmo, em um momento posterior. Para o autor, uma das maiores provas de que mutações constitucionais podem ocorrer por via de interpretação é a que se verifica na experiência constitucional estadunidense.⁵¹¹ O só fato de o texto da Constituição norte-americana contar com mais de dois séculos tendo sofrido apenas algumas poucas dezenas de emendas indica que a mutação constitucional por força de interpretação é instituto central naquele ordenamento constitucional. Não seria possível manter inalterado um texto constitucional de duzentos anos, tendo havido tamanhas modificações sociais, sem que o significado desse texto houvesse sido atualizado no decorrer do tempo.

⁵⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 326, *apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 62.

⁵⁰⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 63.

⁵¹⁰ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 45-7.

⁵¹¹ José Alfredo Baracho observa a imponência das personalidades que ocuparam cadeiras na Suprema Corte dos Estados Unidos da América como contributivo para o grande desenvolvimento da interpretação constitucional naquele país. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, *in*: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 988-89. A quase unanimidade dos autores consultados para esta pesquisa, quando se referem à imensa longevidade da Constituição dos Estados Unidos da América atribuem esse fato à fertilidade dos estudos sobre interpretação constitucional realizados pelos juristas daquele país.

Por isso Dau-Lin analisa a produtiva técnica de interpretação consagrada nos Estados Unidos, fruto da conhecida teoria dos *implied powers* – a qual, só por si, já pode ser considerada uma mutação constitucional ou, melhor, uma justificativa teórica para que mutações constitucionais ocorram.⁵¹² Como exemplo de mutação constitucional realizada através da interpretação, mediante uso da técnica dos poderes implícitos, Dau-Lin relata que, por via da interpretação do art. I, seção 8ª, da Constituição, que confere ao Congresso Nacional a competência para declarar guerra, foi considerada implícita a competência de emitir dinheiro – por ser considerado indispensável ao sustento da guerra. Mesmo cessada a Guerra da Secessão, quando, então, o Congresso fez uso da prerrogativa de emitir bilhetes de curso forçado (“*greenbacks*”), entendeu-se mantida essa competência, o que ensejaria, no entender do autor, uma mutação constitucional por força de interpretação, pela incongruência entre o texto e a realidade constitucionais.

Com efeito, Hsü Dau-Lin atribui a circunstância da durabilidade do texto constitucional norteamericano ao desenvolvimento da interpretação das normas constitucionais alcançado por aquele povo.⁵¹³ Já James Bryce⁵¹⁴ aponta três caminhos para o aperfeiçoamento das normas constitucionais americanas, ante a vigência tão longeva daquela Constituição: “*amendments*”,⁵¹⁵ “*interpretation*” e “*usages*”.⁵¹⁶

⁵¹² A teoria dos *implied powers* é tanto aplicável na interpretação legislativa como na judicial, como abaixo se verá. Por ora, observe-se que também no Brasil há fonte doutrinária demonstrando reflexão sobre o tema: “quando a Constituição confere um poder em termos gerais, prescreve um dever, outorga, implicitamente, todos os poderes particulares necessários ao exercício deste poder e ao cumprimento dessa obrigação.” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 979, referindo-se, por sua vez, a reflexões de Carlos Maximiliano. Sobre essa doutrina dos poderes implícitos, e a crítica feita a ela, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 472-5.

⁵¹³ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 89.

⁵¹⁴ BRYCE, James. *American Commonwealth*. (New edition) New York: 1926, v. I, p. 393, *apud* DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 138. Na edição consultada na presente pesquisa – BRYCE, James. *A comunidade americana*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1959 – a citação feita por Dau-Lin, ou mesmo a referência ao tema, não pode ser encontrada. Cf. notas de rodapé nº 172 e 248, acima.

⁵¹⁵ Seriam as emendas formais, que não são objeto da presente pesquisa, mas cuja dificuldade de se executar contribui para a mutabilidade informal da Constituição americana, conforme se verificou a partir da abordagem de Bruce Ackerman desenvolvida no capítulo 4.1, acima, em que se analisou a soberania popular como instrumento das mutações constitucionais.

⁵¹⁶ Os “*usages*” podem ser relacionados com as chamadas “regras convencionais” (*Konventionalregeln*), utilizadas por Jellinek para embasar mutações constitucionais e refutadas para tal fim por Dau-Lin. Cf. capítulo 4.3, abaixo, em que se tratará dos usos e costumes constitucionais como instrumento de mutações constitucionais.

Assim, tem-se que a interpretação constitucional é instrumento importante para a realização de mutações constitucionais. Todavia, as mutações ocorridas através de interpretação possuem características próprias conforme o sujeito que realize essa interpretação. Como visto, há quem sustente que a interpretação constitucional pode ser feita tanto no exercício de função legislativa, como no de função jurisdicional e administrativa. Afinal, “a função de interpretar a Constituição é comum a todos os poderes do Estado, em sua respectiva órbita.”⁵¹⁷ Portanto, convém analisar mais detidamente cada uma dessas espécies de interpretação constitucional e como elas podem instrumentalizar a ocorrência de mutações constitucionais.

4.2.1 Interpretação legislativa

A atuação do legislador infraconstitucional como intérprete da Constituição não é livre de questionamentos. Muito embora o espaço de configuração da ordem jurídica constitucional seja consideravelmente grande, poder-se-ia dizer que o espaço deixado ao legislador infraconstitucional é tão-somente *infraconstitucional*.

O alerta pode parecer redundante, mas não é. O tema suscita indagações.

Na medida em que o legislador utiliza a competência constitucional de editar leis, ele pode preencher espaço “apenas” infraconstitucional, sendo, portanto, atuação alheia à dogmática constitucional – e conseqüentemente ao problema da mutação constitucional. Sob esse aspecto, ter-se-ia que uma mudança de rumos dada pelo legislador infraconstitucional não chega a caracterizar uma mutação constitucional mas, na melhor das hipóteses, uma “mutação infraconstitucional”, ou simplesmente uma mudança da ordem jurídica no âmbito da legalidade.

No entanto, o espaço que o constituinte outorga ao legislador infraconstitucional pode ser entendido como um espaço de direito constitucional deixado em aberto. Isto é, a concretização de normas genéricas constitucionais, através de normas (apenas) menos genéricas infraconstitucionais não transforma a natureza da matéria regulada. Ela pode, em alguma medida, ser considerada *matéria* constitucional. Alguém se oporia dizendo

⁵¹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 979.

que, sob esse aspecto, toda legislação infraconstitucional veicula matéria constitucional. Talvez sim. Justamente por isso esse assunto é tão controverso.

Talvez a visão ultradogmática de Kelsen ajude a esclarecer o tema.

Na Teoria Escalonada do Direito, as normas jurídicas organizam-se de maneira a hierarquizarem-se, em uma pirâmide invertida (a base, mais larga, fica no topo, dada a amplitude e generalidade da norma mais superior em relação à norma mais inferior) partindo da norma fundamental hipotética, passando pela Constituição do Estado, a seguir pelas leis de conteúdo geral e abstrato, após os decretos e regulamentos (se for o caso), e por fim as sentenças e atos jurídicos individuais e concretos (atos administrativos e negócios jurídicos), para então haver os atos de execução material. Nessa perspectiva, a norma de hierarquia inferior é, em relação à superior, aplicação do direito. Na perspectiva inversa, a norma de hierarquia superior é, em relação à inferior, criação do direito. Por exemplo, a lei é aplicação da Constituição e, ao mesmo tempo, criação em relação ao decreto e o regulamento.⁵¹⁸

Com efeito, a legislação é, em grande medida, criação, porque o conteúdo das normas que são aplicadas no processo legislativo (as normas constitucionais) é consideravelmente amplo; em comparação, a jurisdição é, em maior medida do que a legislação, aplicação do direito, porque o conteúdo das normas que são aplicadas no processo jurisdicional (as normas infraconstitucionais) é consideravelmente mais restrito do que as normas aplicadas pelo legislador, sendo menor o âmbito de liberdade do julgador do que o do legislador.

A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.

⁵¹⁸ “O direito regula sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito. [...] Como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito. Com relação ao decreto e a outros atos subordinados à lei, ela é, ao contrário, criação do direito; o decreto é, também, aplicação do direito com respeito à lei e criação do direito com respeito à sentença e ao ato administrativo que o aplicam. Estes, por sua vez, são aplicação do direito se olharmos para cima, e criação do direito, se olharmos para baixo, isto é, no que concerne aos atos pelos quais são executados. O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não pára de se concretizar. Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais.” KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 125-6.

Cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior.⁵¹⁹

Destarte, toda norma jurídica (seja constitucional, legal, regulamentar, jurisdicional, etc.) é, sempre e ao mesmo tempo, criação e aplicação do direito. Mas sempre uma coisa em maior medida do que outra – isto é, ora a norma terá maior conteúdo criativo, ora terá maior conteúdo aplicativo.⁵²⁰ Não há diferença qualitativa. O que há é diferença quantitativa: ora a produção da norma será em maior medida criativa, ora será em maior grau aplicativo.⁵²¹

Analisando o fenômeno sob outro viés – distinguindo o juiz ordinário do juiz constitucional na relação entre Judiciário e Legislativo –, Peter Häberle diz o mesmo, invertendo os termos. Para ele, a interpretação constitucional realizada pelo legislador, no seio do processo político, é qualitativamente diferente da realizada pelo juiz constitucional, mas quantitativamente igual:

O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este

⁵¹⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126.

⁵²⁰ Uma proposta derivada dessa vem sendo desenvolvida pouco mais recentemente por Friedrich Müller: não apenas o caminho que vai da norma ao caso concreto é criação/aplicação do Direito, mas também o caminho que vai do texto à norma. Isto é, um procedimento anterior ao da solução do problema concreto é a solução do problema abstrato. Além da perspectiva tradicional, que somente enxerga a diferença entre a norma abstrata e o caso concreto e, entre esses dois elementos, desenvolve a ideia de criação/aplicação do Direito, uma proposta mais recente enxerga a “diferença entre a idéia significada do direito, a norma, e sua expressão simbólica significante, o texto”, considerando-os fatores distintos no processo de conhecimento jurídico. E sob outra perspectiva, a formulação da norma abstrata a partir do texto demanda não apenas outras compreensões subjetivas, relacionados ao intérprete, e não ao texto em si, mas também objetivas, relacionadas aos dados da realidade sobre o qual aquele texto pretende incidir. “Quer dizer, não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata, ou seja, a “norma” geral não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção. Note-se a distância em relação à antiga discussão sobre se o juiz ‘cria’ ou apenas ‘aplica’ o direito.” ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, pp. 85 e 91.

⁵²¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993, p. 21: “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais.” Grifos no original. E GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 392: “Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo. [...] Basta dizer que, *quando se logra compreender*, compreende-se de um modo diferente.” Grifos no original.

espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. Isso não significa, porém, que de uma perspectiva quantitativa, exista diferença fundamental entre as duas situações. O processo político não é um processo liberto da Constituição. [...] Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (*Öffentlichkeit*) da Constituição.⁵²²

De todo modo, ambos, Kelsen e Häberle, têm que a atuação do legislador infraconstitucional é, em relação à Constituição, aplicação do direito constitucional. E sob essa perspectiva pode-se dizer que a atuação do legislador infraconstitucional constitui interpretação constitucional. Através dessa atuação a Constituição se concretiza – ainda que continue sendo genérica, dado o conteúdo geral das leis. E nesse sentido a interpretação legislativa que modifique um conteúdo constitucional preenchido por norma infraconstitucional promove uma mutação constitucional.

Ao expedir disposições ordinárias, o legislador deve interpretar o alcance das normas constitucionais, pois toda norma secundária deve estar em conformidade com o texto e os princípios fundamentais da lei suprema. De acordo com este entendimento, as leis constituem aplicação das disposições constitucionais de criação jurídica, pelo que os órgãos legislativos devem interpretar estas últimas, para determinar seu alcance, ajustando-se a seu texto e ao seu espírito.⁵²³

Ao atuar dentro do espaço de configuração jurídica deixado pela norma constitucional, o legislador infraconstitucional completa o sentido daquela norma. E fazendo isso, interpreta a Constituição. “A Constituição deve ser interpretada, quando se trata de aplicá-la com a finalidade de sancionar leis ordinárias, leis de execução ou outras normas jurídicas.”⁵²⁴

Assim, por exemplo, quando a Constituição atribui ao legislador a tarefa de regulamentar o exercício de trabalho ou profissão, autorizando a exigência de alguma

⁵²² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, pp. 26-7.

⁵²³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 980.

⁵²⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., p. 975.

qualificação específica,⁵²⁵ ou quando ela constitui como objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais,⁵²⁶ ou ainda quando ela estabelece a competência privativa do Ministério Público para propor a ação penal pública “na forma da lei”,⁵²⁷ para usar três singelos exemplos de diferentes espécies de normas constitucionais (direito fundamental, decisão político-programática e organização estatal), quando a Constituição faz isso, ela outorga ao legislador infraconstitucional a atribuição de tratar de matéria precipuamente constitucional,⁵²⁸ aplicando a Constituição e, portanto, interpretando-a. E nesse sentido, quando a legislação infraconstitucional passa a exigir determinado requisito para o exercício de uma profissão anteriormente não exigido, ou quando ela promove ações afirmativas antes não promovidas, ou, ainda, quando ela modifica o modo de procedimentalização da ação penal pública, pode-se dizer, sob esse ponto de vista, que ela promove, por interpretação legislativa, uma mutação constitucional, na medida em que o conteúdo da Constituição muda sem mudar o seu texto.

Mais uma vez, poder-se-ia objetar que, sob essa perspectiva, qualquer alteração legislativa produziria uma mutação constitucional. E mais uma vez reconhece-se que essa crítica traz suas razões. Contudo, tem-se que é apenas sob essa perspectiva que a legislação infraconstitucional interpreta a Constituição e instrumentaliza, eventualmente, mutações constitucionais.⁵²⁹

⁵²⁵ Cf. art. 5º, XIII, da Constituição da República.

⁵²⁶ Cf. art. 3º, III, da Constituição da República.

⁵²⁷ Cf. art. 129, I, da Constituição da República.

⁵²⁸ Não se vai adentrar, aqui, no tormentoso problema da diferenciação entre normas “materialmente constitucionais” e normas “apenas formalmente constitucionais”, exposto, entre outros, em CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 1.129-53, *passim* e, entre nós, em BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 170-95, ou no ainda mais tormentoso problema da classificação entre “constituição” e “leis constitucionais”, dentro do mesmo corpo normativo escrito, na proposta de SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Série Colección Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Publico, v. VIII. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s. d. Para fins do presente estudo, o que se quer dizer com “conteúdo constitucional” não é um conteúdo geral e universal que todas as constituições deveriam abordar, mas o conteúdo constitucional específico escolhido pela específica Constituição em análise para ser abordado.

⁵²⁹ Objeção relevante é a que Canotilho faz a uma concepção de interpretação da Constituição de acordo com as leis (o que seria um equivalente oposto à “interpretação [das leis] conforme a Constituição”): “Esta leitura da constituição de baixo para cima, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir à *decorrada* interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma constituição *legal* paralela, pretensamente mais próxima dos momentos ‘metajurídicos’ (sociológicos e políticos). Reconhece-se, porém, que entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase

Obviamente, a escolha dentre as várias possibilidades de interpretação que a Constituição permite (restringir ou não restringir o exercício de determinada profissão?, em que medida?, promover ou não promover ações afirmativas?, e quais?, e como?, assinalar prazo para ajuizamento da ação penal pública?, competência territorial?, funcional?, etc.) somente pode se dar dentro do âmbito de discricionariedade limitado pela norma constitucional. Em outras palavras, “*la elección entre una o otra de las posibilidades que ofrecen las normas constitucionales, ‘está reservada a la discreción del Congreso’*”⁵³⁰, mas “[a] interpretação legislativa das normas constitucionais, nem sempre é definitiva, pois normalmente permite-se a revisão judicial da constitucionalidade.”⁵³¹

Porém, se a partir da perspectiva jurídico-constitucional a interpretação judicial prevalece, a interpretação legislativa pode ser considerada superior sob a perspectiva da legitimidade político-democrática, em alguma medida, pois “[p]or meio da participação discursiva no processo legislativo democrático, os *destinatários* das normas jurídicas são os *autores* dessas normas.”⁵³²

imperceptíveis, sobretudo quando se tiver em conta o primado do legislador para a evolução constitucional (B. O. Bryde: *Verfassungsentwicklungsprimat*) e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional.” CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.230. Grifos no original. E, mais adiante (p. 1.234): “A interpretação da constituição conforme as leis tem merecido sérias reticências à doutrina. Começa por partir da ideia de uma constituição entendida não só como espaço normativo aberto mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo subtilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da constituição ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma *interpretação inconstitucional*, quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. Teríamos, assim, a *legalidade da constituição* a sobrepor-se à *constitucionalidade da lei*.” Para evitar isso, o sistema se socorre da jurisdição constitucional, isto é, do controle judiciário de constitucionalidade das leis, que é realizado – por óbvio – por órgão distinto daquele que realiza a interpretação constitucional legislativa e – como observa Klaus Stern – fá-lo com superioridade (por dizer a “palavra final” sobre a interpretação constitucional). Assim, é nesse sentido que se fala, nesta pesquisa, em interpretação constitucional legislativa: dentro dos parâmetros admissíveis pela própria Constituição, a alteração da configuração material pela atuação do legislador desses mesmos espaços

⁵³⁰ OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1.010.

⁵³¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 980.

⁵³² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 189. Grifos no original.

Repita-se: a promulgação de leis e atos normativos realiza interpretação constitucional na medida em que “dá continuidade” ao trabalho iniciado pelo legislador constituinte. Percebe-se a atuação legislativa como interpretação constitucional quando se percebe o fenômeno jurídico como uma cadeia de atos concatenados entre si, e não dissociados por categorias teóricas. Com isso pretende-se ressaltar, também, que a interpretação constitucional feita pelo legislador não se reveste das mesmas prerrogativas que revestem as próprias normas constitucionais interpretadas, por óbvio. Significa dizer, as leis e atos normativos que interpretam a Constituição não possuem caráter formalmente constitucional e, logicamente, não possuem a mesma hierarquia, a mesma eficácia, a mesma rigidez, etc.

Enfim, por tudo isso “é de grande importância o desenvolvimento do regime constitucional levado a efeito pelas leis orgânicas que lhe completam o sentido.”⁵³³

Sobre a interpretação constitucional legislativa, primeira espécie da classificação estudada por Anna Cândida, a autora observa que a Constituição não esgota, pela extensão e natureza da matéria que aborda, o conteúdo veiculado em suas normas. “Não podendo, regular, em minúcias e pormenores, toda a matéria constitucional [...], exige e impõe, de modo expreso ou implícito, atividade do legislador infra-constitucional para sua concreta aplicação.”⁵³⁴

Como a classificação de Anna Cândida é denominada “orgânica”, ela vincula a interpretação legislativa ao *órgão* legislativo. Isto é, para ela,

a interpretação constitucional legislativa consiste na atividade desenvolvida pelo órgão, dotado de poder legislativo, que busca o significado, o sentido e o alcance da norma constitucional, para o fim de, fixando-lhe o conteúdo concreto, completá-la e, conseqüentemente, dar-lhe aplicação. O órgão legislativo recebe da própria Constituição o comando imperativo para atuar a norma constitucional.⁵³⁵

Porém, uma análise mais atenta da obra da autora demonstrará que ela considera interpretação legislativa a realizada por outros órgãos constituídos vinculados aos demais Poderes quando, por autorização constitucional, elaboram normas de caráter

⁵³³ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 165.

⁵³⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 65.

⁵³⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 63.

geral ou leis por delegação. Destarte, a autora adota, também, o critério material de lei e afirma que “exerce atividade interpretativa constitucional legislativa todo órgão que, chamado diretamente pela Constituição, elabora ato normativo geral de aplicação da Constituição.”⁵³⁶

Anna Cândida dá como exemplo de mutação constitucional decorrente de interpretação legislativa o da extensão do voto feminino no Brasil.⁵³⁷ A Constituição de 1891 conferiu, em seu art. 70, a qualidade de eleitor aos cidadãos maiores de 21 anos, tendo excluído expressamente os mendigos, analfabetos, praças de pré, religiosos e inelegíveis. Daí se entendia que a expressão “cidadãos”, posta no masculino, excluía as mulheres dentre os destinatários da norma, não obstante não constar expressamente tal exclusão no rol constitucional. O Código Eleitoral (Decreto n. 21.076, de 24.02.1932) foi posteriormente elaborado ainda sob vigência da Constituição de 1891 (mantida pelo Decreto n. 19.398, de 11.11.1930), e modificou esse entendimento, ao consagrar expressamente o voto feminino. Desse modo, o texto constitucional permaneceu inalterado, mas a interpretação que o legislador ordinário lhe deu modificou-lhe grandemente o significado.⁵³⁸

No direito comparado, Anna Cândida destaca algumas mudanças também nos sistemas eleitorais da França e da Suécia,⁵³⁹ mas dá ênfase às grandes modificações realizadas no sistema constitucional norteamericano operadas pela promulgação de *statutes* que conferiram novas interpretações à *interstate commerce clause*, a qual atribui ao Congresso Nacional a competência para regular o comércio entre os estados. Tais modificações foram decisivas para a transformação do modelo econômico estatal dos Estados Unidos durante o *New Deal*.

Além das mutações constitucionais realizadas (em parte) pelos *landmark statutes* que embasaram o *New Deal*, Bruce Ackerman aponta outros tantos *landmark statutes* que fomentaram a mutação constitucional da *Civil Rights Struggle*,⁵⁴⁰ confirmando que

⁵³⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 78.

⁵³⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., pp. 39-40.

⁵³⁸ Posteriormente, o próprio legislador constitucional acolheu a interpretação do legislador ordinário, ao substituir o vocábulo “cidadãos” por “brasileiros” e adicionar-lhe a expressão “de ambos os sexos”, no art. 108 da Constituição de 1934.

⁵³⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 95.

⁵⁴⁰ Cf. capítulos 1.2 e 4.1, acima, em que se tratou da análise de tais mutações constitucionais levada a efeito por Bruce Ackerman. Também vale a pena observar que *statutes* modificaram a interpretação da *Equal Protection Clause*, modificações estas também já estudadas nos capítulos referidos.

a interpretação legislativa pode, efetivamente, promover mudanças no cânone constitucional.

E considerando que a atividade legislativa é uma das atividades constitucionais mais afetadas pelas forças políticas, Anna Cândida reforça que as alterações dessas forças contribuem agudamente para a alteração da interpretação constitucional realizada através da atividade legislativa.⁵⁴¹

Quanto à possibilidade de se realizar interpretação constitucional legislativa de normas constitucionais de conteúdo impreciso, obscuro ou duvidoso, a autora volta a destacar a necessidade de vinculação do aplicador da Constituição ao texto e ao espírito de suas normas positivadas: “não podem ultrapassar os lindes fixados pelos princípios e esquemas constitucionais; não podem deformar a Constituição.”⁵⁴²

Com efeito, as leis que concretizam normas constitucionais de conteúdo impreciso são instrumentos com grande propensão à realização de mutações constitucionais, “mas não de *deformação constitucional*. É que o conceito de mutação constitucional pressupõe, precisamente, a possibilidade de mudança de sentido ou alcance da Constituição, sem alteração da letra e sem violação do espírito constitucional.”⁵⁴³

Em suma, a autora brasileira acredita que a interpretação legislativa pode produzir mutação constitucional através da produção de normas gerais que concretizem as normas constitucionais em três situações distintas.

A primeira depende da alteração das circunstâncias históricas, sociais, políticas, econômicas da comunidade. Ou seja, mudanças fáticas que produzam novos significados aos conceitos constitucionais regulamentados por legislação ordinária reclamam mudanças normativas para adaptação do ordenamento à realidade. Assim, sob essa primeira perspectiva, a mutação constitucional decorrente de interpretação legislativa “ocorre quando, por essa via, se transmuda o sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional, para adaptá-la a realidades novas, a situações distintas, a momentos e circunstâncias sociais, políticas ou econômicas diferentes.”⁵⁴⁴

⁵⁴¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 85.

⁵⁴² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 88. Cf. Cap. 5, abaixo.

⁵⁴³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 90. Grifo no original.

⁵⁴⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 92.

A segunda maneira de ocorrer mutação constitucional pela interpretação legislativa decorre da mudança de paradigma das forças políticas que promova uma diferente concepção de conceitos constitucionais abertos e indeterminados, levando a uma modificação da leitura de normas constitucionais imprecisas. Isto é, se a Constituição apenas traça uma moldura ampla dentro da qual o legislador possui espaço para configuração, haverá mutação constitucional “quando se altera, se amplia ou se restringe o programa apenas esboçado pela norma constitucional.”⁵⁴⁵

Por fim, haverá mutação constitucional por interpretação legislativa em uma terceira situação: quando o ordenamento constitucional positivo não regular determinada matéria, deixando lacunas a serem preenchidas pelo legislador ordinário. Ficará, nesse caso, autorizado o legislador a modificar a interpretação que dá à Constituição, por falta de regulação específica que impeça tal mudança. Ocorre mutação constitucional, assim, quando “se preenchem vazios constitucionais, se suprem omissões, se esclarecem obscuridades, dando-se, por via legislativa, novo alcance constitucional.”⁵⁴⁶

Sob o ponto de vista de Anna Cândida, pois, pode-se afirmar que havendo interpretação legislativa transformadora do significado das normas constitucionais fora desses três âmbitos de atuação que ensejam mutação constitucional, a atividade legislativa extrapola os limites que lhe são conferidos para atualizar o sentido e o significado das normas constitucionais. Vale dizer, se por um lado é certo que a interpretação legislativa exerce importante papel dinamizador das normas constitucionais estáticas, por outro lado é preciso compreender que também esse papel deve ser exercido com limites. No caso, além do “limite geral” que Anna Cândida recorrentemente afirma em seu trabalho, de não ferir a letra ou o espírito da Constituição, a atividade interpretativa legislativa somente poderá produzir mutações constitucionais (a) diante de alterações das circunstâncias fáticas que a norma constitucional “mutada” regula, (b) quando se tratar de norma constitucional de conteúdo impreciso, havendo mudança no paradigma político que o concretiza, ou (c) em se tratando de lacuna constitucional.

⁵⁴⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 92.

⁵⁴⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 92.

Por tudo isso, pode-se dizer que a interpretação legislativa pode instrumentalizar mutações constitucionais.

4.2.2 Interpretação judicial

Há quem sustente que a tarefa de elaborar e desenvolver o conteúdo material da Constituição não compete aos intérpretes judiciais, mas sim aos intérpretes políticos. Isso porque a tarefa judicial não compreenderia um agir positivo, mas apenas negativo, de controle (= “cassação”) do agir político que elabora e desenvolve o conteúdo constitucional. Sob esse prisma, o controle jurídico da conformação constitucional política submete-se ao princípio da autorrestrrição (*self-restraint*), dentro da esfera do que usualmente denomina-se “razoabilidade”, “*sin entrar al juzgamiento del acerto, la eficacia o la oportunidad de las decisiones*”,⁵⁴⁷ em uma espécie de minimalismo judiciário, em oposição a um suposto ativismo judiciário cuja crítica costuma basear-se na judicialização da política.⁵⁴⁸

O risco que essa atuação judicial “positiva” ocasiona é flagrado na Alemanha por Bonavides, que recorre a Forsthoff para dizer que lá “o tribunal constitucional já não se cinge ao papel de guarda ou protetor da Constituição, senão que se arvora em

⁵⁴⁷ OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1.010.

⁵⁴⁸ A teoria de fundo é certamente a do papel de “legislador negativo” que assume o Tribunal Constitucional, proposta por Kelsen. No entanto, não se pode afirmar irrestritamente que Kelsen não admitiria que a interpretação constitucional judicial atuasse ativamente na elaboração e desenvolvimento material da Constituição, especialmente quanto a direitos fundamentais. Cf. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Ronald Dworkin chegou a considerar aceitável a judicialização da política. Porém a um alto custo para o princípio democrático. Cf. DWORKIN, Ronald. Do values conflict? A hedhehog’s approach. *Arizona Law Review*, Isaac Marks Memorial Lectures. n. 43, 2001, pp. 251-60. Diversas razões de cunho político, sociológico e cultural posicionam o Brasil nesse dilema entre uma atuação altamente proativa e postura comedida do Judiciário. Esse espaço entre o excesso e a negligência ainda carece de amadurecimento e preenchimento científico e, por estar além do objeto do presente estudo, não será abordado. De todo modo, refira-se, de passagem, e sem se emitir juízo de valor a respeito, a crescente intervenção ativa do Judiciário – especialmente do Supremo Tribunal Federal – na conformação do constitucionalismo brasileiro, o que justifica o último capítulo deste trabalho. Sobre o tema, cf. SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo. In: *XVII Encontro Preparatório do CONPEDI: cidadania e efetividade dos direitos*, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, pp. 3.321-41. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf>, acesso em 12 de junho de 2012. Sobre o “minimalismo judiciário”, cf. SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalismo on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, e TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, cujas propostas são desenvolvidas em BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional – A constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, especialmente pp. 56-103.

titular de fato das prerrogativas de órgão representativo constituinte, [...] [o que] acarretou sensível perda na função estabilizadora da Constituição.”⁵⁴⁹

Com isso quer-se apontar que não apenas a atuação legislativa suscita dúvidas acerca do seu papel, como intérprete da Constituição, na conformação do conteúdo constitucional, mas também a atuação judiciária não é isenta de críticas nesse sentido.

Entretanto, já vem se tornando tradicional a conhecida máxima atribuída a Charles E. Hughes, segundo a qual “a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é”. Aliás, desde os Federalistas e John Marshall pode-se considerar que o Judiciário assume um papel ativo na elaboração do conteúdo constitucional norteamericano e, por influência, brasileiro. Segundo essa visão,

a Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função própria e peculiar dos tribunais judiciários, a eles compete determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo.⁵⁵⁰

Nesses termos, “salta aos olhos o papel do Judiciário, mormente das Cortes Constitucionais. Estas, como intérpretes das normas editadas na Lei Magna, sempre acabam por lhes alterar o sentido e o alcance.”⁵⁵¹ E assim o Judiciário torna-se intérprete constitucional, e através de sua interpretação pode promover mutações constitucionais.

E torna-se intérprete com a peculiaridade de ter diante de si mais proximamente a vida concreta.

A atuação do juiz enquanto intérprete da Constituição é ainda mais propensa a mutações constitucionais porque a sua interpretação situa-se após a interpretação legislativa, já tendo oportunizado-se o contato da norma estática (tanto constitucional como infraconstitucional) com a realidade dinâmica, seja no julgamento de um caso

⁵⁴⁹ FORSTHOFF, Ernst. *Rechtsstaat im Wandel – Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, p. 154, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 485.

⁵⁵⁰ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist* – a commentary on the Constitution of the United States. New York: The Modern Library, 1937, p. 506, versão livre. No original: “The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body.”

⁵⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 231.

concreto, seja na decisão de constitucionalidade em abstrato. “O juiz, pela sua colaboração contínua, exerce uma função de cooperador e modificador na obra legislativa [constitucional e infraconstitucional]. A jurisprudência, obra sua, altera insensivelmente o direito positivo.”⁵⁵² Desse modo,

[a] interpretação judiciária [...] é outro processo fecundo de adaptação dos textos constitucionais permanentes à realidade em transformação constante. [...] [O] juiz sob o impacto de circunstâncias não previstas pelo legislador, há de ver na lei, não uma letra morta, mas um tecido vivo, capaz de reações novas ante a provocação de situações supervenientes.⁵⁵³

E talvez porque essa tradição tenha origem nos Estados Unidos, especialmente lá a interpretação judicial exerce papel fundamental para a mutação constitucional. Na realidade, Dau-Lin atribui a intensa participação do Judiciário na instrumentalização de mutações constitucionais a três causas: (a) o grande desenvolvimento da doutrina do *judicial review* naquele país, justamente por ser a nação precursora do sistema, (b) a extrema rigidez formal da Constituição americana,⁵⁵⁴ e (c) a importância dos precedentes judiciais na produção do Direito, dado que aquele sistema jurídico afilia-se à tradição do *Common Law*.⁵⁵⁵ Além disso, em razão do instituto do *stare decisis*,⁵⁵⁶ e de que a maioria das questões constitucionais mais relevantes são levadas à Suprema

⁵⁵² BARBOSA, Rui. *sine loci, apud FERREIRA, Pinto. Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 165.

⁵⁵³ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 57, v. 187, fascículos 679 e 680, jan.-fev./1960, p. 21.

⁵⁵⁴ As dificuldades em se promulgar uma emenda constitucional pelo art. 5º da Constituição estadunidense foi demonstrada aqui a partir das reflexões de Bruce Ackerman. Cf. capítulos 1.2 e 4.1, especialmente.

⁵⁵⁵ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 89-91.

⁵⁵⁵ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 89-91.

⁵⁵⁶ O Brasil, descendente da tradição jurídica romano-germânica, não aderiu à mesma cultura de vinculação aos precedentes judiciais que prevalece onde nasceu o modelo do *judicial review*. Nos Estados Unidos, de tradição jurídica anglo-saxônica, a doutrina conhecida como *stare decisis* impõe aos juízes e tribunais inferiores que se vinculem às decisões dos tribunais superiores. Sem tratar das desvantagens desse sistema, tem-se que ele, em alguma medida, contribui para a igualdade e a segurança jurídica e, enfim, para a unidade do Direito, porque “as regras que as decisões judiciais estabeleceram devem ser seguidas [pelos juízes e tribunais inferiores ao prolator de tais decisões], sob pena de destruírem toda a ‘certeza’ e comprometerem a própria existência da *common law*”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Harmínio A. Carvalho. 3. ed., São Paulo: 1998, p. 341. Sobre essa característica dos sistemas jurídicos da família do *Common Law*, cf., além de outros autores, nessa mesma obra, pp. 281-302, 332-55 e 391-3.

Corte, Dau-Lin destaca que a Suprema Corte dos Estados Unidos assume o papel de uma autêntica instância de intérprete final daquela Constituição.⁵⁵⁷

Com efeito, o grande desenvolvimento da interpretação constitucional judicial nos Estados Unidos se deve, em boa parte, à doutrina hermenêutica conhecida como “*loose construction*”,⁵⁵⁸ relacionada à teoria dos poderes implícitos. Por ela, sob a cláusula do artigo 1º, seção 8, da Constituição americana,⁵⁵⁹ os Poderes constituídos dos Estados Unidos estariam autorizados a desenvolver, tanto quanto fosse necessário para a consecução dos fins constitucionais, a interpretação do conteúdo das normas da Constituição. Significa dizer que as normas constitucionais precisariam ser interpretadas de maneira solta, ampla, de modo a sempre buscar outorgar aos agentes constituídos o maior poder que essas normas poderiam lhes outorgar para que possam dar-lhes plena efetividade. A ideia era não “amarrar” os poderes constituídos; não restringi-los.

Confirme assinalado no começo deste trabalho, o *Justice* Marshall já defendia, no começo da fundação da nação, a tese de que

los jueces que quieran interpretar las normas jurídicas de manera correcta, no deben preocuparse tanto por la intención de los padres de la Constitución o de las leyes, sino más bien por el cambio de sentido de las palabras escritas suscitado mediante el influjo de la voluntad presente del pueblo. Lo que importa es comprobar cómo los portavoces de las fuerzas políticas entienden *ahora* las palabras escritas.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 92. A função de intérprete final da Constituição pode ser atribuída, também, ao Supremo Tribunal Federal, no Brasil. Porém, pelo menos duas das três características fundamentais que propiciam o grande desenvolvimento da interpretação judicial da Constituição nos Estados Unidos (rigidez extrema da Constituição e *Common Law*) não encontram correspondência no Brasil. Daí que, desde logo, podem-se constatar distinções entre os dois sistemas e, conseqüentemente, no potencial de ocorrências de mutação constitucional por via da interpretação judicial.

⁵⁵⁸ O termo poderia ser traduzido como “construção larga”, “frouxa”, “fluida”, “solta”. Cf. pp. 147-50 e 167-8, e notas de rodapé referentes à *loose construction* e à teoria dos *implied powers*. Cf., também, sobre a origem da *loose construction*, nota de rodapé nº 94.

⁵⁵⁹ “The Congress shall have power to [...] make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or any Department or Office thereof.”

⁵⁶⁰ *Dartmouth College v. Woodward*. 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819), *apud* DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 99. Grifo no original. Observe-se o reforço da visão de Marshall à ideia de soberania popular como lastro das mutações constitucionais. Ele chama para o juiz a responsabilidade para “chancelar” mutações; mas o faz destacando a necessidade de o juiz estar atento ao que os “porta-vozes” do povo dizem. Cf. capítulo 4.1, acima.

Anna Cândida inicia sua abordagem acerca da interpretação constitucional judicial afirmando que os limites que a Constituição impõe à interpretação legislativa, acima referidos, aplicam-se, também, às demais formas de interpretação constitucional, dentre elas a judicial. Porque se a Constituição é a Lei Fundamental, pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico, a ela “submetem-se todos os poderes constituídos, Legislativo, Executivo e também Judiciário. Em consequência, aplicam-se, de igual modo, à interpretação judicial os limites que incidem sobre a interpretação constitucional geral.”⁵⁶¹

Prosseguindo, Anna Cândida observa que a interpretação constitucional judicial pode se dar de dois modos: “ou mediante a aplicação pura e simples da norma constitucional para solucionar a lide; ou nos casos em que o exercício da função jurisdicional visa ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos.”⁵⁶²

Importante observar que a autorização para a interpretação judicial da Constituição pode advir tanto de expressa previsão constitucional como decorrer “implicitamente da natureza da função judicial”.⁵⁶³ Significa dizer que para impedir a interpretação constitucional judicial, pelo menos quanto ao segundo tipo (controle de constitucionalidade) a Constituição deverá vedá-la expressamente.⁵⁶⁴ É que, por

⁵⁶¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 105.

⁵⁶² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 104.

⁵⁶³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 103.

⁵⁶⁴ Há constituições que proíbem, de todo modo, a revisão judicial das leis, vedando aos órgãos judiciários qualquer espécie de controle de constitucionalidade. Exemplo típico é o da Constituição da Áustria, idealizada por Hans Kelsen, em 1920, repetida no aspecto pela Constituição austríaca de 1934. Ali, apenas os vícios relacionados à publicação da lei poderiam autorizar um juiz a negar-se a aplicá-la a um caso concreto. (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 39-40). A Constituição holandesa de 2008 manteve a normatização já consolidada sobre o assunto ao prever, em seu artigo 120, que “a constitucionalidade dos Atos do Parlamento e tratados não deverão ser revistos pelos tribunais”. (Versão livre. Disponível em <http://www.rijksoverheid.nl>, acesso em 29.12.2011). Na França, o controle é exercido pelo Conselho Constitucional, previamente à publicação da lei ou, em situações excepcionálíssimas, após a sua promulgação. Há controvérsia sobre se se trata de controle político ou jurisdicional. Cf. BARBOSA GOMES, Joaquim B. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 40 n. 158 abr./jun. 2003, pp. 97-125. PAIVA, Domingos Augusto. O controle de constitucionalidade na França. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, pp. 197-210. VIEIRA, Paulo Rodrigues. O Conselho Constitucional francês: ator da lei, mas nunca seu autor! *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 28 n. 109 jan./mar. 1991, pp. 311-320. VIEIRA, Paulo Rodrigues. O controle de Constitucionalidade na França. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 26 n. 102 abr./jun. 1989, pp. 309-324. Na Suécia a situação é semelhante, com a diferença de que o órgão que exerce o controle prévio (na verdade, esse órgão apenas emite pareceres a respeito da constitucionalidade dos projetos de lei) é formado por magistrados. Anna Cândida da Cunha Ferraz destaca que, naquele país, “o que mais se aproxima de uma espécie de *supervisão judicial* é a existência de um órgão chamado *Lagrad*, composto de três juízes do Supremo Tribunal e um juiz do Supremo Tribunal Administrativo, cuja missão é assessorar o *Riksdag* em matérias legislativas importantes. Se o *Lagrad* opina pela inconstitucionalidade do projeto de lei, o *Riksdag* rejeita-o.” (FERRAZ, Anna Cândida

natureza, incumbe ao órgão jurisdicional solucionar litígios mediante a aplicação de normas jurídicas. E aplicar tais normas pressupõe a sua interpretação (nesse sentido, a eficácia interpretativa das normas constitucionais sempre se fará sentir na atividade jurisdicional). Mais ainda em um ordenamento jurídico hierarquizado, onde as normas constitucionais prevalecem sobre as infraconstitucionais, o exame acerca da conformidade destas com aquelas é inerente (e prévio) à própria aplicação da norma ao caso concreto. Isto é, antes de aplicar a norma que pretende solucionar o litígio, o julgador deverá verificar se essa norma está conforme a Constituição. Nesse momento estará realizando interpretação constitucional, seja ao entender que a norma infraconstitucional é contrária à Constituição, aplicando diretamente a norma constitucional em substituição àquela,⁵⁶⁵ seja para confirmar a sua constitucionalidade e aplicá-la à luz dos ditames constitucionais.⁵⁶⁶

Ainda sobre os limites da interpretação judicial, Anna Cândida observa que, sendo o Judiciário o último fiscal da aplicação da Constituição, “não há poder jurídico que o controle.”⁵⁶⁷ Citando Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a autora alerta para o risco de um “governo de juízes” que, no sentir de ambos, seria mais teórico do que real, pois “pelos hábitos de moderação, pela disciplina intelectual a que estão acostumados, os juízes não ambicionam a direção política do país, nem se intrometem nela a não ser

da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 103, nota de rodapé nº 4). A autora ainda anota que no México há controle de constitucionalidade, mas ele é vedado aos juízes comuns, inexistindo controle difuso de constitucionalidade (p. 104, nota de rodapé nº 7). Nesses casos de direito comparado, a interpretação constitucional judicial é inexistente ou, ao menos, consideravelmente diminuída. Não é o caso do Brasil, onde se sobrepõem os modelos concreto e abstrato, podendo-se dizer, sob esse aspecto, “pleno” o controle judicial de constitucionalidade brasileiro. Sobre todos, cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. Sobre o raciocínio que leva ao reconhecimento do poder judicial implícito de revisão da constitucionalidade das leis no Brasil, cf. BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionales do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, s. d.

⁵⁶⁵ A propósito, é esse raciocínio que o *Chief Justice* John Marshall desenvolveu para cunhar o *judicial review* no multiprestigiado caso *Marbury v. Madison*. Sobre o tema, cf. MARSHALL, John. *Writings upon the Constit.*, p. 25-27, *apud* BARBOSA, Ruy. *Ob. cit.*, pp. 54-5 e 101-17. CAPPELLETTI, Mauro. *Ob. cit.*, p. 75. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôlo jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 67-9. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist – a commentary on the Constitution of the United States*. New York: The Modern Library, 1937, p. 506.

⁵⁶⁶ Sobre o tema da eficácia interpretativa das normas constitucionais, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 269-352 e BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 437-524.

⁵⁶⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 111.

quando esta colide com a lei.”⁵⁶⁸ Uma das características da interpretação judicial que reforça a diminuição desses riscos é a de que ela somente ocorre mediante provocação. O Judiciário não poderia atuar livremente, por iniciativa própria, promovendo a interpretação da Constituição onde não for requisitado.⁵⁶⁹ “Ora, do juiz se espera justiça e no aplicar a Constituição se espera mais. Espera-se que guarde a Constituição, como Lei Suprema”.⁵⁷⁰

Em suma, Anna Cândida entende que a finalidade da interpretação constitucional judicial ao operar mutações constitucionais é a de dar novo significado ou alcance à Constituição, aplicando-a, ao “torná-la o que se pretende que ela seja: um documento *vivo e efetivamente cumprido*.”⁵⁷¹ E com apoio em autores estrangeiros, dá exemplos de mutação constitucional a partir da interpretação judicial.

Pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ela trata dos já citados casos de interpretação evolutiva da *interstate commerce clause*⁵⁷² e de interpretação construtiva dos *implied powers*. Também refere a conhecida evolução da “*due process of law clause*” (cláusula do devido processo legal), “que de simples ditame de observância das leis passou a ser vista pela Corte Suprema como garantidora de direitos e condicionadora da ação governamental”,⁵⁷³ desenvolvendo garantias como ampla defesa, contraditório, igualdade perante a lei, etc.

A importância da interpretação judicial, através da evolução do emprego da cláusula do “*Due process of law*”, que é compreendida como restrição ao arbítrio legislativo, é revelada quando este “standard” é apontado como guia para os tribunais. [...] A moderna doutrina do “*Due process of law*” permitiu que o controle judicial não ficasse dentro dos limites definidos e mencionáveis, variando a extensão em que a Corte apreciaria os que lhe fossem enviados: “1) deixou de ser uma limitação à legislação social, à decretação de impostos e tarefas e à ação regulamentadora do governo em geral; 2) passou a ser aplicada como proteção nos casos em que envolvam a liberdade de expressão, reunião religiosa, inclusive os direitos do trabalho, através da aplicação de

⁵⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 11. Ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 255, *apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 111. Mais uma vez, aqui se destaca a importância da análise de como o STF vem procedendo acerca das mutações constitucionais, o que será feito no último capítulo deste trabalho.

⁵⁶⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 117.

⁵⁷⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha *Ob. cit.*, p. 128.

⁵⁷¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha *Ob. cit.*, p. 130. Grifos no original.

⁵⁷² Cf. capítulo 4.1, acima, em que se tratou da proposta de Bruce Ackerman.

⁵⁷³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Ob. cit.*, pp. 131-2.

novos conceitos da liberdade da palavra; 3) restringe-se à aplicação da cláusula processual de “due process” como limite à ação administrativa, salvo nos casos de deportação de estrangeiros; 4) aceita-se sua invocação para proteger, de modo geral as pessoas acusadas de crime.”⁵⁷⁴

Ainda sobre os americanos, Anna Cândida faz referência ao tratamento da Suprema Corte acerca do seu pacto federalista, que teria passado do chamado “duplo federalismo”, de divisão mais estanque entre competências federais e estaduais, para o chamado “federalismo cooperativo”, sobrepondo as competências e aumentando os poderes do Congresso Nacional.⁵⁷⁵

Em outros sistemas do direito comparado, caso interessante é o da interpretação dada pelo Tribunal Supremo ao art. 4º, “d”, da Constituição suíça. O texto da norma estabelece que “todos os suíços são iguais diante da lei”. A partir dessa expressão o Tribunal estendeu sua aplicação aos estrangeiros (quando o texto diz “suíços”) e, depois, aos apátridas (quando o texto diz “suíços”!), entendeu que a norma dirigia-se ao legislador e também ao administrador, que a norma não contemplava apenas igualdade perante a lei, mas também *na* lei, dentre outras mutações.⁵⁷⁶

Em solo brasileiro, Anna Cândida refere como exemplo de mutação constitucional decorrente de interpretação judicial a chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.⁵⁷⁷ Como é sabido, o instituto oriundo do direito inglês nasceu com vocação de garantir o direito de locomoção, que é a liberdade de ir, vir e ficar. No entanto, durante a Primeira República o *habeas corpus* desenvolveu-se no Supremo Tribunal Federal a partir de apontamentos forenses e doutrinários de Ruy Barbosa e Pedro Lessa, de modo a tutelar “proteção de quaisquer lesões de direitos pessoais,

⁵⁷⁴ RODRIGUES, Leda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 229, *apud* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, *in*: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 993.

⁵⁷⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 132. Sobre o tema, Bruce Ackerman já havia referido que essa seria uma das causas para a dificuldade dos americanos de produzir emendas constitucionais formais, no que tange ao artigo 5º da sua Constituição. Cf. p. 44 e nota de rodapé nº 430, acima.

⁵⁷⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Ob. cit.*, pp. 129-30, nota de rodapé nº 67.

⁵⁷⁷ Também citada como exemplo de mudança de significado de norma constitucional através de interpretação judicial por CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 57, v. 187, fascículos 679 e 680, jan.-fev./1960, p. 21.

praticadas por abuso de autoridade pública. [...] O desempenho de funções políticas, as imunidades parlamentares [...], tudo foram protegidos através do *habeas-corpus*”.^{578 579}

Ainda sobre interpretação judicial da Constituição, é preciso trabalhar com a noção de que “[a] idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades. [...] É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo que estamos às voltas.”⁵⁸⁰

Nesse sentido, a interpretação constitucional é obviamente limitada. Isso não quer dizer que se esteja defendendo o retorno do exercício da função judiciária à concepção tradicional da separação dos poderes que, nas palavras de Montesquieu, era atribuída a um Poder “*en quelque façon nulle*”,⁵⁸¹ que resultou na figura do “juiz-boca-de-lei”. Mas o desenvolvimento da atividade judicial para além dessa concepção ainda atualmente demanda que o espaço legislativamente configurado o permita. Em outras palavras, o poder criativo (e não meramente de execução da lei) do juiz aumenta conforme aumenta o espaço deixado pela lei: no Estado Democrático de Direito, a criatividade judicial é proporcional à lacunosidade da lei. E isso quer dizer que “a aplicação da lei não é mera interpretação reprodutiva, mas simultaneamente produtiva e evolutiva.”⁵⁸²

Com efeito, o espaço ideal da mutação constitucional operada por via da interpretação judicial é o da lacuna constitucional ou, ao menos, o do espaço em aberto deixado pela norma constitucional de textura mais vaga.

Com isso quer-se evitar a figura proposta pela Escola do Direito Livre alemã do “juiz régio” (*Richterkönig*), “que em determinados casos também podia ignorar a lei, quando esta não correspondia a novas idéias – perfeitamente subjetivas – do ‘Direito correto’ (*richtiges Recht*)”.⁵⁸³

⁵⁷⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., pp. 138-9.

⁵⁷⁹ Praticamente o *habeas corpus* passou a ser utilizado, na época, como o mandado de segurança hoje vem sendo utilizado. De todo modo, talvez a referência ao *habeas corpus* como exemplo de mutação constitucional por via da interpretação judicial seja um tanto precipitada. Cf. capítulo 6.1.1 abaixo, onde se tratará das possíveis mutações constitucionais verificadas através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 433.

⁵⁸¹ STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito, trad. Peter Naumann, in: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 506.

⁵⁸² STERN, Klaus. Ob. cit., pp. 506-7 e 514.

⁵⁸³ STERN, Klaus. Ob. cit., p. 508.

As “novas ideias” que penetram no ordenamento através da mutação constitucional também se submetem à normatividade da Constituição, encontrando nela os seus limites, aos quais também se submete o intérprete judicial.⁵⁸⁴ É que “[I]eis decididas pela representação popular[, como notadamente são as leis constitucionais,] se revestem da dignidade e do predicado de uma decisão democrática majoritária.”⁵⁸⁵ Elas são a medida para o juiz, que se vincula à sua observância. Não é pois, admissível o direito judicial *contra constitutionem*, nem sob pretexto de ser direito judicial que “corrige” a Constituição. “O juiz não pode colocar as suas idéias acerca do Direito no lugar das idéias do legislador [constituente]. Caso contrário ele faria Política do Direito, não aplicação do Direito.”⁵⁸⁶ “Presume-se, com apreensão de todos, que o juiz, investido de poderes decisórios extremamente dilatados, usurpe a função constituinte do povo ou da representação democrática legítima.”⁵⁸⁷

Mas a interpretação constitucional feita no âmbito judiciário ganha novos contornos, especialmente sob o ponto de vista da mutação constitucional, quando se analisam as propostas de Friedrich Müller aplicadas por Konrad Hesse, na chamada “concretização” (“*Konkretisierung*”).⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ Sobre os limites da mutação constitucional, cf. capítulo 5, abaixo.

⁵⁸⁵ IPSEN, H. P., in, *VVDStRL*, caderno 10, 1952, p. 75, *apud* STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito, trad. Peter Naumann, in: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 514.

⁵⁸⁶ STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito, trad. Peter Naumann, in: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 514.

⁵⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 485.

⁵⁸⁸ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 101-22. Sobre a aplicação das normas jurídicas como operação de uma *concretização*, em vez de mera *interpretação*, Cf. MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho no Direito Constitucional*. 3. ed., trad. Peter Naumann, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, especialmente páginas 47-58. Sobre a concretização como interpretação dotada de caráter criativo, mas cujo limite seja encontrado no texto da norma interpretada (ou melhor, “concretizada”), cf. HESSE, Konrad. A interpretação constitucional, pp. 108-18 e HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 095-100. Essa é também, com algumas adaptações, a tese de GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004. Entre os brasileiros, cf., entre outros, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 55-60, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 480-517 e ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, pp. 75-96.

É que na perspectiva da Constituição como ordem jurídica fundamental da coletividade, de Konrad Hesse, ela assume a função de formar a unidade política nacional. A necessidade de formar essa unidade política impõe que as constituições sejam materialmente abertas, que suas normas possuam textura ampla, comportando diferentes acepções e modos de aplicação. Na interpretação constitucional, “a Constituição ou o constituinte, na verdade, ainda não decidiram, senão somente deram pontos de apoio mais ou menos numerosos incompletos para a decisão,”⁵⁸⁹ pois apenas com abertura e amplitude é possível “satisfazer a transformação histórica e a diferenciabilidade das condições de vida.”⁵⁹⁰

Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da “realidade” a ser ordenada. Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação.⁵⁹¹

Por isso, Hesse sustenta ser apenas secundário o problema da denominada “modificação constitucional”.⁵⁹² Isto é, a necessidade de maiorias qualificadas para se alterarem os textos constitucionais é menos relevante quando se verifica que tal modificação constitucional somente terá lugar quando a textura aberta e ampla das normas da Constituição não mais permitir satisfazer uma situação problemática mediante “concretização” da Constituição pela aplicação de suas normas.

A concretização é, pois, o método de interpretação que, por excelência, insere a realidade normada no texto normatizante para produzir significado normativo. Isto é, pelo método concretista, o conteúdo da norma, que principia em seu texto, somente se revela na sua totalidade diante de um caso concreto, e jamais em abstrato.⁵⁹³ A concretização busca evitar “a antinomia das duas Constituições – a formal e a material – bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica. É esse

⁵⁸⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 57.

⁵⁹⁰ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 45.

⁵⁹¹ HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 61. Neste ponto, importante frisar que Hesse faz remissão aos ensinamentos de Hans-Georg Gadamer (*Wahrheit und Methode*. Em português: *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004).

⁵⁹² Hesse usa a expressão para identificar a alteração formal do texto da Constituição. Cf. HESSE, Konrad. *Elementos...* Ob. cit., p. 46.

⁵⁹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 480-2.

dualismo que a metodologia concretista, ao tornar fática a norma, se empenha com mais afincos por evitar.”⁵⁹⁴

No processo de concretização das normas constitucionais,

não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata, ou seja, a “norma” geral não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção. Note-se a distância em relação à antiga discussão sobre se o juiz “cria” ou apenas “aplica” o direito.⁵⁹⁵

Ou, dito de outro modo,

se estableció una neta diferenciación entre: a) la Constitución en abstracto, que es el texto escrito con independencia de ‘cualesquiera circunstancias’; y b) la Constitución en concreto, que es ese mismo texto, pero puesto en relación con ‘las circunstancias actuales de la vida’.⁵⁹⁶

Assim, “a tese é que o texto e a realidade estão em constante interrelação e que esta interrelação, seja mais seja menos eventualmente discrepante, é que vai constituir a norma jurídica.”⁵⁹⁷ Ou seja, a “conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.”⁵⁹⁸

A concretização não é apenas o caminho que vai da norma jurídica ao caso concreto, mas também o caminho que vai do texto à norma. Há uma “diferença entre a idéia significada do direito, a norma, e sua expressão simbólica significante, o texto.”⁵⁹⁹ E sob essa ótica, a formulação da norma abstrata a partir do texto demanda não apenas

⁵⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 500.

⁵⁹⁵ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 85. Cf. nota de rodapé nº 520, acima.

⁵⁹⁶ OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.008.

⁵⁹⁷ ADEODATO, João Maurício. Ob. cit., p. 85.

⁵⁹⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 24.

⁵⁹⁹ ADEODATO, João Maurício. Ob. cit., p. 91. Cf. nota de rodapé nº 520, acima.

outras compreensões subjetivas, relacionadas ao intérprete, e não ao texto em si, mas também objetivas, relacionadas aos dados da realidade sobre o qual aquele texto pretende incidir. Para João Maurício Adeodato, concretização constitucional é a “junção de texto com a realidade.”⁶⁰⁰ Paulo Bonavides define a concretização constitucional sob outra perspectiva, entendendo que ela “gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a ‘*compreensão prévia*’ do intérprete e o *problema concreto a resolver*.”⁶⁰¹

Hesse sustenta que a “possibilidade de realização” dos conteúdos da Constituição, ao lado da conhecida proposta teórica da “vontade de Constituição”, é fator determinante no processo de concretização.

Quanto mais as suas normas partem das realidades da situação histórica e procuram conservar e aperfeiçoar aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade, tanto mais rápido podem elas desenvolver efeito normalizador. [...] [A possibilidade de realização da Constituição depende de] que ela seja capaz de unir-se com as forças espontâneas e tendências vivas do tempo, que ela leve essas forças ao desenvolvimento e as coordene, mutuamente, que ela seja, em virtude do objeto, ordem total determinada das condições de vida concretas.⁶⁰²

Também sob esse aspecto, Constituição e realidade não podem ser isoladas uma da outra. E da mesma forma, tampouco se pode isolá-las no procedimento de realização da Constituição. A concretização da Constituição não se efetua apenas a partir das exigências contidas em suas normas (exigências essas expressas, em princípio, a partir de um texto linguístico). Notadamente as normas constitucionais têm essa característica, por serem mais gerais, incompletos e indeterminados os textos que as veiculam. Nesse sentido, ao lado do contexto normativo, a concretização da Constituição passa pela inclusão das particularidades das condições de vida concretas com as quais a norma está relacionada: “a atividade realizadora da norma constitucional não pode passar por cima

⁶⁰⁰ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 92.

⁶⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 482. Grifos no original.

⁶⁰² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 48.

dessas particularidades se ela não quer desacertar a situação problemática, cujo vencimento é importante para a Constituição.”⁶⁰³

É assim que Konrad Hesse adota, em parte, a teoria proposta por Friedrich Müller.⁶⁰⁴ É que para Hesse, as particularidades dessas condições de vida concretas formam o “âmbito da norma” (*Normbereich*) que são destacadas do mundo dos fatos em geral a partir da prescrição linguístico-textual de uma determinada norma constitucional, expressada, sobretudo, no texto da norma, ou o que chama “programa da norma” (*Normprogramm*).

Em outras palavras, não é possível isolar a norma da “realidade”, antes é a realidade em seus respectivos dados (o círculo ou âmbito da norma ou *Normbereich*) afetada pela disposição da norma (o “programa da norma” ou *Normprogramm*) o elemento material constitutivo da própria norma.⁶⁰⁵

A concretização de Fr. Müller, portanto, explica a normatividade como um processo estruturado, onde

o Direito e a realidade não são esferas incomunicáveis nem categorias autônomas subsistentes por si mesmas. O âmbito da norma é fator que fundamenta a normatividade. Não é simples soma de fatos, mas conjunto de elementos estruturais retirados da realidade social.⁶⁰⁶

A partir desses conceitos é possível concluir que na medida em que a concretização da norma constitucional pressupõe a verificação não apenas do texto (programa da norma), mas também da realidade fática sobre a qual ele incide (âmbito da norma), a concretização constitucional que produza resultados diferentes para incidência do mesmo programa da norma indica a ocorrência de uma mutação constitucional.

⁶⁰³ HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 50.

⁶⁰⁴ Cf. MÜLLER, F. *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (1968), MÜLLER, F. *Thesen zur Struktur von Rechtsnormen, ARSP LVI* (1970) e MÜLLER, F. *Juristische Methodik*, 4ª ed., 1990, pp. 270 e ss. Cf., também, em português: MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho no Direito Constitucional*. 3. ed., trad. Peter Naumann, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁶⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 505.

⁶⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 506.

Com efeito, na medida em que as particularidades das condições de vida concretas (âmbito da norma) “estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o ‘programa da norma’) fique idêntico.”⁶⁰⁷ É dizer: para que haja uma mutação constitucional, nos termos propostos por Hesse, deve haver a incidência de um mesmo programa de norma (em suma: texto normativo) sobre um fato da vida que tenha seu significado histórico alterado. O programa da norma não se modifica, mas a modificação do âmbito da norma impõe a alteração do resultado da concretização, isto é, impõe uma mutação constitucional.

Por conseguinte, a mutação constitucional, para Hesse, é instrumento da concretização da Constituição através do qual se busca solucionar uma aparente incompatibilidade entre Constituição jurídica e Constituição real, entre norma constitucional e realidade constitucional.

Isso não significa que na vida da coletividade não possa haver realidade que esteja em contradição com a Constituição ou que tal realidade deva ser considerada como insignificante. O importante é, antes, exatamente dirigir a atenção para ela e fazer aquilo que é necessário para impedir o nascimento da realidade inconstitucional ou para pôr a realidade novamente em concordância com a Constituição.⁶⁰⁸

Justamente em razão da inclusão dos dados da realidade no processo de concretização é que a mutação constitucional está inserida, no entender de Konrad Hesse, no processo de interpretação constitucional. Nesse sentido pode-se ver “nos acórdãos das cortes constitucionais o exercício de um tal poder constituinte, anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz.”⁶⁰⁹ Pois, sendo abertas e amplas as normas constitucionais, a sua concretização admite diferentes resultados, conforme se encontrarem diferentes as realidades que uma mesma norma pretenda regular.⁶¹⁰ Em outras palavras, a concretização de uma norma constitucional (intrinsecamente ampla e aberta) que regula determinado fato da realidade produz um determinado resultado; eventual alteração das circunstâncias sociológicas que constituem esse mesmo fato,

⁶⁰⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 51.

⁶⁰⁸ HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 52.

⁶⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 187.

⁶¹⁰ HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 46.

porém alterado, promoverá uma alteração da concretização da norma constitucional com o mesmo texto. Eis, para Hesse, uma mutação constitucional. E daí se segue a sua emblemática e já citada conclusão: “A problemática da modificação constitucional começa lá onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam.”⁶¹¹

Por esses motivos a interpretação judicial da Constituição é um importante instrumento de mutações constitucionais. Mas vale um último alerta para lembrar que

enquanto a jurisdição constitucional resulta do trabalho do judiciário, ainda que as partes envolvidas nos litígios sugiram seus argumentos, a concretização provém de toda e qualquer utilização da constituição, independentemente do judiciário, pois todos concretizam as normas, a partir dos textos e da realidade. Neste sentido a jurisdição constitucional é uma parte importante da concretização, mas apenas uma parte.⁶¹²

4.2.3 *Interpretação administrativa*

Outro meio através do qual podem ocorrer mutações constitucionais através da interpretação constitucional, segundo Anna Cândida, é o da interpretação administrativa.⁶¹³ A prática de atos administrativos, de conteúdo individual e concreto, também promovem interpretação da Constituição. Ao concretizar os preceitos jurídicos que amoldam o ordenamento, a Administração Pública precisa observar as normas constitucionais. Sob esse aspecto, a interpretação constitucional administrativa pode ser direta (se visar concretizar diretamente preceitos da Constituição) ou indireta (se o preceito concretizado for infraconstitucional),⁶¹⁴ mas mesmo nesse último caso o administrador deverá observar a eficácia interpretativa das normas constitucionais,

⁶¹¹ HESSE, Konrad. Elementos... *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 46 e HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 94-5.

⁶¹² ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 86.

⁶¹³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 146-64.

⁶¹⁴ “A autoridade administrativa ao interpretar a lei aplicável, deve ajustá-la às disposições constitucionais. Trata-se de interpretação constitucional indireta, de caráter administrativo, muito mais restrita do que aquela dos órgãos judiciais.” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 982.

realizando, assim, em alguma medida, interpretação constitucional. Nesse sentido, “[o]corre a interpretação administrativa na esfera constitucional, quando os órgãos do Poder Executivo ao tomar suas decisões, ajustam seus atos, resoluções e disposições gerais, ao império dos preceitos constitucionais.”⁶¹⁵

Aliás, a respeito da forma da interpretação administrativa, Anna Cândida observa que

a interpretação constitucional administrativa alcança não apenas atos, resoluções, deliberações administrativas *stricto sensu*, isto é, de *finalidade administrativa*, mas abrange, também, os atos administrativos qualificados de *políticos* ou *exclusivamente políticos*, isto é, os atos administrativos que tenham *finalidade política*.⁶¹⁶

Significa dizer que não apenas as características formais do ato administrativo compõem a interpretação constitucional, mas também as materiais, a saber, aquelas estruturadas sob o velho binômio *conveniência e oportunidade*. Vale lembrar que as constituições costumam conter vários conceitos plurívocos, com baixo grau de densidade semântica e de cunho eminentemente político, como “soberania”, “cidadania”, “ordem pública”, “regime democrático”, “desenvolvimento nacional”, “interesse público”, etc., e que

a interpretação constitucional desenvolvida pela atividade do poder público na aplicação desses elementos fornece, em grande medida, o caráter real que as normas constitucionais assumem no cotidiano. Não se pode deixar de observar que o conteúdo concreto de tais conceitos éticos, valores, motivos, é, de modo mais constante e objetivo, fixado através da ação administrativa do que por intermédio de normas legais.⁶¹⁷

Desse modo, o mérito do ato administrativo, ainda que de teor político e envolto por discricionariedade, também acaba interpretando a Constituição, ao evidenciar os

⁶¹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 981.

⁶¹⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 148. Grifos no original.

⁶¹⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 161.

rumos políticos que o administrador pretende dar a sua gestão e, conseqüentemente, à vida da sociedade. Sendo o elemento político grandemente volátil, isto é, modifica-se conforme se modifica o segmento político preponderante no momento, acaba por abrir um importante espaço para mutações constitucionais a partir da interpretação constitucional administrativa.

Contudo, vale proceder a alerta semelhante àquele lançado quando da análise das interpretações legislativa e judicial, pois “[a] discricionariedade da Administração não está acima do ordenamento jurídico. Não pode o administrador atentar contra as normas da Constituição”,⁶¹⁸ concretizando-as, de alguma maneira, pela sua simples atuação discricionária.

Ainda acerca da interpretação constitucional administrativa, Anna Cândida lembra que a experiência constitucional tem demonstrado a importância do papel da liderança suprema do Poder Executivo na formatação da realidade constitucional quando em estado de excepcionalidade, isto é, no uso dos chamados “poderes de crise” ou “poderes de emergência”. “As decisões presidenciais, nesses casos, muitas vezes operam verdadeiras mutações constitucionais”.⁶¹⁹

4.3 *Costumes e (des)usos constitucionais*

O modo como os poderes institucionalmente constituídos atuam desenha o arranjo constitucional real. Quando a Constituição distribui tarefas aos órgãos constitucionais, eles, ao concretizarem-nas, dão vida aos textos normativos. E as mudanças de rumos que esses modos de concretização podem produzir instrumentalizam mutações constitucionais.

Assim, quando se fala, aqui, em costumes, usos e desusos constitucionais, está-se referindo ao modo de atuação dos órgãos institucionalmente estabelecidos pela própria Constituição para realizarem-na. E há mutações constitucionais decorrentes

⁶¹⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 983.

⁶¹⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 164.

dessa atuação, na medida em que “o consenso costumeiro é outro processo de adaptação constitucional.”⁶²⁰

Em outras palavras, a atuação organizacional-estatal da Constituição estabelece “uma nova possibilidade histórica de transformação do regime constitucional pela própria atuação dos costumes e usos políticos, que se agregam, pelas necessidades diárias da vida, aos textos formais da constituição.”⁶²¹

No entanto, também essa atuação demanda sistematização teórica a fim de se verificar de que modo ela pode instrumentalizar mutações constitucionais, e de que modo ela pode acabar usurpando a competência conferida aos órgãos constitucionais, produzindo mutações *inconstitucionais*.

Hsü Dau-Lin critica a visão da mutação constitucional como fenômeno decorrente dos costumes,⁶²² realizando uma profunda investigação sobre as teorias do direito consuetudinário. Ele analisa a visão da Escola Histórica sobre essa teoria, que considera ser a visão romântica, baseada no “espírito do povo” (*Volksgeist*), pela qual o Direito nasce das relações sociais, e o padrão de comportamento socialmente verificado é o verdadeiro critério para fixação do comportamento juridicamente vinculativo. Depois, ele aborda uma teoria que entende ser a dominante na época em que escreveu, a qual somente considera direito consuetudinário o costume revestido de duas características: o exercício fático reiterado e a *opinio iuris et necessitatis* (sentimento de obrigatoriedade de adoção daquele exercício fático). A seguir, ele analisa as teorias sociológica (direito consuetudinário é a regra aplicada de fato) e psicológica (a validade do direito consuetudinário baseia-se na força normativa dos fatos, muito desenvolvida por Jellinek). Dau-Lin também discorre sobre a teoria positivista do direito consuetudinário, que afirma somente ser válida a norma costumeira a que a autoridade estatal conferir validade. Por fim, ele faz referência sobre a teoria baseada no direito inglês, pela qual se considera direito consuetudinário aquele costume social reconhecido pelos tribunais (*judge-made law*).

Analisadas essas teorias, Dau-Lin perquire sobre as suas relações com o direito constitucional, e sobre a possibilidade de o direito consuetudinário angariar validade

⁶²⁰ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 57, v. 187, fascículos 679 e 680, jan.-fev./1960, p. 21.

⁶²¹ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 166.

⁶²² DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 109-25.

nesse ramo do Direito. Expõe outras quatro teorias que pretendem explicar a relação direito consuetudinário/direito constitucional, e assume uma posição intermediária, como que sugerindo a necessidade de as mutações constitucionais promoverem o equilíbrio entre as funções estática e dinâmica da Constituição, conforme, aliás, defende-se neste trabalho:⁶²³ para Dau-Lin, nem a Constituição exclui qualquer possibilidade de formação de normas consuetudinárias, nem todo e qualquer costume constitucional pode ter validade ante a Constituição positivada. Em suas palavras:

De todos modos, es correcto decir que las proposiciones jurídicas positivas nunca serán capaces de excluir completamente la presencia del derecho consuetudinario. [...] Ahora bien, por otro lado, nunca cabe negar que el derecho consuetudinario, que un día fue tan poderoso, en el presente mantiene una importancia muy pequeña.⁶²⁴

Desse modo, Dau-Lin reconhece a influência dos costumes da vida estatal sobre a ciência do Direito Constitucional, mas observa que eles já não ocupam o mesmo espaço que ocupavam outrora.

É que a doutrina da separação dos poderes e a realidade político-democrática do Estado contemporâneo impõem uma mudança na valoração dos costumes como fonte do Direito.

La doctrina del derecho consuetudinario creció tan sólo bajo la tutela de la escuela histórica y el vástago romántico del espíritu popular fue, en el fondo, un conspirador contra la autoridad exclusiva del Monarca-legislador: si la verdadera voluntad del pueblo (derecho consuetudinario) entrase en conflicto con la del soberano (derecho vigente), entonces la voluntad del soberano debería ceder ante la voluntad popular, puesto que todo derecho debe remontarse al espíritu popular. Sin embargo, esta agudísima polémica no tiene sentido ya que el poder legislativo se atribuye en la actualidad – por lo menos formalmente – a la representación popular, es decir al pueblo representado.⁶²⁵

Não obstante essas argutas observações, Dau-Lin não nega a importância do direito consuetudinário. Afinal, não se pode fechar os olhos para as incontáveis

⁶²³ Cf. capítulo 3.1, acima.

⁶²⁴ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 117-8.

⁶²⁵ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p 118.

influências muitas vezes imperceptíveis sobre o ordenamento jurídico, e que tornam instáveis as instituições, mas também as fazem progredir, de modo a manter sempre presente a ideia de influência recíproca e desenvolvimento dialético de ser e dever-ser: condições econômicas e sociais, opiniões políticas, opções culturais, convicções religiosas, etc.⁶²⁶

Diante dessas considerações, Dau-Lin acredita que as mutações constitucionais não se podem catalogar como espécie do gênero direito consuetudinário. “*En efecto, este presupone en el ámbito constitucional necesariamente, a pesar de las diversas tesis dogmáticas, y según la doctrina dominante, por un lado, el ejercicio fáctico y, por otro, la llamada convicción jurídica, opinio juris et necessitatis.*”⁶²⁷ E no âmbito constitucional, onde as influências políticas mostram-se em sua face mais extremada, ambos os requisitos são de difícil demonstração. A subjetividade desses conceitos impede que se verifique com segurança suficiente e se angarie concordância intersubjetiva de que um determinado costume esteja estabelecido.

As anotações de Dau-Lin a esse respeito constituem um desenvolvimento das bases anteriormente lançadas por seu mestre Rudolf Smend, para quem a mutação constitucional, isto é, a mudança da Constituição em sentido material, “não pode ser vinculada à exigência do direito consuetudinário”.⁶²⁸

Ao definir o costume constitucional, Anna Cândida da Cunha Ferraz diverge da opinião de Dau-Lin, retomando as ideias de “*usus*” (prática reiterada) e de “*opinio iuris necessitatis*” (convicção de obrigatoriedade)⁶²⁹ para concluir que se determinada conduta é reiteradamente realizada por órgãos constitucionais, e esses órgãos sentem-se obrigados em repetir tal conduta, tem-se, no entender da autora brasileira, um costume constitucional.

E para admitir essa espécie de mutação constitucional, Anna Cândida busca fundamento “no próprio poder constituinte [...], que continua latente também, de modo

⁶²⁶ Novamente verifica-se que uma das propostas deste estudo, de que é função da mutação constitucional equilibrar as funções estática e dinâmica da Constituição (capítulo 4.1, acima), está em conformidade com a proposta de Dau-Lin.

⁶²⁷ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p 119.

⁶²⁸ SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, p. 221. Versão livre. No original: “...si tratta di un ‘mutamento della costituzione’ che modifica il contenuto della costituzione in senso materiale. È evidente che questi cambiamenti non possono essere vincolati alle esigenze del diritto consuetudinario.”

⁶²⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 177-8.

não previsto e não organizado no chamado poder constituinte difuso, invisível”,⁶³⁰ conceito este já antes desenvolvido pela autora, baseada na obra de Burdeau, para justificar as mutações constitucionais em geral.⁶³¹

Anna Cândida desenvolve a noção de mutação constitucional a partir dos costumes procurando sempre fixar sua atuação dentro de limites estabelecidos. É por isso que, para ela, o poder constituinte difuso, no caso dos costumes, é dado “aos órgãos constituídos competentes enquanto preenchem lacunas na obra constitucional originária ou interpretam-lhe disposições obscuras”.⁶³² Isto é, apenas nessas duas situações (preenchimento de lacunas ou interpretação de normas imprecisas) há espaço para costume constitucional. Além disso, seja “preenchendo espaço em branco, ou interpretando norma constitucional, o costume constitucional não substitui norma constitucional escrita. [...] [O] costume constitucional não pode reformar a Constituição”⁶³³ ou violar sua “letra ou espírito”.⁶³⁴

Destarte, acerca das espécies de costume quanto à sua posição em relação à norma positiva, os costumes *contra constitutionem* cedem ante a norma escrita, não podendo contrariá-la.⁶³⁵ Com isso a autora reafirma que o único espaço de configuração dos costumes constitucionais – e, logo, das mutações que dele decorrem – é o deixado em branco ou em aberto pela norma constitucional. Onde a norma regula taxativamente, o costume não pode prevalecer, exceto quando a jurisdição constitucional, responsável por impedir tal prevalecimento através dos mecanismos de controle de constitucionalidade, subverte sua missão e colabora para o surgimento de costumes inconstitucionais. Segundo a autora,

muitos costumes constitucionais *contra legem* se formam com a colaboração do órgão de controle – como de resto se formam também os costumes *secundum constitutionem* ou *praeter constitutionem* – seja quando, por exemplo, o Judiciário decide pela constitucionalidade de um costume ab-rogativo, seja quando, usando seu próprio poder, colabora na formação de uma norma constitucional derogatória.⁶³⁶

⁶³⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 183.

⁶³¹ V. capítulo 1.3, acima.

⁶³² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185.

⁶³³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 184.

⁶³⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 199.

⁶³⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., pp. 194-6.

⁶³⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 196, nota de rodapé nº 43. Grifos no original.

Nesse caso, como se tem dito, restaria apenas a crítica doutrinária.

Com sua visão crítica e historicamente bem situada, Hsü Dau-Lin atribui ao modo de pensar jurídico-formal baseado no método de construção jusprivatista, aceito conscientemente na literatura durante o período pré-guerra, a responsabilidade pela incorporação do conceito de direito consuetudinário ao repertório do Direito Público, e especialmente a sua utilização para explicação das mutações constitucionais. Ele demonstra que os exemplos extraídos da doutrina de mutação constitucional como resultado dos costumes são, na verdade, muito mais bem explicados pelo conceito de necessidade política, que foi considerado estranho à Ciência do Direito e, por isso, excluído do catálogo do Direito Público. Com efeito, a importação mal-adaptada de conceitos de Direito Privado para o âmbito do Direito Público e a opção metodológica de distinguir, nesse âmbito, de forma rígida e estanque, o direito e a política, foram determinantes para esse ponto.

Mas se a causa da mutação constitucional pode ser a necessidade política, o seu meio pode ser, na teoria de Jellinek, a chamada regra convencional (*Konventionalregel*).⁶³⁷ Novamente recorrendo a aspectos psicológicos da ciência do Direito, e dando azo à teoria da força normativa do fático, Jellinek se questiona se as práticas constantes e reiteradas dos órgãos constitucionais dentro da discricionariedade que as normas constitucionais lhes oferecem não acabariam por vinculá-los a essas práticas. Ou seja, se uma norma constitucional permite ao órgão constituído determinada conduta, e esse órgão a assume de modo recorrente e inquebrantável, não passaria ele a ficar obrigado a adotar essa conduta, tornando em dever o que antes era um poder, uma competência, uma mera autorização para agir? Os exemplos do autor são instigantes:

El monarca puede elegir libremente a los ministros, pero los elige invariablemente de la mayoría parlamentaria dominante. Los ministros pueden presentar siempre su dimisión, pero se sienten inevitablemente obligados a hacerlo, después de haber recibido un voto de censura de la Cámara de los Diputados.⁶³⁸

⁶³⁷ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 37-43.

⁶³⁸ JELLINEK, Georg. Ob. cit., p. 37. Outra vez o exemplo da necessidade de que o Primeiro Ministro, no regime parlamentar, seja oriundo da base parlamentar majoritária, também referido por Hermann Heller

Nesses casos poder-se-ia concluir que as normas que autorizam o exercício de uma competência teriam sofrido mutação constitucional para passarem a impor um dever de agir. Note-se bem, contudo, que a mutação não cria, do nada, uma obrigação. Ela apenas estabelece que a prerrogativa de agir transforma-se em obrigação de agir, pela constância e reiteração anteriores.

Sobre o assunto, Jellinek aponta para o Direito inglês, onde se originou a dicotomia *Law of the Constitution* e *Conventions of the Constitution*. O primeiro tipo refere-se às normas jurídicas vinculativas (“*enforced law*”: a sua não observância fere a direitos exigíveis judicialmente), e o segundo a normas que são, sim, jurídicas, mas flexíveis (a sua não observância não gera o direito subjetivo a quem se sentir lesado de postular reparação em juízo), cuja obrigatoriedade decorre da sua relevância para a ordem constitucional.⁶³⁹ Assim, se as regras convencionais não são vinculativas, e não podem ser exigidas judicialmente, o que, de certa maneira, imobilizaria a conduta regulada, então a necessidade política que impulsionar sua mudança não encontrará obstáculos, pelo que de pronto haverá ocorrido, pois, uma mutação constitucional (note-se que aqui os conceitos de Jellinek vão-se entrelaçando: somente uma necessidade política pode legitimar uma regra convencional).⁶⁴⁰

Com efeito, na ótica de Jellinek as regras convencionais podem produzir mutação constitucional sob duas perspectivas. Primeiro, pelo só fato de ela tornar-se regra, é mutação constitucional, no sentido de que regula a realidade constitucional de modo diferente daquele estabelecido pelo programa normativo textual, modificando não apenas o *ser*, mas o *dever ser*, a partir de norma não escrita. Segundo, por ser flexível (= não vinculativa, não exigível judicialmente), dando ocasião oportuna e mais frequente a mudanças de orientações, conforme a necessidade política da comunidade constitucional.

(cf. nota de rodapé nº 380, acima) confirmando o recente entrave político decorrente da crise econômica na Grécia.

⁶³⁹ No aspecto, Jellinek parece ter adotado parcialmente a teoria de A. V. Dicey (*An introduction to the study of the Law of the Constitution*, 1885), *apud* URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, pp. 112-3.

⁶⁴⁰ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 43. Sobre a necessidade política como pressuposto da mutação constitucional, cf. capítulo 2.3, acima.

Em sentido oposto, Dau-Lin minimiza a utilidade da doutrina das regras convencionais para justificar as mutações constitucionais.⁶⁴¹ Para tanto, ele interliga três conceitos de direito comparado e analisa-os à luz das mutações constitucionais: *conventions of the Constitution* (Inglaterra), *usages* (Estados Unidos) e *Konventionalregeln* (“regras convencionais” – Alemanha).

Antes de prosseguir, Dau-Lin faz o tradicional alerta segundo o qual os institutos advindos do *Common Law* não podem ser inseridos sem adaptações nos sistemas jurídicos oriundos do direito continental, dadas as inconciliáveis e profundas diferenças entre as duas tradições.⁶⁴² Desse modo, desde logo Dau-Lin destaca que as *conventions* e os *usages* não podem ser incorporados ao Direito alemão (e por razões semelhantes, ao brasileiro) sem o esforço de adaptá-los e modificá-los onde houver necessidade. Ao verificar que as diferenças entre as duas tradições jurídicas são grandes, questiona se um conceito originariamente elaborado no âmbito do constitucionalismo inglês “*puede servir a la teoría general del derecho constitucional,*”⁶⁴³ e conclui que “*una doctrina que es de importancia fundamental y de valor imprescindible para la teoría y práctica inglesas, es inservible en un ordenamiento jurídico continental.*”⁶⁴⁴

Pois bem. Ao pesquisar o mais antigo desses três institutos, Dau-Lin busca na obra de Dicey⁶⁴⁵ esclarecimentos acerca das duas espécies de normas constitucionais na Inglaterra, já referidas anteriormente por Jellinek: de um lado, há o *Constitutional Law*, que são as normas constitucionais propriamente ditas, reconhecidas como tais pelos tribunais; de outro lado, há as *conventions of the Constitution*, que são “*convenciones, entendimientos, hábitos, o prácticas que aunque puedan regular la conducta de los diversos miembros del poder soberano [...], en realidad no son leyes en absoluto, puesto que no pueden hacerse valer por los tribunales.*”⁶⁴⁶

Embora as premissas sejam as mesmas utilizadas por Jellinek, Dau-Lin trilha outro caminho para dizer que as *conventions* não servem para demonstrar ocorrência de mutações constitucionais.

⁶⁴¹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 127-48.

⁶⁴² DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 129.

⁶⁴³ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 131.

⁶⁴⁴ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 143.

⁶⁴⁵ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. 8. ed. London, 1927, *apud* DAU-LIN, Hsü. Ob. cit.

⁶⁴⁶ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 131.

As *conventions*, destarte, não vinculam os tribunais e nunca foram por eles pronunciadas como normas jurídicas. Logo, pela tradição anglo-saxônica, que justamente tem na proclamação dos tribunais um requisito para revestir de juridicidade as normas de conduta, elas não podem ser tidas como normas jurídicas. Elas são, pois, flexíveis, “*varían de generación en generación, de año a año.*”^{647 648}

Com efeito, já que as *conventions* não vinculam os tribunais e já que não existe um meio formal de constranger os agentes estatais de agirem conforme o que elas estabelecem, o que mantém a validade das *conventions* é tão-somente o temor político em descumpri-las e a pressão da opinião pública.⁶⁴⁹

Da mesma forma, os *usages* americanos não são aplicados pelos tribunais. A diferença é que enquanto no Direito inglês tanto o *Constitutional Law* como as *conventions of the Constitution* não são escritos, nos Estados Unidos apenas os *usages of the Constitution* não são escritos, diferenciando-se das normas constitucionais em sentido estrito, que são escritas e, logo, vinculativas, por serem aplicadas pelos tribunais.⁶⁵⁰

En el derecho norteamericano el punto de partida para la formación del concepto de los *usages of the Constitution* consiste en la *Constitución escrita*. *Usage* es lo que no está en la Constitución escrita: sabido es que también la Constitución americana dejó [...] muchas materias importantes sin precisar. La regulación de estas materias, cuya necesidad se sobreentienden, se operó siguiendo un doble camino: por un lado, por el camino de la legislación del Congreso [...]; por otro lado, se realiza mediante simples costumbres, o por el camino de los “*usages*”.^{651 652}

⁶⁴⁷ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. 8. ed. London, 1927, p. 30, *apud* DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 133.

⁶⁴⁸ Na conceituação das funções da Constituição de Konrad Hesse, adotada nessa pesquisa, poder-se-ia arriscar dizer que as *conventions* exercem a função atualizadora do Direito, enquanto o *Constitutional Law* executa a tarefa estabilizadora. Cf. capítulo 3.1 acima.

⁶⁴⁹ DAU-LIN, Hsü. *Ob. cit.*, p. 133.

⁶⁵⁰ Apenas a título ilustrativo, e para tornar algo mais concreta a diferenciação, tanto as *conventions* como os *usages* carregam normas da seguinte estirpe: nos Estados Unidos, os delegados eleitos pelos colégios eleitorais estaduais têm a prerrogativa de livremente escolher seu candidato à Presidência do país, mas nunca escolheram alguém que não seja aquele candidato escolhido pelo povo do Estado que o elegeu; nenhum presidente foi reeleito por mais de dois períodos; o Parlamento nunca fez uso de sua indiscutível competência de vetar a formação dos Ministérios e Secretarias, etc.

⁶⁵¹ DAU-LIN, Hsü. *Ob. cit.*, p. 138. Grifos no original. Cf., também, sobre o tema, BRYCE, James. *A comunidade americana*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1959. No original, citado por Dau-Lin, *American Commonwealth*. (New edition) New York: 1926, v. I, p. 393.

⁶⁵² Verifica-se, aqui, um ponto de encontro entre a teoria de Dau-Lin e a de Bruce Ackerman, na medida em que ambos reconhecem que a “complementação” das normas constitucionais dá-se, dentre outros,

Com efeito, os *usages* são os costumes constitucionais dos Poderes americanos. São normas não escritas que regem, pela tradição, a relação entre os poderes constituídos.

Bajo “*usages*” deben entender, justamente, tales normas que por cierto se observan de hecho, pero no pertenecen al ambito del “*law*”. Es precisamente el concepto de las *conventions of the Constitution* de la teoria constitucional inglesa que aquí solamente recibe otro nombre.⁶⁵³

Desse modo, verifica-se que a elasticidade tanto das *conventions* como dos *usages* é consideravelmente grande. Ambos podem modificar-se facilmente, sem reparos formais, de acordo com a necessidade política. Contudo, eles possuem uma importante diferença: uma vez que uma *convention* seja reconhecida pelos tribunais, ela se torna *law* – pois, como dito, a única diferença entre *law* e *convention* é a sua vinculação pelos tribunais. Já os *usages* encontram limite prévio ao âmbito judiciário: eles não podem contrariar a Constituição escrita. Assim, os *usages* nunca poderão vir a ser *law* se não estiverem em absoluta conformidade com o texto constitucional.

[E]s indiferente la constancia que observa un *usage*, pues siempre seguirá siendo sólo un *usage* en tanto carezca de un fundamento constitucional, a diferencia de las *conventions* inglesas que en cualquier momento pueden convertirse en normas jurídicas, sea adaptándolas una ley, sea reconociéndolas los tribunales. Mientras que en Inglaterra la frontera entre el *law of the Constitution* y las *conventions of the Constitution* es fluida, en América se puede señalar fácilmente la frontera entre el *constitutional law* y los *constitutional usages* recurriendo a la Constitución escrita.⁶⁵⁴

Os *usages*, assim, possuem alta flexibilidade (promovem bem a função dinâmica), mas demasiadamente baixa vinculatividade (desatendem à função estática). Por exemplo, pode-se citar como um *usage*

através da elaboração de leis pelo Congresso Nacional, ou, pelo que Ackerman chamaria de *landmark statutes*. Cf. capítulo 4.2.1, acima.

⁶⁵³ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 137. Grifos no original.

⁶⁵⁴ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 140.

a praxe política norte-americana, segundo a qual o chefe da república apenas deverá reeleger-se uma outra vez, na chamada doutrina dos dois termos presidenciais, conquanto não haja nenhuma proibição constitucional de uma reeleição sucessiva. Tal praxe vigorou durante cerca de 150 anos da história norte-americana, sendo destruída momentaneamente na época de Franklin Roosevelt, por motivos ocasionais decorrentes da guerra contra o fascismo.⁶⁵⁵

Vê-se, assim, que a mesma característica dos *usages* norteamericanos que trazem benefício à vida constitucional, que é a sua flexibilidade, permitindo que em situação de necessidade política afaste-se da regra, trazem prejuízo, ao trazer insegurança e instabilidade ao arranjo constitucional.

Além disso, o episódio acima citado demonstra, ao mesmo tempo, como as mutações constitucionais fundem-se entre si e as suas fontes atuam com independência podendo até mesmo coincidir: um uso habitual promoveu uma mutação constitucional (vedação de reeleição presidencial por mais de uma vez); estabelecida essa norma por força de mutação, uma necessidade política decorrente de uma circunstância fática da maior grandeza – a guerra contra o fascismo – promoveu-lhe uma nova mutação constitucional (admissão de reeleição presidencial por mais de uma vez).

Assim, os sistemas jurídicos continentais, como o alemão e o brasileiro, se é que podem buscar identificação, de alguma forma, com um dos dois grandes sistemas jurídicos de origem anglo-saxônica, encontram-na mais no norteamericano do que no inglês, pelo critério da relevância do texto constitucional. Enquanto as *conventions* inglesas não encontram óbice no texto constitucional (e, lembre-se, isso só ocorre porque não há texto constitucional), os *usages* não podem contrariar as normas escritas na Constituição americana.

Do exposto pode-se concluir que se é possível ocorrer mutações constitucionais no sistema jurídico brasileiro por força dos costumes constitucionais, a partir das lições americanas e inglesas, o fato de termos uma Constituição escrita (e rígida) identifica nossos costumes constitucionais com os *usages* americanos, e não com as *conventions* inglesas.

⁶⁵⁵ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 166.

Vale referir, ainda, a absorção da doutrina alemã desses institutos inglês e americano, a partir do conceito das *Konventionalregeln* (“regras convencionais”), também utilizadas por Jellinek, acima, para justificar as mutações constitucionais. Hatschek definiu regras convencionais como “*aquellas normas que representan una fase preliminar del derecho en el proceso de su formación, y aunque no consiguieron convertirse en fuentes jurídicas oficiales, no son menos eficaces*”.⁶⁵⁶ Isto é, as regras convencionais ainda não são oficialmente normas jurídicas, mas indicam o início de um processo de formação de normas jurídicas latentes, ou de transformação delas.

A inaplicabilidade da doutrina das regras convencionais fora do *Common Law* reside na indeterminação da fronteira entre elas e as autênticas normas jurídicas,⁶⁵⁷ o que lembra a Teoria Pura do Direito, de Kelsen, na medida em que esta somente admite a juridicidade de uma norma quando ela assume caráter jurídico em sentido objetivo, além de ser norma jurídica em sentido subjetivo.⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ HATSCHEK, Julius. *Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht*. In: *JöR*, III (1909), p. 4, *apud* DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 141.

⁶⁵⁷ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 143.

⁶⁵⁸ Kelsen propunha que para uma norma ser considerada “jurídica” precisa atender a dois sentidos: um objetivo (ter sido editada segundo um procedimento estabelecido por outra norma hierarquicamente superior, cuja publicação pela autoridade competente atesta, em princípio, tal observância) e um subjetivo (pretender impor-se como norma, isto é, ter intenção de regular condutas humanas, de ter sua sanção levada a cabo quando infringida; ser um mandamento deontológico; em apertada suma: ter um conteúdo de dever-ser). Assim, “válida” (= jurídica; em conformidade com o ordenamento) é a norma jurídica que tenha sido publicada como tal pela autoridade competente (sentido objetivo) e que tem pretensão de produzir efeitos reguladores de comportamentos humanos (sentido subjetivo). Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 pp. 2-18, *passim*. Evidentemente, a idéia é complexa, e sua adequada compreensão exige a leitura de muito mais do que as páginas indicadas. Contudo, as seguintes palavras do autor, extraídas do trecho indicado, confirmam o que aqui se diz: “é preciso distinguir o sentido subjetivo do sentido objetivo. ‘Dever-ser’ é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como ‘norma’. A circunstância de o ‘dever-ser’ constituir também o sentido objetivo do ato exprime que a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida), não apenas do ponto de vista do indivíduo que põe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado – e isso muito embora o querer, cujo sentido subjetivo é o dever-ser, tenha deixado faticamente de existir, uma vez que, com a vontade, não desaparece também o sentido, o dever-ser; uma vez que o dever-ser ‘vale’ mesmo depois de a vontade ter cessado, sim, uma vez que ele *vale* ainda que o indivíduo cuja conduta, de acordo com o sentido subjetivo do ato de vontade é obrigatória (devida) nada saiba desse ato e do seu sentido, desde que tal indivíduo é havido como tendo o dever ou o direito de se conduzir de conformidade com aquele dever-ser. Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser ‘objetivo’, é uma *norma ‘válida’* (*‘vigente’*), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como uma norma ‘superior’, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato.” Grifou-se.

No Brasil, alguns costumes constitucionais poderiam exemplificar mutações constitucionais.

O art. 49, I, da Constituição da República de 1988 determina que somente os tratados e convenções internacionais que tragam compromissos gravosos para o Brasil (ou seja, envolvimento financeiro, com dívida para o país), devem ser objeto de prévia apreciação pelo Congresso Nacional. Daí se pode concluir que os demais tratados e convenções, a saber, aqueles que não onerem o erário nacional, podem ser firmados livre e diretamente pelo Presidente da República. No entanto, desde o começo da República, o Executivo sempre submete à apreciação do Congresso todo e qualquer tratado ou convenção internacional, para prévia aprovação. Surge, com isso, um costume que, sem contrariar uma norma constitucional, cria um dever para um órgão constituído.

Observe-se que, através desse novo dever, amplia-se a legitimidade dos tratados e convenções, vez que todos eles passam pelo crivo de um segundo Poder da República, ao mesmo tempo em que o próprio Executivo autolimita o seu poder de firmar autonomamente tratados e convenções internacionais.

Restaria questionar se, na eventualidade de a Presidência da República ratificar um tratado internacional não oneroso sem a chancela do Congresso, alguém poderia questionar a sua validade. Emitir opinião, aqui, seria quase um exercício de futurologia.

Outro exemplo de costume constitucional no direito brasileiro, segundo Luís Roberto Barroso, “é o do voto de liderança nas Casas Legislativas, sem submissão da matéria ao Plenário.”⁶⁵⁹ A propósito desse exemplo, o autor corretamente observa que alguns usos tangenciam a linha de fronteira com a inconstitucionalidade, referindo, também, a “prática antiquíssima, mas intermitentemente questionada, que envolve as delegações legislativas, notadamente as que envolvem a ampla e poderosa competência normativa do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional.”⁶⁶⁰

Esses exemplos confirmam a constatação de Jellinek, ao estabelecer relações entre necessidade política, regra convencional e mutação constitucional, de que “*la*

⁶⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 222

⁶⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 222

Constitución se transforma según el modo como se ejerce el poder estatal.”⁶⁶¹ Mas o autor também envereda a investigação para a pergunta inversa: a Constituição também se transforma pelo não uso de uma competência constitucional? Isto é, o não exercício constante e continuado de um poder por parte dos órgãos constitucionais produz uma mutação constitucional para vedar-lhe o exercício?

O exemplo examinado por Jellinek é bastante típico. O processo legislativo inglês incluía a competência da Coroa de sancionar as leis aprovadas pelo Parlamento, e entendia-se que a negativa de sanção equiparava-se a um veto. Ocorre que desde a última vez em que a Coroa vetara um ato do Parlamento já se passavam mais de dois séculos quando Jellinek escreveu seu trabalho. Eis a pergunta: o processo legislativo inglês sofrera mutação constitucional para fazer desaparecer o suposto “direito a veto” da Coroa? Jellinek entende que não. O autor faz uma longa investigação histórica ao comparar os processos legislativos na Alemanha, Prússia, Bélgica, Noruega, Estados Unidos e até na própria Inglaterra, bem como as relações entre os órgãos constitucionais nesses países, e conclui o seguinte:

De nuestra exposición resulta que de ninguna manera puede concluirse que por el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resulten obsoletas. En este sentido se puede decir que el Derecho supremo del Estado según su esencia es imprescriptible.⁶⁶²

Contudo, quer parecer que essa conclusão não pode ser irrestritamente universalizada. Para sustentar a não ocorrência de mutação constitucional no exemplo do veto pelo Chefe de Estado, a linha argumentativa do autor é inteiramente traçada em cima da imprescindibilidade dessa competência, para o bem e a harmonização política da vida estatal. Argumenta que ainda que o Chefe de Estado não utilize o veto, o só fato de ser-lhe permitido fazê-lo restringe a produção legislativa ao âmago do politicamente aceitável. A iminência de ter seu ato vetado constrange o Parlamento a observar essa competência e a não produzir atos que firam a ordem política estatal.

⁶⁶¹ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 45.

⁶⁶² JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 51.

Por isso, a conclusão que se pode extrair das lições de Jellinek não deve ser a de que o simples não uso de qualquer competência constitucional não faz cessar essa competência, mas sim a de que o não uso de uma competência *imprescindível* para a ordem constitucional não a faz desaparecer por força de mutação constitucional.⁶⁶³

Essa conclusão se confirma ao verificar-se outro exemplo de competência constitucional de pouco uso efetivo trazido pelo autor, qual seja, o da responsabilidade ministerial. Jellinek analisa esse instituto dentro das ordens constitucionais da Áustria, do *Reich*, da França, da Itália, da Espanha, da Prússia, da Bélgica, da Dinamarca e da Islândia, e conclui que “*las experiencias realizadas con los institutos de acusación de los ministros y con los tribunales estatales, permiten hoy a los Parlamentos de estos Estados configurar la responsabilidad ministerial como exigencia puramente doctrinal.*” E que, assim, esse instituto, “[a] pesar de todas las garantías de las Constituciones ha quedado letra muerta.”⁶⁶⁴

Desse modo, em contrapartida à questão da manutenção do veto à legislação pelo Chefe de Estado mesmo ante seu não uso, em razão da sua relevância para a ordem constitucional, Jellinek parece querer demonstrar que outro instituto, a responsabilidade ministerial, não obstante sua expressa previsão normativa textual em diversas constituições, não tem força normativa para impor-se à realidade, por tratar-se de instituto desinteressante à vida política estatal, como quem dissesse que a responsabilidade ministerial é deletéria à vida política do Estado. E por isso mesmo, Jellinek admite que o não uso da responsabilidade ministerial possa significar que esse instituto tenha desaparecido por força de uma mutação constitucional.

Tem-se, assim, um instituto sem uso, mas que não sofreu mutação constitucional para perder força normativa (o veto), e outro instituto sem uso que efetivamente sofreu tal mutação (a responsabilidade ministerial).

De todo o exposto, pode-se concluir que o não uso de uma competência constitucional não é um critério adequado para aferição de sua manutenção ou desaparecimento do ordenamento por força de mutação constitucional. O critério,

⁶⁶³ “Por eso, una de las investigaciones más difíciles consiste en determinar, en el caso particular, en qué medida un poder nunca ejercido de hecho tiene relevancia jurídica o no. Es decir, si es válido, si es capaz de cumplir, en algún caso, su propósito normativo para la vida estatal.” JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 51

⁶⁶⁴ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 52-3.

segundo Jellinek, deve ser o da necessidade política.⁶⁶⁵ Se um instituto for politicamente necessário à ordem constitucional, o seu não uso não enseja mutação constitucional. Se for dispensável, enseja.

Hsü Dau-Lin também se depara com a questão da “norma jurídica obsoleta”.⁶⁶⁶

Enquanto Jellinek havia resolvido o problema com os conceitos de necessidade política e de imprescindibilidade da norma supostamente obsoleta, Dau-Lin aborda-o a partir do tema dos costumes como fonte do Direito. Para o autor, ao falar-se em “validade” da norma jurídica, é preciso distinguir “validade social” de “validade jurídica”. Validade em sentido técnico-jurídico significa tão-somente a positividade de uma proposição jurídica. Já a validade social no sentido filosófico-jurídico é o efeito, a eficácia de uma proposição jurídica na vida da realidade social.⁶⁶⁷ Essa distinção somente passou a ser feita no constitucionalismo alemão pós-guerra. Por isso, Laband e Jellinek não poderiam vislumbrar inteiramente o problema da mutação constitucional da norma jurídica obsoleta.⁶⁶⁸ Resolver essa questão passa, então, pela seguinte pergunta: “¿cómo pierde una proposición jurídica, válida jurídicamente, su validez social?”⁶⁶⁹

Para Dau-Lin, a perda da validade social de uma norma juridicamente válida se dá pelo mesmo processo através do qual um costume se torna norma jurídica, apenas que com o “sinal invertido”. Isto é, se se entende que os costumes são fonte do Direito, se se entende que uma norma consuetudinária é socialmente válida, a despeito de não o ser juridicamente, e que a norma consuetudinária tende a tornar-se jurídica, então o inverso também é verdadeiro: se uma norma é válida juridicamente, mas não o é socialmente, isto é, possui validade técnica, mas não possui eficácia social, então essa norma tende a deixar de ser jurídica.

Si en general se sostiene la tesis que una proposición jurídica consuetudinaria es jurídica y real, entonces hay que admitir, consecuentemente, que una proposición jurídica que deviene obsoleta ya no es una proposición jurídica. [...] [L]a falta de la existencia formal

⁶⁶⁵ Cf. capítulo 2.3, acima, em que se tratou da necessidade política como pressuposto da mutação constitucional.

⁶⁶⁶ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 67-74.

⁶⁶⁷ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., pp. 68.

⁶⁶⁸ Essa é a constatação de Dau-Lin, ao analisar a obra de Laband (*Staatsrecht*, II, pág 75). Diz Dau-Lin: “Esta es, en efecto, la posición del positivismo de preguerra. El concepto de validez jurídica y de validez social se mezclaron e identificaron: ‘la norma ‘positiva’ ‘es válida’”. DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., pp. 71.

⁶⁶⁹ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., pp. 69.

no significa de ninguna manera la negación de una proposición jurídica existente. Por eso, sólo la existencia formal no es suficiente para fundamentar la realidad, la existencia real de una proposición jurídica real.⁶⁷⁰

Se uma norma válida juridicamente perde sua validade social, aplicá-la traz a sensação da prática de um ato ilegal. Assim como o cumprimento de uma norma de direito consuetudinário, no entender do autor, produz um efeito completamente jurídico, também o descumprimento de uma norma socialmente obsoleta produz a sensação de se praticar ato jurídico.

Destarte, Dau-Lin admite a mutação constitucional (enquanto incongruência entre norma constitucional e realidade a ser regulada) pelo desuso de uma norma. Mas ele o faz, como dito, entendendo a situação a partir da noção do costume como fonte do direito com o sinal invertido. Significa dizer, assim como a norma consuetudinária depende de alguns requisitos para ser considerada “socialmente válida” (requisitos objetivos e subjetivos, como o transcurso do tempo, a reiteração da conduta e o sentimento de vinculação a ela), são necessários alguns requisitos para que uma norma juridicamente válida possa ser considerada obsoleta, despida de validade social.

Tratando de assunto semelhante, Anna Cândida define a inércia constitucional⁶⁷¹ como uma “inatividade consciente na aplicação da Constituição”.⁶⁷² Ou seja, o órgão incumbido de realizar a norma constitucional através de uma conduta comissiva omite-se, produzindo uma realidade constitucional distinta da preconizada pelo texto da Constituição (e nesse sentido produziria uma mutação constitucional). A autora ainda destaca que a inércia pode decorrer mesmo da inviabilidade fática da norma; “na maioria dos casos, porém, a inércia resulta de fatores políticos”.⁶⁷³

É importante observar que Anna Cândida classifica a inércia, assim como o desuso, tratado a seguir, ao lado, também, da “mudança tácita”, analisada mais adiante, como “processos anômalos de mudança informal da Constituição”. E os processos

⁶⁷⁰ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 70-1.

⁶⁷¹ Este estudo é uma das grandes contribuições da obra de Anna Cândida para o constitucionalismo brasileiro, na medida em que reivindicou como poucos a adoção de mecanismos que combatam a omissão constitucional, tendo chegado mesmo a propor a criação de uma ação judicial que buscasse combatê-la, o que certamente inspirou o constituinte de 1988 a prever a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

⁶⁷² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 218.

⁶⁷³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 228.

anômalos, na classificação de Anna Cândida, formam as “mutações *inconstitucionais*”, ao lado dos “processos de mudança informal manifestamente *inconstitucionais*”, que são os que expressamente ferem a letra ou o espírito da Constituição.

Prosseguindo, Anna Cândida dá como exemplo de inércia na história do Brasil a realização do plebiscito a que deveria ser submetida a Constituição Federal de 1937, conforme estabelecido em seu art. 187. Ante a inércia dos poderes constituídos em promovê-lo, o país viveu sob a ditadura de uma Constituição outorgada de 10 de novembro de 1937 a 29 de outubro 1945.⁶⁷⁴

Para Anna Cândida, a inércia na realização de normas constitucionais é processo de mutação *inconstitucional* porque produz uma distinção entre norma e realidade constitucionais extremamente prejudicial à Constituição, “de um lado porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição.”⁶⁷⁵

Acerca dessa afirmação Anna Cândida acertadamente esclarece, em nota de rodapé, que “[p]or vezes a inércia procede. Ocorre nos casos em que a previsão constitucional não está conforme à realidade. Mas a hipótese é rara e os detentores do poder teriam respaldo suficiente, nesse caso, para tentarem mudar formalmente a Constituição.”⁶⁷⁶ A experiência constitucional brasileira já produziu exemplo que confirma a observação.

O art. 192, § 3º da atual Constituição⁶⁷⁷ criminalizava como usura a cobrança de juros acima de doze por cento ao ano. Esse dispositivo foi debatido em uma das primeiras ações diretas de inconstitucionalidade, a ADI nº 4-DF, em que o STF entendeu que tal norma não era autoaplicável, dependendo de lei regulamentadora (a importância da fixação de tal entendimento era tamanha que o Supremo solidificou-o no Enunciado nº 648 de sua Súmula e, posteriormente, emprestando-lhe ainda maior vigor, transformou-o na Súmula Vinculante nº 7). Enfim, embora a limitação da taxa de juros do sistema financeiro nesse patamar fosse (e talvez ainda seja) almejada pela maioria dos brasileiros, é sabido que tanto hoje como (e principalmente) na época em que

⁶⁷⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 227.

⁶⁷⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 232.

⁶⁷⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 232, nota de rodapé nº 42.

⁶⁷⁷ Esse exemplo será novamente analisado, sob outra perspectiva, abaixo, na conclusão deste trabalho.

promulgada essa norma, a economia nacional não a suportaria. A norma, assim, era faticamente inaplicável no Brasil. Deixar de aplicá-la, por isso, não pode ser considerado inércia inconstitucional, na medida em que, como afirmado por Anna Cândida, “busca adaptar a Constituição à realidade”. Além disso, a constatação da autora de que “os detentores do poder teriam respaldo, nesse caso, para mudar a Constituição”, também se confirma, na medida em que o art. 192, § 3º acabou revogado pela Emenda Constitucional nº 40 de 2003. Isso confirma a proposição segundo a qual quando a inércia busca adaptar a Constituição à realidade não se trata de processo inconstitucional.

Tal proposição pode ser generalizada para se aplicar a toda mutação constitucional: os processos de adaptação da norma constitucional à realidade são os que, na opinião da autora, promovem as mutações constitucionais “legítimas”, adequadas, necessárias e queridas pelo ordenamento. A mutação constitucional, sob esse aspecto, busca adaptar a Constituição à realidade, e uma mutação *inconstitucional* aumenta a descrença na Constituição. Dito de outro modo, a mutação constitucional é instituto que busca conciliar norma e realidade, aumentando, assim, a normatividade da Constituição.

Além disso, o exemplo do art. 192, § 3º também pode produzir uma segunda proposição: a experiência constitucional brasileira demonstra que a desconformidade entre texto e norma, no nosso ordenamento constitucional, abala o sistema de tal maneira que recomenda e permite que o seu reencontro se dê através de mudança *formal* da Constituição, e não através de mutação constitucional, como seria o caso da inércia em aplicar o preceito do art. 192, § 3º. Esse é um indício importante de como a tradição jurídico-constitucional brasileira lida com a incongruência entre realidade e normatividade constitucionais.

De todo modo, a inércia diferencia-se do desuso, na medida em que a primeira é *intencional*⁶⁷⁸ e o segundo é simplesmente a não aplicação acidental da norma constitucional. Ao contrário da inércia, pelo desuso não se tem a intenção tácita de afastar do ordenamento determinada norma. “Preceitos constitucionais escritos decadentes, superados ou envelhecidos, sem qualquer ressonância com a realidade

⁶⁷⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 230 e 234.

social e as idéias dominantes são silenciados, mediante prática [omissiva] diuturna e silenciosa”.⁶⁷⁹

É importante dizer que, para Anna Cândida, nem a inércia nem o desuso revogam a norma constitucional.⁶⁸⁰ Normas constitucionais não aplicadas tanto por uma como por outro podem, a qualquer tempo, voltar a ser aplicadas. Nisso, aliás, diferenciam-se, para a autora, do costume *contra constitutionem*, que tem intenção de tacitamente revogar a norma constitucional que contraria. Ora, uma norma escrita não pode ser revogada por um costume. E por isso Anna Cândida (e a maioria dos autores estudados) não admite o costume *contra constitutionem*.⁶⁸¹

Diversos exemplos de desuso de normas constitucionais no Brasil e no direito comparado são trazidos pela autora.⁶⁸² Na Suíça, os cantões nunca exercitaram seu direito de, reunidos em oito, solicitar um “referendo legislativo” ou, reunidos em cinco, convocar uma sessão extraordinária das Câmaras. O Presidente da França nunca solicitou, sob a égide da Constituição de 1875, nova deliberação de lei aprovada pelas duas Câmaras. Na Suécia, a última vez em que o Rei usou seu poder de veto sobre a legislação ocorreu em 1912, e na Dinamarca, em 1865. No Brasil, a competência dos juízes e tribunais federais, prevista no art. 60, “d” da Constituição de 1891, para “processar e julgar litígios entre um Estado e cidadãos de outro, ou entre cidadãos de Estados diversos, diversificando as leis destes” nunca foi exercida. Mas isso não significa que essas normas tenham sofrido mutação constitucional. Por isso Anna Cândida reforça que somente ao se tratar de processo que “busca ou visa a adaptação da Constituição à realidade, às novas circunstâncias sociais, às novas exigências, que desaconselham o uso da norma vertida na Constituição [...] [será] admissível o *desuso* como processo de mudança constitucional”.^{683 684}

Ainda dentro da esfera de atuação dos poderes constituídos, Jellinek chama de mutação constitucional a alteração da práxis política quando esta não é regulada de

⁶⁷⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 234.

⁶⁸⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., pp. 234-5.

⁶⁸¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 234, nota de rodapé nº 1, e p. 235.

⁶⁸² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., pp. 236-7.

⁶⁸³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 237. Grifo no original.

⁶⁸⁴ Aqui se pode comparar a teoria de Anna Cândida à de Georg Jellinek, na medida em que ambos admitem mutações constitucionais quando uma necessidade política demandar. Cf. exemplo da permanência do *Reichstag*, pp. 64 e 144, acima. Isto é, Anna Cândida admite o desuso como mutação constitucional não apenas para adaptar a norma à realidade (como Hesse), mas também o admite quando “novas exigências desaconselharem o seu uso” (como Jellinek).

forma expressa. Em outras palavras, quando há alguma lacuna no texto normativo, no sentido de haverem permissões aos poderes constituídos para atuar com certa margem de liberdade, a modificação desse comportamento é tida como mutação constitucional. E é no espaço das lacunas que Jellinek acredita ocorrerem as mutações constitucionais mais importantes, porque é a partir delas que não se modifica apenas um ou outro instituto pontual, mas pode-se chegar a toda uma nova ordem constitucional.

Son incomparablemente más instructivas que todas las mutaciones constitucionales, en debate, relativas a este o aquel texto de la Constitución, aquéllas que sin una repentina conmoción del Estado, sin plena destrucción del orden estatal vigente, muestran ¡como resultado final!, la completa reconstrucción del mismo.⁶⁸⁵

Como exemplo de mutação constitucional atuante nos espaços lacunosos da ordem estabelecida, Jellinek recorda que, se por um lado a substituição da era absolutista pela do parlamentarismo se deu por força revolucionária e por modificação formal e estanque da ordem estatal, essa mesma era do parlamentarismo vinha sofrendo modificações informais lentas, porém profundas, ao tempo em que escreveu: “*Sin embargo, estos Parlamentos han experimentado una transformación imprevista creciente a ceder su poder a otros que brotan de ellos, o que están en contacto con ellos, o a disminuir su importancia política.*”⁶⁸⁶

Ao estudar a realidade dos parlamentos inglês, francês, italiano, belga, holandês, sueco e austro-húngaro, Jellinek destaca o enfraquecimento desse órgão que supostamente representaria a soberania nacional. Outros fatores de poder, aos poucos, tomariam o cenário político, como as comissões parlamentares, a figura do primeiro-ministro e a do presidente, ao lado da do chefe de estado, a hegemonia da atividade legiferante pelo Executivo centralizado e os partidos políticos.⁶⁸⁷ Ele ainda chama a atenção para novos fatores de poder que se encaminhavam para assumir um espaço na configuração constitucional, em um futuro próximo ao do período em que escreveu, como a imprensa e as organizações e associações difusas da sociedade civil, em uma

⁶⁸⁵ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 56-7. Cf. a ideia completa no capítulo 5.3, abaixo, especificamente na citação de nota de rodapé nº 872.

⁶⁸⁶ JELLINEK, Georg. Ob. cit., pp. 58.

⁶⁸⁷ JELLINEK, Georg. Ob. cit., pp. 58-81, *passim*.

observação quase profética se não decorresse da aguçada percepção político-sociológica do autor alemão.⁶⁸⁸

Anna Cândida da Cunha Ferraz concorda que o espaço do costume constitucional para promover mutações restringe-se às lacunas (costume integrativo) e às normas imprecisas (costume interpretativo).⁶⁸⁹ Os exemplos citados por Anna Cândida são de práticas constitucionais realizadas nos Estados Unidos, na França e na Suíça, que complementam a Constituição.⁶⁹⁰ Anna Cândida ainda faz referência a costumes constitucionais que, de um modo geral, acabam integrando várias constituições do mundo, como “os usos e costumes parlamentares, tais como a obstrução, o *apoio* a um projeto, o arquivamento de projetos, o *veto interna corporis*, etc.”⁶⁹¹

Também Hsü Dau-Lin relaciona a mutação pela prática estatal contrária à Constituição com a questão das lacunas constitucionais.⁶⁹² Enquanto, Jellinek havia deixado implícito que as mutações constitucionais mediante práticas estatais apenas indiretamente contrárias à Constituição eram resultado dos espaços que o constituinte houvesse deixado em aberto, isto é, onde houvesse lacuna, ali haveria propensão à mudança da Constituição pela prática dos órgãos estatais, sem contrariá-la diretamente,⁶⁹³ Dau-Lin afirma que os exemplos de mutação constitucional derivada da prática estatal que não viole diretamente a Constituição não são resultado de lacunas. Para ele, “*la mutación existe porque la situación jurídica de hecho surgida recientemente, no puede deducirse del sentido sistemático de la Constitución, ya que no le corresponde.*”⁶⁹⁴ A modificação, nesse caso, não é de um dispositivo constitucional

⁶⁸⁸ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 85-91.

⁶⁸⁹ Quanto a este tipo de costume, o que promove interpretação de normas cujo conteúdo admita mais de um significado, pode-se criticar a teoria de Anna Cândida referindo que, na verdade, trata-se mais de espécie de interpretação constitucional do que de costume constitucional propriamente dito.

⁶⁹⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 203.

⁶⁹¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 208.

⁶⁹² DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 49.

⁶⁹³ Dau-Lin reage energeticamente contra essa proposição, atacando sua fragilidade lógica. O autor lembra que a reforma da Constituição, mediante procedimento formal, que faça incluir no texto constitucional a previsão de fatos não regulados anteriormente não pode ser descrita como uma “mudança constitucional”, porque se não havia regulação anterior, e passar a haver, não haveria o que mudar, sendo tal reforma algo como uma “regulação constitucional originária”. Se isso é assim, menos ainda se poderia dizer que a regulação informal da vida estatal, pela prática efetiva dos órgãos supremos, onde a Constituição não a regule formalmente, pode ser chamada de mudança. Logo, se não é mudança, não é “mutação constitucional”. DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 65.

⁶⁹⁴ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 65.

positivo específico, mas de um “*principio que se infiere del contexto, del sistema de las normas constitucionales.*”⁶⁹⁵ Essa concepção de consideração sistemática das normas constitucionais, segundo a qual elas não se devem tomar isoladamente, mas sempre dentro de um conjunto teleológico-axiológico, leva à conclusão de que a modificação de uma norma isolada implica a modificação de todo o contexto sistemático em que ela se insere.⁶⁹⁶

Antes de prosseguir, é decisivo destacar que Dau-Lin somente admite a mutação constitucional resultado da prática de atos estatais contrários à Constituição que não a violem diretamente. Vale dizer, se há dispositivo específico, os órgãos constituídos não podem contrariá-lo. Em o fazendo, a mutação constitucional somente é admitida teoricamente em razão da fragilidade da Constituição ante os órgãos constituídos e da inexistência de uma instância superior ou de controle externo ao sistema constitucional (“quem guarda o guardião?”). “Por mais contrôles que se estabeleçam, nunca se poderá resolver o problema: *Quis custodet custodem?*”⁶⁹⁷

Pois bem. Para a adequada compreensão da relação das mutações constitucionais decorrentes de práticas apenas indiretamente contrárias à Constituição com o problema das lacunas, é necessário entender as duas categorias de normas jurídicas que Dau-Lin vislumbra.

Entre las normas legales de cada ordenamiento jurídico pueden distinguirse dos clases que sólo son iguales según su origen formal; es decir, según su correspondiente concreción jurídica positiva. Ahora bien, conforme a su naturaleza *unas normas son legales auténticas*, es decir, normas culturales sociales, preexistentes, legalmente sancionadas, - normas que contienen un juicio de valor, que aprueban y rechazan [...]; las otras son solamente *normas legales técnicas*, - es decir, normas indiferentes a valores [...] y frente a ellas la conciencia jurídica de los ciudadanos es completamente indiferente.⁶⁹⁸

A partir dessa classificação, a possibilidade da existência ou não de uma lacuna vai depender do tipo de norma jurídica que se entende faltar. Caso se esteja diante de

⁶⁹⁵ DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 65.

⁶⁹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983).

⁶⁹⁷ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 306.

⁶⁹⁸ DAU-LIN, Hsü. Ob. Cit., pp. 52-3. Grifou-se.

uma situação cuja solução demande uma norma autêntica, isto é, caso se necessite a regulação de fatos que exijam a aprovação ou reprovação social, que demandem solução mediante um juízo de valor, “*entonces una decisión es de todas maneras posible. Porque aquí se requiere una valoración por la conciencia jurídica y puede encontrarse siempre, incluso cuando las normaciones no ofrecen por ahora ninguna respuesta.*”⁶⁹⁹

Além disso, a reforçar a tese da ausência de lacunas no Direito, aplicando-a especificamente ao Direito Constitucional, Dau-Lin afirma que a Constituição não pretende regular exhaustivamente as individualidades da realidade vital do Estado, justamente por causa dessa vitalidade e dinamicidade da realidade estatal. Ele recorda, também, que a produção de um documento constitucional é sempre resultado de diversas formas de disputas ideológicas que dificilmente se deixam resolver em definitivo (conservadora/liberal, unitária/federal, socialista/burguesa, etc.). E por isso é possível que haja, no ordenamento constitucional, o que ele chama de “lacunas conscientes”: a ordem constitucional positiva deve fixar somente as diretrizes fundamentais sobre as quais o ordenamento jurídico deve formar-se e a ordem social desenvolver-se.⁷⁰¹ E o preenchimento dessas lacunas conscientes é sempre possível a partir de uma análise global da Constituição:

[E]l sentido sistemático,⁷⁰² que nos sirve de base para negar el concepto de lagunas constitucionales, nos suministra también una señal que indica el camino para resolver las “lagunas constitucionales”

⁶⁹⁹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 53.

⁷⁰⁰ Em consonância com a opinião de Dau-Lin, e sobre a negação das lacunas no Direito e, especialmente, sobre o modo como extrair soluções do todo do ordenamento jurídico, através do pensamento sistemático, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983), pp. 149-241. Em outros pontos as teorias de Dau-Lin e Canaris se tocam, como por exemplo: “Desde luego no es fácil encontrar el criterio objetivo para la cuestión. En todo caso, manipular con la personificación mística del legislador es siempre peligroso. Pero de alguna manera tenemos que partir desde el ordenamiento jurídico; en particular hay que plantearse la naturaleza del campo jurídico concreto, la intención de cierta regulación jurídica. [...] En la teoría jurídica se puede pensar como se quiera, pero si se toca una cuestión de derecho positivo, no cabe olvidar la particularidad del campo jurídico correspondiente, el postulado de una única doctrina legal general y de conceptos básicos jurídicos uniformes, no lleva a ninguna solución cuando surgen semejantes dificultades.” DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 55.

⁷⁰¹ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., pp. 57-59.

⁷⁰² Aqui não apenas as ideias de Dau-Lin e de Canaris se aproximam, mas também, significativamente, a terminologia.

comprovadas, [...] [a saber,] si se considera el espíritu⁷⁰³ de la Constitución como una magnitud existente, si se valora la Constitución como el “principio vital del Estado” y no como simple palabrería, entonces es posible deducir de la Constitución una respuesta si falta una norma expresa para ciertos hechos concretos.⁷⁰⁴

À conclusão, pode-se afirmar que a prática de atos estatais que violem a Constituição não se justifica pela existência de uma suposta lacuna autêntica, na medida em que o ordenamento constitucional deve ser sempre analisado de maneira total, e sempre sob a ótica de sua singularidade valorativa,⁷⁰⁵ a fim de se de extrair uma resposta constitucionalmente aceitável para o problema supostamente não regulado. Com efeito, encontrando-se diante de uma situação concreta que não apresente uma regulação específica, os órgãos constituídos não estão autorizados a dar a solução que entenderem por bem, como se estivessem desvinculados da Constituição. A mutação constitucional, nesse sentido, somente pode ocorrer quando se verificar que o espírito da Constituição mudou e que, sendo esse o caso, a resposta do ordenamento total para o problema sem regulação específica é outra. Do contrário, a prática de ato estatal que viole a Constituição não pode ser justificada como mutação constitucional.

Hsü Dau-Lin ainda menciona a possibilidade de um preceito constitucional ser modificado pelo regulamento de um órgão estatal supremo. A justificativa para essa incongruência entre a norma constitucional e a realidade normatizada é a impossibilidade intrínseca de controle dessa contrariedade à norma. Se os agentes constituídos são aqueles a quem se confere a competência para concretizar a Constituição, e não há outros agentes externos que possam impedir a sua infração, então isso significa que a Constituição é dependente da atuação desses agentes constituídos.⁷⁰⁶ Logo, quando os agentes que da Constituição recebem não apenas a incumbência, mas

⁷⁰³ A opção pela referência específica do termo “espírito” (Geist), derivando-o da noção de “ciências do espírito” (*Geistwissenschaften* = “ciências humanas”), tem um significado bastante específico. Cf. nota de rodapé nº 482, acima. Compreender dessa maneira o “espírito da Constituição” propicia não apenas um meio adequado para encontrar a solução para as “lacunas conscientes” como também permite a construção adequada e sustentável de uma mutação constitucional, em consonância com o conceito de “singularidade valorativa” da Constituição.

⁷⁰⁴ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 60-1.

⁷⁰⁵ Sobre o que Dau-Lin entende por singularidade valorativa da Constituição, cf. pp. 63-78 acima.

⁷⁰⁶ Esse é o núcleo da ideia de “vontade de Constituição”, desenvolvida por Konrad Hesse, já referida no corpo do presente trabalho. Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 49; e HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

também a competência e a legitimidade formal para concretizá-la, regulamentam a sua atuação de maneira desconforme ao texto constitucional, a Constituição acaba por sofrer uma mutação constitucional. A incongruência entre norma constitucional e realidade, nesse caso, decorre do desamparo da Constituição ante seus agentes concretizadores (“quem guarda o guardião?”).

Aqui cabe uma análise em cotejo das teorias de Jellinek e de Dau-Lin, para se verificar como esses autores compreendiam distintamente o fenômeno da mutação constitucional.

Um dos exemplos citados por Dau-Lin para esclarecer a categoria de mutação constitucional por regulamento de órgão estatal supremo é o da transformação do *Reichsrat* em órgão constitucional permanente do *Reich* alemão, por força do parágrafo segundo do seu Regimento Interno de 20 de novembro de 1919, quando a Constituição de Weymar previa sua transitoriedade, no artigo 64. Ora, o *Reichsrat* é, segundo o próprio Dau-Lin, “*copia del Bundesrat del Reich alemán*”⁷⁰⁷. Sendo assim, o exemplo citado anteriormente por Jellinek, quanto à mutação constitucional do funcionamento do *Bundesrat* por necessidade política,⁷⁰⁸ pode ser aplicado ao caso. Ali, Jellinek sustentou que a importância das competências conferidas ao *Bundesrat* impunha seu funcionamento permanente, e que por necessidade política nunca mais havia sido fechado.

A verificação por parte desses dois autores com diferentes perspectivas sobre a mutação constitucional de um mesmo fenômeno histórico demonstra uma interessante conclusão. Nada obstante ambos terem concluído pela ocorrência de mutação constitucional, cada um fundamenta a sua legitimidade a partir de diferentes perspectivas. A análise feita por Dau-Lin é formal: o *Reichsrat* transformou-se em órgão permanente por força de regulamento de órgão constitucional supremo. De outro lado, a análise da mesma situação, feita por Jellinek, é material: o *Bundesrat* transformou-se em órgão permanente por força de necessidade política do exercício permanente de suas atribuições. Para o primeiro, o que opera a mutação constitucional é o meio, o instrumento (no caso, o regimento interno). Para o segundo, a mutação constitucional se

⁷⁰⁷ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 43.

⁷⁰⁸ Cf. capítulo 2.3 acima, e JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 31.

dá independentemente desse meio, desse instrumento, mas por força de um fim, de um interesse.⁷⁰⁹

Mas a atuação estatal dos órgãos constituídos também pode criar situações de incongruência entre norma e realidade constitucionais que não podem ser classificadas como mutações constitucionais.

Luís Roberto Barroso, por exemplo, destaca haver casos de “costumes inconstitucionais ainda não superados, como a rotineira inobservância por Estados e Municípios das regras constitucionais relativas aos precatórios; [...] [e] a consumação da desapropriação sem [prévio] pagamento efetivo da indenização”,⁷¹⁰ para ficar em um par de exemplos, apenas para ilustrar o conceito.

Diante desse tipo de mutação constitucional, o único mecanismo de guarda da Constituição é a jurisdição constitucional, que exerce, no Brasil, em última instância, o controle de constitucionalidade. O problema é quando o controle de constitucionalidade corrobora com essas inconstitucionalidades. Se for esse o caso, “o único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle constitucional não organizado, isto é, o acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos, etc.”,⁷¹¹ na esteira da proposta pluralista e aberta de interpretação constitucional de Peter Häberle.⁷¹²

Na proposta de Anna Cândida da Cunha Ferraz, são espécies de mutações inconstitucionais (a) as práticas que violem a “letra ou espírito” da Constituição (chamadas de “processos manifestamente inconstitucionais de mudança informal da Constituição”) e (b) os processos anômalos de mudança informal da Constituição, que seriam (b1) a *inércia*, (b2) o *desuso*, e (b3) a chamada *mudança tácita* de preceitos constitucionais.

⁷⁰⁹ A visão de Dau-Lin é ainda mais pragmática quando ele analisa o caso da permanência do *Bundesrat*, contrariando o texto constitucional do *Reich* de 1871. Enquanto Jellinek analisou o que entendia estar por trás da mutação constitucional (no caso, a necessidade política), Dau-Lin (bem ou mal) evitou esse subjetivismo ao dizer que a mutação constitucional deu-se pela prática efetiva do *Bundesrat* e do *Kaiser*, deixando de perquirir ou opinar sobre suas causas ou fundamentos.

⁷¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Mutações constitucionais, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223

⁷¹¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 214.

⁷¹² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

Inércia e desuso já foram tratados acima. Resta ver o que Anna Cândida entende por “mudança tácita da Constituição” e por “processos manifestamente inconstitucionais de mudança informal da Constituição”.

A mudança tácita decorre paradoxalmente de uma mudança formal, isto é, decorre da alteração do texto da Constituição mediante atuação do Poder Constituinte Reformador. Pode dar-se de duas maneiras: “a reforma constitucional não indica, com clareza e precisão, o texto alterado, [...] [ou] indica, precisamente, o texto alterado, mas a modificação que introduz contraria norma ou normas existentes no texto da Lei Maior.”⁷¹³

O primeiro caso é semelhante ao que outros autores denominam “reforma material da Constituição”, que é a modificação do conteúdo das normas constitucionais pela promulgação superveniente de norma de hierarquia constitucional que não integra o *corpus*, o conjunto das proposições constitucionais. Assim, o texto constitucional permanece intacto, sem modificação formal, mas com sua validade superada pela promulgação de norma posterior com mesma hierarquia. Dito de outro modo, promulga-se uma norma constitucional formal que contraria uma outra norma constitucional formal, mas não a revoga expressamente, permanecendo ambas formalmente estabelecidas. Neste caso, a norma anterior, com conteúdo contrário à nova norma, deve sofrer uma releitura para adaptá-la à nova ordem constitucional, sofrendo, assim, um processo anômalo de modificação.⁷¹⁴

⁷¹³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 238.

⁷¹⁴ Reforma material da Constituição consiste em promulgar, através de processo legislativo formal, uma norma que se verifique contrariar a Constituição e, por isso mesmo, acabe por ser aprovada pelo mesmo procedimento necessário à modificação formal do texto constitucional, sem, contudo, modificá-lo expressamente. É como ocorre em legislação ordinária, quando “norma posterior revoga norma anterior”. O texto constitucional continua intacto, mas a norma posterior aprovada pelo processo legislativo de reforma constitucional prevalece sobre ele, deixando, assim, uma incongruência entre texto constitucional (original) e a realidade que ele pretende regular e, nesse sentido, promove uma mutação constitucional. Cf. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 75-85 e CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 1.069 e ss. Embora se trate de um conceito estranho ao ordenamento brasileiro, depois da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o art. 5º, § 3º da Constituição da República de 1988 prevê procedimento semelhante, ao autorizar que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo procedimento de emenda constitucional recebam efetiva hierarquia de emenda constitucional, formando o que hodiernamente tem-se chamado de “bloco de constitucionalidade” (cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 103-38). Assim, se uma norma internacional sobre direitos humanos for internalizada ao nosso ordenamento com *status* de emenda constitucional, ainda que contradiga norma constitucional poderá ser considerada válida, mesmo sem alterar o texto constitucional original, que ficará, em princípio, inaplicável, “inválido”. Se isso ocorrer, haverá incongruência entre o texto constitucional original, intacto, e a realidade. A propósito, há

O segundo tipo decorre da mudança formal da Constituição, com a inclusão de uma nova norma que modifique um determinado conjunto normativo, sem as adaptações necessárias em outros dispositivos inalterados. Estes dispositivos sofrem uma mudança tácita.

Por fim, a última categoria analisada por Anna Cândida é a das mutações inconstitucionais decorrentes de “processos manifestamente inconstitucionais”.⁷¹⁵ Eles ocorrem em razão da ineficácia dos controles institucionais, os quais estão submetidos à vontade dos poderes constituídos (“quem guarda o guardião?”).

Em resumo, essa categoria é aquela cuja mudança da realidade se dá mediante violação da letra ou do espírito da Constituição. Qualquer outro processo de modificação informal da Constituição pode acabar tornando-se manifestamente inconstitucional, bastando desbordar desse limite. Com efeito, a autora exemplifica como manifestamente inconstitucional a modificação derivada das “interpretações constitucionais legislativa, judicial e administrativa que, ao atuarem, contrariam a Constituição.”⁷¹⁶

Exemplos concretos de processos manifestamente inconstitucionais citados por Anna Cândida são a delegação legislativa proibida pela Constituição Francesa de 1946, “constantemente violada pelo Governo e pelo Parlamento”;⁷¹⁷ o exercício exclusivo do poder legislativo pelo Rei da Bélgica, durante a Guerra de 1914 a 1918, mediante decretos-leis, mantidos pelos tribunais, mesmo quando a Constituição determinava o

um caso concreto em que se conjectura em torno da possibilidade de a Constituição de 1988 ter sofrido uma mutação constitucional (do tipo “reforma material”) nesses exatos termos. É a questão da prisão do depositário infiel e o Pacto de São José da Costa Rica. Esse caso foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal e será analisado abaixo, cap. 6.1.2. Mas além dessa situação, pode-se dizer que há outra que aproxima nosso sistema ao da reforma material da Constituição de 1988. Trata-se da hipótese em que uma emenda constitucional cria comandos que não se incorporam ao conjunto de articulados que compõem o texto constitucional. Assim, por exemplo, quando se lê, no art. 62, § 3º, da Constituição da República que as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, uma única vez por igual período, dir-se-ia, por exemplo, que Medida Provisória nº 2.189-49, que fez importantes alterações na legislação tributária, não estaria mais em vigor, por ter sido promulgada em 23 de agosto de 2001 sem que o Congresso Nacional ultimasse as deliberações sobre o seu conteúdo. Entretanto, o § 3º do art. 62 da Constituição precisa ser lido em conjunto com o art. 2º da Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001 (data sugestiva para uma manobra como essa), segundo o qual as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação dessa emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Assim, embora não faça parte do arcabouço teórico do constitucionalismo brasileiro, verifica-se que, na prática, é bem possível que ocorram reformas materiais da Constituição de 1988.

⁷¹⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 243-51.

⁷¹⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 244.

⁷¹⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 246

exercício conjunto de tal poder pelo Rei, pela Câmara de Representantes e pelo Senado, não havendo previsão de estado de exceção;^{718 719} a criação do exército alemão, com a adesão da Alemanha à Comunidade Europeia de Defesa, o que era vedado pela Constituição vigente (após, em 1954, emendou-se a Constituição para solucionar a discrepância); e, no Brasil, os exemplos citados são o da investidura do Marechal Floriano Peixoto na Presidência da República⁷²⁰ e das prisões arbitrárias.⁷²¹

Enfim, em razão da ausência de garantias externas da Constituição, que fica à mercê da boa vontade (“de Constituição”) dos agentes que a atuam, é possível que essa atuação se dê à margem da própria Constituição. E isso não pode ser admitido como mutação constitucional.

Nesse caso, é conveniente o estabelecimento de limites mais ou menos seguros para que as mutações constitucionais não vulnerem a Constituição. É o que se tentará fazer no próximo capítulo.

⁷¹⁸ Observe-se que já se considerou, acima, a quebra de uma norma decorrente de um *usage* que vedava a reeleição sucessiva do Presidente dos Estados Unidos, permitindo-se ao Presidente Roosevelt uma nova reeleição por causa da “necessidade política” gerada pela Guerra. A situação, aqui, pode ser considerada diferente, se se observar que naquele caso a norma decorria de um *usage*, isto é, de um costume constitucional; e neste, a violação é a texto formal de norma constitucional. Talvez por isso Anna Cândida classifique esse ato como mutação *inconstitucional*, e não como uma mutação constitucional justificada por uma necessidade política.

⁷¹⁹ Situação de semelhante inconstitucionalidade poderia ser aquela experimentada no Brasil durante o fim dos anos 90 e começo dos anos 2000, em que a Presidência, assoberbando a pauta do Congresso, governava o país através de medidas provisórias cuja relevância e urgência eram fortemente questionáveis. A reedição sucessiva dessas medidas tirava-lhe a característica de “provisórias”, tornando-se o Presidente em verdadeiro legislador de fato. O que poderia se tornar uma mutação constitucional por força de um costume, acabou não prevalecendo, talvez pela falta de preenchimento dos demais elementos teóricos que conformam as mutações constitucionais, reforçando o acerto da proposição deste trabalho. Tal situação foi – ao menos – amenizada pela mudança formal da Constituição promovida pela EC nº 32/2001, que alterou o art. 62 da Constituição da República. Cf. nota de rodapé nº 714, acima.

⁷²⁰ O art. 42 da Constituição de 1891 previa que “no caso de vaga, por qualquer causa, da Presidência ou Vice-Presidência, se não houvessem ainda decorridos dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição.” Mesmo com a renúncia do Marechal Deodoro da Fonseca, então Presidente, ainda dentro do primeiro biênio de seu mandato, o Congresso Nacional entendeu cabível a investidura do Vice-Presidente, com base em uma questionável interpretação do art. 1º, § 2º do ADCT, que previa que “o Presidente e o Vice-Presidente, eleitos na forma deste artigo [i. e., indiretamente, pelo Congresso Nacional, logo após a promulgação da Constituição Republicana], ocuparão a Presidência e a Vice-Presidência da República durante o primeiro período presidencial.”

⁷²¹ As prisões arbitrárias, comuns especialmente durante o período de ditadura militar, eram vedadas pelo art. 141, § 22, da Constituição de 1946, que estabelecia que “[a] prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora.”

5. Limites da mutação constitucional

Paul Laband⁷²² e Georg Jellinek,⁷²³ os precursores do estudo da mutação constitucional na Alemanha, que emplacaram suas reflexões sob a égide da Constituição alemã de 1871, não atentaram, no entender de Hesse, para os perigos da falta de limites das mutações constitucionais.⁷²⁴

Hsü Dau-Lin adere a essa crítica.⁷²⁵ Porém, exceto por uma referência que ele faz a seu mestre Rudolf Smend, sua teoria das mutações constitucionais também é encerrada sem indicar um limite mais ou menos preciso para as transformações das normas constitucionais. Isto é, as incongruências entre norma e realidade podem dar-se legitimamente sem qualquer restrição aparente. O único indicativo de limite à mutação constitucional, como dito, Dau-Lin extrai de Smend, ao dizer que os artigos esquematizados no corpo constitucional

no significan sólo “estímulo”, sino justamente también “limite” de la vida constitucional (obra citada, pág. 81). Pues, ¿para qué, si no para eso, contienen las Constituciones “buena parte también de proposiciones jurídicas que precisamente se manifiestan como rígidas y poco elásticas, flexibles, frente a aquellos poderes sociológicos influyentes”? (obra citada, pág. 77).⁷²⁶

Esse trecho indicaria que os dispositivos constitucionais de textura mais fechada, de menor espaço para interpretações, limitariam a ocorrência de mutações constitucionais, dentro da teoria de Dau-Lin. No entanto, algumas páginas após, Dau-Lin nega expressamente a possibilidade de limitarem-se as mutações constitucionais: “*Ahora bien, el concepto de la mutación constitucional en sentido material, plantea, necesariamente a la vez, una negación de los límites de la mutación constitucional en el*

⁷²² LABAND, Paul. *Die Wandlungen deutschen Reichsverfassung*. (1895)

⁷²³ JELLINEK, Georg. *Verfassungänderung und Verfassungswandlung*. (1906). Versão consultada nesta pesquisa: *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁷²⁴ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 99, especialmente nota de rodapé nº 41.

⁷²⁵ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 105-8.

⁷²⁶ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p 175. Referências a Rudolf Smend, no original alemão, *Verfassung und Vefassungsrecht* (1928).

sistema constitucional”.⁷²⁷ É que a análise que ele faz da mutação constitucional como resultado da vitalidade constitucional e da realidade dinâmica da vida estatal “*basa su significado, precisamente, en el hecho que el sistema constitucional no puede desaconsejar una mutación material.*”⁷²⁸ E justamente porque a sua concepção de mutação constitucional assenta-se exclusivamente no aspecto dinâmico e vital da Constituição – olvidando-se do aspecto estático e racional que ela idealmente assume –, sua proposta acaba incompleta.

Nesse ponto, pode-se afirmar que Dau-Lin chama a atenção pela lucidez dos raciocínios e das críticas bem fundamentadas, mas peca ao fechar sua teoria, pelo menos no que diz respeito à objetividade e à aplicabilidade dos seus limites. Se em um primeiro momento o autor elabora definições claras sobre a mutação constitucional, e refuta com maestria dogmática as teorias que entende insuficientes para explicá-la, num segundo momento deixa excessivamente em aberto o espaço para o seu desenvolvimento e conexões teóricas. A crítica que Dau-Lin fez a Laband e a Jellinek, de que esses autores não caracterizaram adequadamente a natureza jurídica da mutação constitucional,⁷²⁹ também poderia ser feita, de certa maneira, à sua própria obra, pelo menos quanto ao perigoso espaço que deixa em aberto, a saber, o da afirmação da possibilidade ilimitada e irrestrita da ocorrência de mutações constitucionais. O risco evidencia-se ao visualizar-se a possibilidade de os fatos sobreporem-se em definitivo às normas e, ao fim, a história dar razão a Ferdinand Lassalle.

Konrad Hesse atribui à concepção de positivismo juspublicista do final de século XIX e início do século XX a responsabilidade pela dificuldade dos autores que o antecederam em estabelecer limites à mutação constitucional.⁷³⁰

⁷²⁷ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p 177.

⁷²⁸ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 177. Grifos no original

⁷²⁹ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., pp. 105-8.

⁷³⁰ Também Rudolf Smend, que antecedeu em alguns anos os estudos de Hesse, já constatará essa dificuldade em conciliar os novos pressupostos estabelecidos pelo positivismo e a necessidade de adaptabilidade das normas constitucionais à vida real do Estado: “os pressupostos materiais de Laband, em parte inconscientes, embora não explícitos, são, porque irracionais, uma fonte incontrolável de erros pela sua argumentação. Eles se apresentam equivocados como formalistas e privados de pressupostos. [...] foi sustentado pela fé no método formalista e dá um ceticismo agnóstico complementar a cada conteúdo normativo e de realidade que transcenda a particularidade compreendida no sentido positivista.” *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, pp. 211-2. Versão livre. No original: “i presupposti materiali di Laband, in parte inconsapevoli e comunque non espliciti, sono, perché irragionevoli, un’incontrollabile fonte d’errori per le sue argomentazioni. Queste si presentano a torto come formalistiche e prive di presupposti. [...] era

Una teoría jurídica de la mutación constitucional y de sus límites solo hubiera sido posible mediante el sacrificio de uno de los presupuestos metódicos básicos del positivismo: la estricta separación entre “Derecho” y “realidad”. [...] Sobre tales presupuestos resultaba imposible resolver jurídicamente el problema de la influencia de la “realidad” sobre el contenido de las normas.⁷³¹

Com efeito, as investigações sobre mutação constitucional feita pelos autores anteriores a Hesse se movem sobre a linha divisória entre Direito Constitucional e Ciência Política, onde se defendeu com vigor a separação metódica e a conexão apenas científica de ambas as disciplinas.⁷³²

La “separación metódica” entre Derecho político y ciencia política significa que la “realidad” cuyos cambios conducen a una mutación constitucional se convierte en una magnitud extrajurídica. Y, sin embargo, dicha realidad resulta inevitablemente – a pesar de la “separación metódica” – jurídicamente relevante: incapaz por definición de operar en el interior de la norma misma, modifica por así decir desde fuera el Derecho constitucional de una forma explicable solo políticamente, no jurídicamente, al hacer ocupar su lugar por una “situación constitucional” divergente que, desplazando a las normas de la Constitución, deviene ella misma Derecho. El intento de una vinculación jurídica de la realidad y, por ello, la obtención de parámetros jurídicos para determinar los límites de la mutación constitucional no puede ser emprendido sobre una base así.⁷³³

sorretto dalla fede nel metodo formalistico e da un complementare scetticismo agnostico di fronte ad ogni contenuto normativo e di realtà che trascenda la particolarità intesa in senso positivistico.”

⁷³¹ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 97.

⁷³² HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 97. Cf. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, p. 107. Essa separação, inclusive, foi expressamente assumida por Georg Jellinek, como visto acima, no capítulo 2.1, pp. 53-4. Cf. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 3.

⁷³³ HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 98. A separação estanque entre Direito e Política, especialmente no âmbito do Direito Constitucional, e mais ainda no da sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, já não parece poder ser sustentada, e não tem mais trânsito na doutrina constitucional comparada e brasileira. O tema, embora instigante, não cabe na presente investigação. A título ilustrativo, cf. COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001, pp. 39-44. V., também, as colocações de TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. 2008, 332 f. Tese (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – livre-docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 20-2. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 26-8 (com referências ao clássico MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980). No direito comparado, exemplificadamente, SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther.

A mutação constitucional, como visto, é um instituto que deve ser utilizado com vistas ao equilíbrio das funções estática e dinâmica da Constituição. Contudo, não se pode negar que ela carrega uma tendência a mais dinamizar do que a estabilizar. Por isso, uma adequada teoria da mutação constitucional precisa desenvolver o tema relativo aos seus limites, a fim de impedir que essa tendência dinâmica venha a prejudicar a própria finalidade que as mutações perseguem, a saber, a de promover o equilíbrio entre as duas funções da Constituição. Além disso, deixar as mutações constitucionais sem limites é esvaziar a força normativa da Constituição, repousando toda a normatividade da vida constitucional na instabilidade e irracionalidade da vida histórica. Isto é, sem limites, as mutações constitucionais se transformariam no instrumento fatal da força normativa do fático, pois se elas fossem ilimitadas, toda vez que a realidade se opusesse à norma constitucional dir-se-ia que houve uma mutação constitucional, e a própria Constituição dissolver-se-ia em um mero espelho da realidade, sem nenhuma capacidade regulatória ou, como diria Ferdinand Lassalle, em um mero pedaço de papel onde seriam escritos até os mais caprichosos desejos das forças sociológicas, independentemente da eticidade de seu conteúdo e do compromisso político com o bem comum, a democracia, a nação, a comunidade ou o bem-estar social.

Desse modo, a teoria da mutação constitucional sem limites somente interessa a quem pretender exercer ilegitimamente o Poder Constituinte, isto é, só interessa a um “poder constituinte dos usurpadores.”⁷³⁴

Sobre esse tema, uma observação que Anna Cândida da Cunha Ferraz repisa diversas vezes em sua obra é a de que a mutação constitucional, embora promova a mudança de sentido, significado ou alcance das normas constitucionais, não pode contrariá-las – a expressão “sem violar-lhe a letra e o espírito” (ou outra equivalente) aparece pelo menos 20 vezes no texto de seu trabalho.⁷³⁵ Ao contrário, diz que a mutação constitucional não afronta a Constituição, ela é instrumento que nela encontra seu encaixe perfeito, “ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei

Milano: Giuffrè, 1988, p. 216: “Il criterio che distingue la costituzione dal resto dell’ordinamento giuridico è sempre e di nuovo Il carattere ‘politico’ del suo oggetto.”

⁷³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 187.

⁷³⁵ V., por exemplo, páginas 10, 11, 45, 46, 88, 90, 92, 100, 130, 199, 202, 213, 214, 245 e 253.

Maior.”⁷³⁶ Esta, a propósito, é uma característica do conceito de mutação constitucional da autora que, de tão importante, compõe o subtítulo de sua obra. É que as mudanças de sentido que contrariem a Constituição, “ultrapassando os limites fixados pelas normas [...], são designadas por *mutações inconstitucionais*.”⁷³⁷ É muito importante, pois, na teoria da autora brasileira, que as mutações constitucionais sejam acolhidas pelo ordenamento constitucional positivo; que elas se integrem, e não destoem da Constituição como um todo; que elas venham a complementar a Constituição, atualizando-a, pela atualização do sentido de suas normas, fazendo-as acompanhar as mudanças da realidade, mas nunca ofendendo nem seu o texto direto (“letra”) nem o seu sistema axiológico-teleológico normativo (“espírito”).⁷³⁸

Luís Roberto Barroso também apresenta proposta muito semelhante:

A mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.⁷³⁹

Aliás, não apenas as teorias de Anna Cândida e de Luís Roberto Barroso dão substrato para a fixação de limites para as mutações constitucionais. É que os diversos autores analisados nesta pesquisa definem mutação constitucional de acordo com diversos critérios, os quais já devem, a esta altura, estar minimamente demonstrados no decorrer deste trabalho. E de acordo com esses critérios é possível desenvolver uma proposta de limites para as mutações constitucionais coerentes com essa sugestão de Anna Cândida e de Luís Roberto Barroso.

⁷³⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

⁷³⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit., p. 10. Grifos no original.

⁷³⁸ O sistema axiológico-teleológico é uma proposta intermediária entre o sistema formal “frio” da lógica formal e a falta de sistema da tópica. Cf. CANARIS, Claus-Whilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983)

⁷³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 215.

De acordo com um desses critérios, a mutação é a transformação do significado da norma; há um processo que resulta na alteração do que anteriormente se entendia como sendo o significado e sentido da norma constitucional; o operador do direito desenvolve a norma, de modo a modificá-la em seu significado; é como se a norma constitucional já existente sofresse uma “reforma informal”; é como se o caminho que rumava em um sentido passasse a se desviar, indo para outro sentido.

De acordo com outro critério, a mutação constitucional não pressupõe *mudança* de significado, mas apenas *significado novo*, não previsto anteriormente na Constituição; não há identificação entre uma específica norma constitucional e a realidade constitucional, que não encontra embasamento em norma alguma, denominando-se essa realidade nova de mutação constitucional; é como se a mutação criasse uma norma nova anteriormente inexistente na Constituição; é como se a “reforma informal” da Constituição ocorresse para acrescentar uma nova norma, e não para modificar uma anterior; é como se não existisse nenhum caminho rumando para aquele sentido, passando, então a haver.

No primeiro caso, a mudança de sentido da norma constitucional se dá pela interpretação e, como tal, encontra limites no objeto interpretado.

No segundo caso, a prática constitucional inovadora não transforma nenhuma norma constitucional específica, mas nem por isso pode contrariar o texto e o sistema constitucionais positivados. Somente se admite tal prática inovatória (sem embasamento normativo) quando a Constituição, embora não a autorize, não a proíba.

Com efeito, não se admite a mutação constitucional *contra constitutionem* (ou o que seria uma “ruptura constitucional”, “infração à Constituição” ou “mutação inconstitucional”, para usar outros termos utilizados na bibliografia revista). Ou a transformação constitucional encontra amparo no âmbito normativo que o texto e o sistema oferecem (primeiro caso), ou ela não encontra óbice em texto e sistema nenhum (segundo caso).

Por isso, pode-se afirmar que a mutação constitucional tem seus limites no texto da Constituição e no seu sistema global, sendo esses os dois limites desenvolvidos nas próximas seções.

Além deles, sugerir-se-á que os limites previstos na própria Constituição para o Poder Constituinte reformador formal, isto é, os limites às emendas e revisões

constitucionais estabelecidos pelo constituinte originário, também podem servir como limite, em alguma medida, às mutações constitucionais.

Por tudo isso se diz que “uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme.”⁷⁴⁰

5.1 Texto – espaço semântico das normas constitucionais positivadas

Toda obra humana é, em algum sentido, cultural. E toda obra cultural possui um sentido objetivo, que transcende a obra em si, o qual pode ser extraído pela consciência humana e, separado do seu “processo subjetivo de vivência”, ser convertido em objeto, o qual, inclusive, pode, embora não necessariamente, assumir forma corpórea, como a escrita. Essa operação não apenas emancipa um conteúdo de significação da obra cultural ou de uma porção da vida, mas também o torna uma conexão de sentido desprendida do sujeito que dela se vale, podendo ser sempre revivida e reinserida.

A linguagem, os costumes e tôdas as formas da arte e da vida, assim como o Direito, nascem e mantêm-se como tais conexões objetivadas de sentido, as quais aparecem ante a ação individual do homem atual como estruturas espirituais nas quais, em certas ocasiões conscientemente, mas com mais freqüência inconscientemente, se imergem.⁷⁴¹

Dentre essas conexões objetivas de sentido que se extraem da obra cultural histórica está a escrita.

A objetivação escrita representa, em geral, um amplo e importante avanço no processo de emancipação relativa das formações do espírito. Em virtude da fixação material, o conteúdo significativo objetivado torna-se muito mais independente das suas atualizações subjetivas transitórias. Um conteúdo de sentido de linguagem, a arte ou o direito transmitem-se de modo muito mais seguro por meio da escrita inclusive, e ainda especialmente, naqueles casos em que não é possível uma transmissão pessoal e oral, ou só o é de modo imperfeito.⁷⁴²

⁷⁴⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.229.

⁷⁴¹ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, pp. 307-8.

⁷⁴² HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 318.

Sobretudo no caso do Direito, a fixação escrita é necessária se considerar-se fazer parte da sua lógica interna que as mudanças eventualmente repentinas nas relações de poder, desconectadas de uma qualquer tradição incontestável, poderiam admitir a impugnação da regulamentação proposta por aquele que dita as normas. Em outras palavras, a manutenção da ordenação jurídica pressupõe a despessoalização daquele que estabelece as normas, sendo este um dos pressupostos das Constituições jurídicas dos Estados modernos desde as revoluções.⁷⁴³ “O objetivo das revoluções burguesas dos séculos XVII ao XIX e das Constituições que propugnam era a limitação do poder absoluto do Estado por um Direito constitucional consignado em um documento escrito.”⁷⁴⁴

Destarte, o fato de estabelecer-se um texto constitucional, um documento escrito que se denomina “Constituição”, não pode ser considerado irrelevante em nenhuma teoria que guarde relação com a Constituição.

Na realidade, além da despessoalização do comando normativo e da segurança da transmissão intergeracional, outros dois elementos são tradicionalmente indicados como sendo a causa da superioridade da Constituição escrita ante a não escrita: a sua demonstrabilidade, ou seja, um texto escrito pode ser mais bem demonstrado, analisado e discutido do que um comando oral, e a sua estabilidade, ou seja, um conteúdo escrito é mais bem protegido contra modificações e distorções do que um não escrito.⁷⁴⁵

O efeito estabilizador e racionalizador da Constituição se reforça quando ela é uma Constituição escrita.

Quando o seu conteúdo está recolhido num documento, isso tem o mesmo sentido de qualquer certificação documental: sobre o que está escrito deve existir clareza e certeza jurídicas. [...A]o captar o conteúdo da Constituição em um documento que há de ser interpretado com os meios de interpretação de textos, a Constituição limita as possibilidades de entendimentos diferentes, ministrando pontos de referência firmes para a sua atuação e concretização.

Esta intenção fracassa quando se deixa de considerar a Constituição escrita como estritamente vinculante. Quando o juiz e, com o mesmo direito, o político ou qualquer outro [...] acreditam poder impor-se à Constituição escrita, é possível que as soluções obtidas

⁷⁴³ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 318.

⁷⁴⁴ HELLER, Hermann. Ob. cit., p. 321.

⁷⁴⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Série Colección Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Publico, v. VIII. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s. d., pp. 14-6.

dessa forma sejam, em alguns casos, mais adequadas do que as alcançadas com uma interpretação mais literal do texto da Constituição. Com isso, no entanto, fica aberto o caminho para que se deixe de lado a Constituição com a simples invocação de qualquer interesse aparentemente mais elevado, mas cuja superioridade, com toda a certeza, será posta em questão. A idéia básica da Constituição escrita vê-se, então, substituída por uma situação de insegurança criada pela luta constante de forças e opiniões que, em sua argumentação, não dispõem de uma base comum de referência.⁷⁴⁶

E sob outro aspecto, pode-se dizer que

[a] interpretação acha-se vinculada a algo estabelecido.⁷⁴⁷ Por isso, seus limites situam-se [...] onde terminam as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou uma determinada solução está em clara contradição com esse texto. [...O texto da Constituição escrita] se converte em um limite inultrapassável da interpretação constitucional. A existência desse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder próprio da Constituição. [...] Onde o intérprete se impõe à Constituição deixa de interpretá-la para mudá-la ou enfraquecê-la.⁷⁴⁸

Desse modo, considerando-se, a uma, que os principais atributos do texto referem-se à estabilidade do significado que ele veicula, a duas, que as mutações constitucionais possuem uma propensão ínsita a dinamizar a Constituição e, a três, que uma das funções da mutação constitucional é equilibrar as funções estática e dinâmica da Constituição, tem-se no texto das normas constitucionais um limite otimizador da aplicação da teoria das mutações constitucionais como um todo. Encontrando no texto da norma os seus limites, a mutação constitucional haverá de promover a dinamicidade, como sua própria natureza recomenda, mas respeitando a estabilidade, tutelando, de resto, de maneira ótima a ambas as funções da Constituição.

⁷⁴⁶ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92.

⁷⁴⁷ GADAMER, Ob. cit., p. 312 no original alemão, *apud* HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.

⁷⁴⁸ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117.

Além das relevantes considerações acima de Heller, Schmitt e Hesse sobre a importância do texto constitucional, também a fixação do cânone constitucional completo, que é a tarefa a que se dedica Bruce Ackerman,⁷⁴⁹ está relacionada à importância do texto, ao tratar do problema da criação e estabelecimento de um critério comum e mais ou menos fixo de argumentação.

Sob esse aspecto, mesmo as mais polarizadas disputas acerca da constitucionalidade de determinados atos devem se dar sobre uma mesma base, a partir de um mesmo ponto de partida. E estabelecer um cânone constitucional completo e bem definido favorece o controle intersubjetivo das conclusões porque exclui do debate os critérios para aferição da regularidade da norma em torno dos quais não haja consenso. Os debatedores buscam sustentar suas teses (seja pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade) a partir de um mesmo paradigma: um cânone constitucional (completo) comum.

E a importância do texto para essa finalidade é indiscutível. Afinal, “a linguagem, que permite que algo venha à fala, não é uma posse à disposição de um ou de outro interlocutor. Toda conversação pressupõe uma linguagem comum.”⁷⁵⁰ E

⁷⁴⁹ “O problema é a legitimação constitucional do poder: quando *alguém* questiona a constitucionalidade de *algum* uso do poder, a conversa subsequente terá participantes debatendo acerca de um número de textos relativamente pequeno para atacar ou defender o ato questionado. A função do cânone é identificar esses textos. A questão da legitimidade constitucional surge em diversos âmbitos – desde a Suprema Corte até reuniões de Associações de Pais e Mestres ou em mesas de café da manhã. Enquanto os participantes debatem o assunto que têm diante de si, eles podem acabar descobrindo que possuem pontos de vista muito diferentes sobre os textos que compõem corretamente o cânone. No entanto, eles irão invariavelmente concordar quanto a um ponto: há somente uma Constituição na América, e como quer que seja composto o conteúdo de seu cânone, eles devem controlar todas as formas de poder legítimo. Se, por exemplo, um participante do café da manhã invoca a Bíblia para avaliar a constitucionalidade de algum uso de poder questionável, e se ele não está ali apenas para jogar conversa fora de manhã cedo, ele está afirmando que juízes, legisladores e seus compatriotas deveriam também consultar a Bíblia para resolver problemas particularmente constitucionais que se apresentarem perante eles.” ACKERMAN, Bruce. *The Holmes lectures: the Living Constitution*. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.751, nota de rodapé nº 32. Versão livre. No original: “The problem is the constitutional legitimation of power: whenever *anybody* challenges the constitutionality of *any* use of power, the ensuing conversation will find participants focusing on a relatively small number of texts as they attack or defend the challenged action. The canon’s function is to identify these texts. The question of constitutional legitimacy arises in many fora – from the Supreme Court to the PTA meeting to the breakfast table. As participants debate the particular issue before them, they may find that they have sharply different views about the texts that rightly belong in the canon. Nevertheless, they will invariably agree on one point: there is only one Constitution in America, and whatever its canonical statements include, they should control all uses of legitimate power. If, for example, a participant in a breakfast table conversation invokes the Bible in assessing the constitutionality of some challenged use of power, and if he is not merely engaged in early morning chit-chat, he is implying that judges, legislators, and his fellow citizens should also consult the Bible in resolving the particular constitutional problem when it comes before them.”

⁷⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 493.

também nesse sentido Gadamer observa que “a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção.”⁷⁵¹ Aliás, a definição do cânone constitucional completo viabiliza o aperfeiçoamento da aplicação da Constituição, pois “[u]ma vez que tenhamos clareza acerca *do que* devemos interpretar, o debate sobre o *como* interpretar assumirá novas formas.”⁷⁵²

Com efeito, a disputa sobre o acerto ou desacerto de determinada interpretação pressupõe um critério mais ou menos objetivo que una os debatedores. Isto é, para que o debate seja racional e intersubjetivamente controlável, é preciso que os debatedores partam de um mesmo ponto e a ele refiram-se, remontando suas proposições. Essa é, também, a função do texto. Porque “apesar de não ser um dado pronto e acabado, porém, a estrutura textual da norma jurídica é relativamente estável e pode ser dogmaticamente determinada, submetida à prova e aplicada através do trabalho dos juristas.”⁷⁵³

Assim, a realização da função estática, vale dizer, de estabilizar, racionalizar e limitar o poder, assumida pela Constituição, depende, em grande medida, que o texto da Constituição seja respaldado sem reservas nas comunidades que se estabelecem através de uma Constituição escrita.⁷⁵⁴

Isso porque

si el texto de la Constitución es igualmente vinculante para todos, incluso para los gobernantes, entonces se cuenta con una base común de argumentación; obliga a explicar si una conducta coincide o no con la Constitución; exige de estar continuamente solucionando cuestiones ya decididas, dificultando o impidiendo nuevas puestas de cuestión; es, sobre todo, elemento irrenunciable de la protección que la Constitución ejerce en favor de los grupos no hegemónicos. El texto contiene, por encima de una mayor o menor necesidad de interpretación, elementos

⁷⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 433.

⁷⁵² ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, p. 1.756. Grifou-se. Versão livre. No original: “By taking up the problem of canon definition, we shall be preparing the way for a breakthrough in the current impasse over interpretation. Once we get clearer about *what* we should be interpreting, the debate over *how* to interpret will take a different shape.”

⁷⁵³ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, pp. 82-3.

⁷⁵⁴ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 102.

firmes respecto de los cuales, y a pesar de intereses y preconcepciones opuestas, no cabe discusión.⁷⁵⁵

Gadamer observa que o florescimento da hermenêutica deve ensinar a usar corretamente a razão na compreensão da tradição, cuja tarefa é defender o sentido razoável do texto contra toda e qualquer imposição.⁷⁵⁶ Afinal, como processo humano, a interpretação não prescinde de um objeto. “Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado.”⁷⁵⁷

Assim, se por um lado “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto”,⁷⁵⁸ não se pode afirmar, por outro, que o objeto interpretado (no caso, o texto de norma constitucional) não possuía significado *algum* antes da atuação do intérprete. Afinal, em todo texto “há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem; [isto é,] *significados intersubjetivados*, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentados. Eles funcionam como condições dadas da comunicação.”⁷⁵⁹ Afinal, é um “fundamento de toda interpretação textual: que cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo.”⁷⁶⁰ Isso significa que “a hermenêutica, no âmbito da filologia e da ciência espiritual da história, não é um ‘saber dominador’, isto é, apropriação por apoderamento; antes, ele se submete à pretensão dominante do texto.”⁷⁶¹ Desse modo, “é preciso separar mais nitidamente a polissemia admissível da inadmissível.”⁷⁶²

O recurso ao **texto** constitucional, não obstante as dificuldades das operações de determinação dos enunciados linguísticos das normas constitucionais, tem este sentido básico no processo metódico de concretização: (1) o conteúdo vinculante da norma deve ser o conteúdo semântico dos seus enunciados linguísticos, tal como eles são

⁷⁵⁵ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 102.

⁷⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 369.

⁷⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, P. 30.

⁷⁵⁸ ÁVILA, Humberto. Ob. cit., pp. 31-2. Grifo no original.

⁷⁵⁹ ÁVILA, Humberto. Ob. cit., pp. 32-3. Grifos no original.

⁷⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 386.

⁷⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 411.

⁷⁶² ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos* – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Renovar, 2003, p. 93.

mediatizados pelas convenções linguística relevantes; (2) a formulação linguística da norma constitui o *limite externo* para quaisquer variações de sentido jurídico-constitucionalmente possíveis (função negativa do texto).⁷⁶³

Com isso quer-se dizer que ao estabelecer-se o texto como limite das mutações constitucionais está-se afirmando, na realidade, que os limites semânticos do texto que veicula a norma constitucional que se candidate a uma mutação constitucional devem funcionar, ao mesmo tempo, como limites para a própria mutação constitucional. Ainda que a norma escrita, estática, não esteja imune aos fatores da realidade (tempo, política, economia, cultura, etc.), “mesmo assim, a tarefa de compreender se orienta em primeiro lugar no sentido do próprio texto.”⁷⁶⁴

Nessa perspectiva, o processo interpretativo é criativo, mas não é originário. O intérprete não constrói o significado “do zero”. Em vez disso, ele *reconstrói* o sentido a partir dos significados preconstituídos das palavras utilizadas no texto interpretado. Não se pode negar a dificuldade de se afirmar categórica e taxativamente qual o significado de uma norma, mas esses significados prévios que o uso comum ou técnico da linguagem estabelecem

possuem núcleos de sentido que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam. [...] Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentido*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.⁷⁶⁵

Significa dizer que “de certo modo, essa ação interpretadora se mantém totalmente ligada ao texto.”⁷⁶⁶

⁷⁶³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.218. Grifos no original.

⁷⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 485.

⁷⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 33-4. Grifos no original.

⁷⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 436.

Nessa esteira, o combate à supremacia do fático sobre o normativo, da práxis política sobre a força normativa da Constituição – que, por sinal, é outra das funções da mutação constitucional na proposta deste trabalho –, é travado sobre o elemento igualador, estabilizador, limitador e racionalizador que uma Constituição escrita apresenta: o seu texto.

Do contrário, declarar vinculante a práxis política e, com isso, a concepção dos que dispõem da força para impor-se, negando-se a submeterem-se aos limites semânticos dos textos constitucionais, implica sacrificar uma necessidade vital indiscutível do Estado em benefício de outra necessidade, também vital, porém normalmente discutível.⁷⁶⁷

La tarea de la Constitución escrita en una Comunidad plural consiste no sólo en ser un orden para el ejercicio del poder por aquellos que lo detentan sino en ser un orden para todos, incluso para los que se encuentran en oposición a los grupos dominantes. Entre el cumplimiento de esta tarea y el carácter vinculante del texto existe un nexo indisoluble que queda destruido cuando se reduce a la Constitución a la función de instrumento de dominación.⁷⁶⁸

Com efeito, Hesse pugna ser somente possível uma compreensão clara e precisa da mutação constitucional e seus limites quando a modificação do resultado da concretização da norma se verifica *no interior* da norma constitucional, e não como consequência de desenvolvimentos produzidos *fora* da normatividade da Constituição.⁷⁶⁹

A incorporação da realidade no conceito de norma exige maiores esclarecimentos, os quais, como já mencionado, Hesse atribui a Friederich Müller e sua teoria sobre a estrutura e aplicação das normas constitucionais.⁷⁷⁰

A partir das propostas de Müller, Hesse afirma que as normas constitucionais não são apenas mandamentos abstratos que, alheios à realidade, se contrapõem a esta de

⁷⁶⁷ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 102 e 103.

⁷⁶⁸ HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 103.

⁷⁶⁹ HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 106.

⁷⁷⁰ Cf. MÜLLER, F. *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (1968), MÜLLER, F. *Thesen zur Struktur von Rechtsnormen*, ARSP LVI (1970) e MÜLLER, F. *Juristische Methodik*, 4ª ed., 1990, pp. 270 e ss. Cf., também, em português: MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho no Direito Constitucional*. 3. ed., trad. Peter Naumann, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

forma totalmente desconexa. Elas não passam de letra morta quando seu conteúdo não incorpora a conduta humana mediante sua aplicação e observância diárias. Apenas dessa forma o Direito constitucional é realizado: através de uma conduta humana, e em uma conduta humana que alcança a realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da coletividade. “*Solo bajo este presupuesto puede tener relevancia el Derecho constitucional para la vida de la Comunidad.*”⁷⁷¹ E nesse ponto Hesse se vale da teoria da norma e da interpretação concretizadora de Fr. Müller ao concluir que a norma não pode ser isolada da realidade; ao contrário, a realidade e suas respectivas circunstâncias (“âmbito normativo”), afetadas pelo comando deontico da norma constitucional (“programa normativo”), é parte integrante e constitutiva da norma em si.⁷⁷²

Com efeito, sendo o conceito de mutação constitucional, para Hesse, com apoio em Müller, a modificação do conteúdo da norma, a despeito da manutenção do programa normativo (texto), pela modificação do âmbito da norma (dados reais),⁷⁷³ então a instância que decide e define se a mudança dos fatos históricos e a alteração da vida em sociedade pode ou não ser relevante para a norma, isto é, se o fato modificado pertence ou não ao âmbito normativo, é o próprio programa normativo, que está essencialmente contido no texto da norma constitucional.

Em conclusão, o texto da norma constitucional é, segundo Konrad Hesse, o limite mais seguro e objetivo que se pode imprimir às mutações constitucionais,⁷⁷⁴ pois o conteúdo da norma jurídica é fixado não pela subsunção da realidade ao texto, mas pela concretização levada a efeito através do encontro entre o âmbito da norma e o programa da norma. E, sendo assim, é apenas através do programa da norma que se pode verificar se determinado fato da realidade (modificado ou não) faz parte ou não do

⁷⁷¹ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 107. Observe-se que a expressão “*Comunidad*” que aparece no trecho é, no original alemão, a expressão “*Gemeinwesen*”, usada pelo autor em seu conceito de Constituição (“ordem jurídica fundamental da *Coletividade/Comunidade*”), na tradução de Inocêncio Mártires Coelho (cf. HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83). A expressão, conforme já dito alhures, foi traduzida por L. A. Heck como “coletividade”, e ambas as traduções (coletividade e Comunidade) têm sido usadas indistintamente neste trabalho, com o mesmo significado. Observe-se, também, que a Comunidade é o resultado da dissolução da dicotomia Estado/Sociedade, nos termos propostos por K. Hesse, antes trabalhada nesta investigação.

⁷⁷² HESSE, Konrad. Límites... Ob. cit., p. 107

⁷⁷³ HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

⁷⁷⁴ HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional... Ob. cit., p. 15.

âmbito normativo. Se determinado fato histórico regulado por uma norma modifica-se de tal maneira que deixa de estar incluído no âmbito normativo, por força dos limites estabelecidos pelo programa normativo (= texto), então essa modificação da realidade não pode ser uma mutação constitucional, à vista de que o fato não é alcançado pela norma e, logo, não a atinge.

Si las modificaciones de la realidad social sólo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma en cuanto forman parte del ámbito normativo, si el “programa normativo” resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto. [...] Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional.⁷⁷⁵

Na medida em que “o texto funciona como diretiva e limite da concretização possível”,⁷⁷⁶ ele, em vários sentidos,

limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo. Essa proeminência do aspecto formal e, conseqüentemente, da validade, diante de outros conteúdos presentes no cenário político e jurídico, constitui-se em um “elemento estabilizador de primeiro nível e um pressuposto insubstituível de sociedades complexas do tipo da sociedade industrial.”⁷⁷⁷

Com isso, Hesse aponta ser o texto da norma o limite derradeiro de uma mutação constitucional, não apenas do ponto de vista da relação entre “Constituição real” e

⁷⁷⁵ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 109.

⁷⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. *Rechtsstaatliche Form, demokratische Politik-Beiträge zu Öffentlichem Recht, Methodik, Rechts – und Staatstheorie*, p. 204, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 507.

⁷⁷⁷ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 84, referindo-se a MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik und politisches System – Elemente einer Verfassungstheorie II*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 15.

“Constituição jurídica”, a qual encontra expressão na estrutura da norma constitucional, senão também desde o ponto de vista das funções da Constituição.⁷⁷⁸

Nesse contexto, o Direito Constitucional não escrito exerce função tão-somente complementar e, por isso mesmo, “nunca pode nascer e existir completamente desprendido da Constituição escrita, [...] [mas] sempre em consonância com esses princípios [os estabelecidos pela Constituição escrita]”.⁷⁷⁹

Em certos casos a solução da limitação das mutações constitucionais no texto da norma pode não ser possível.

Cuando en casos de este tipo haya que salvar varias funciones de la Constitución que han entrado en conflicto, se tratará de hallar el ‘equilibrio de máximo respeto’, promoviendo aquella solución que respete ambas funciones, dentro de lo que ello sea materialmente posible.⁷⁸⁰

Assim, Hesse pondera que nem nesses casos difíceis dever-se-á simplesmente fazer prevalecer a “Constituição real” sobre a “Constituição jurídica”, mas sim buscar otimizar o que houver de produtivo tanto numa como noutra, confirmando-se na teoria desse autor o que se disse acima sobre serem funções da mutação constitucional não apenas aumentar a força normativa da Constituição, mas também estabelecer o equilíbrio entre as suas funções estática e dinâmica.

Mesmo nesses casos, encontrando no texto da norma os seus limites, a mutação constitucional haverá de respeitar ambas as funções da Constituição – a dinâmica e a estática – pois as dificuldades derivadas da submissão das mutações constitucionais ao texto das normas constitucionais podem obrigar a uma reforma formal da Constituição, com modificação do próprio texto, “*contribuyendo así a una solución que sirva a la claridad de la Constitución y refuerce su fuerza normativa.*”⁷⁸¹ Destarte, “mais além

⁷⁷⁸ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 110.

⁷⁷⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 44.

⁷⁸⁰ HESSE, Konrad. Límites... Ob. cit., p. 111.

⁷⁸¹ HESSE, Konrad. Límites... Ob. cit., p. 111.

desse limite, para superar novas situações ou para proceder a reformas, impõe-se a modificação do texto, a reforma constitucional”.⁷⁸²

De tudo se conclui que, sendo o texto (dados linguísticos) o principal elemento do programa da norma, a distorção do texto para fazê-lo incidir sobre determinado fato histórico ensejará uma interpretação *contra constitutionem*, porquanto incluirá pretensão âmbito de norma em “programa de norma nenhum”. Sendo este o caso, com escopo de manter a força normativa da Constituição, isto é, visando a regular também esse novo fato histórico resultante da extrema modificação do fato histórico anterior, uma reforma constitucional deverá ser intentada. Não se pode, sob pena de desconstituir a ordem jurídica (que é função precípua da Constituição), suplantar o texto da norma, como se nada fosse. Por isso, se nova realidade a ser regulada se impõe, novo texto (e, por assim dizer, nova norma) deverá ser estabelecido.

A mesma reflexão é feita por Canotilho, para quem

uma coisa é admitirem-se alterações no âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e, outra coisa, é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente incompatíveis com o programa da norma constitucional.⁷⁸³

Por isso diz o autor que “a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema *normativo-endogenético*, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente *exogenética*.”⁷⁸⁴

Destarte, juntamente com Canotilho,

Hesse sostiene que la mutación en cuanto cambio de sentido de la norma constitucional es admisible en cuanto no vulnere su literalidad y no entre en contradicción directa con el sentido o finalidad del texto normativo. Por definición, no puede existir una realidad constitucional

⁷⁸² HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

⁷⁸³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.229. Grifos no original.

⁷⁸⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Ob. cit., p. 1.229. Grifos no original.

contra constitutionem. Así, cuando la realidad no es reflejo de la Constitución llega el momento de reformarla. Es por eso que para Hesse, “la problemática de la mutación [sic; rectius: ‘reforma’] constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de mutación constitucional”⁷⁸⁵ .⁷⁸⁶ ⁷⁸⁷

Ao contrapor o que chama de método estático e o dinâmico de interpretação constitucional Julio Oyhanarte relembra as lições de Hans Kelsen sobre a aplicação do Direito mediante atuação do intérprete nos limites da norma-moldura, e afirma que essa concepção interpretativa de Kelsen

posibilita un equilibrio aceptable entre la seguridad jurídica y la modernización de las normas. La seguridad jurídica es garantizada por el hecho de que la elección de los intérpretes deba ser siempre *regular* o intra-normativa. Los intérpretes tienen una amplia zona de acción, pero trabajan con *materiales dados*. Si los respetan, hay adecuación legítima; en caso contrario, media violación y, por tanto, invalidez.⁷⁸⁸

Afinal, a vinculação ao texto da norma interpretada é fundamental no Estado de Direito, porque colabora para o estabelecimento de um procedimento seguro e intersubjetivamente controlável para o processo hermenêutico. Quando o intérprete, ao

⁷⁸⁵ HESSE, Konrad. *Begriff und Eigenart der Verfassung*. Trad. Pedro Cruz Villalón: Concepto y cualidad de la Constitución. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Tradução para o português: HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 94-5.

⁷⁸⁶ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. [sine loci], año 20, n. 50, enero-abril 2000, p. 135.

⁷⁸⁷ Interessante notar que, ainda que a correlação com a matéria das mutações constitucionais não seja o foco central de seus esforços, na obra “*Elementos...*” Hesse destaca que “o Tribunal Constitucional Federal, em algumas decisões, considerou o texto de uma determinação como limite insuperável da interpretação” (p. 59), e que “[p]ara a interpretação constitucional, que parte do primado do texto, é o texto limite insuperável de sua atividade. A amplitude das possibilidades de compreensão do texto delimita o campo de suas possibilidades tópicas.” (p. 70). Essas constatações confirmam a coesão e a coerência da teoria do autor como um todo.

⁷⁸⁸ OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clémerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1.011-2. Ou, como disse Klaus Stern, “la mutación de significado de un precepto sólo puede darse en el marco del sentido y finalidad de una norma: ambos son susceptibles de concreción, pero no discrecionalmente interpretables. Tomar en consideración una mutación constitucional que pasa encima de ellos supone abandonar los límites de una interpretación segura y le está vedada al aplicador de la norma. Si lo traspasa, se convierte en político del derecho.” STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 337.

concretizar a norma, deixa de se reportar ao objeto de sua interpretação para, ele próprio, criar esse objeto, o direito cede ante o arbítrio. Em outras palavras, “a coação que o juiz comanda precisa ser legitimada e só é legítima se fundamentada na conexão entre a decisão e o texto válido previamente fixado.”⁷⁸⁹

De fato, o texto constitucional não pode chegar a ser um empecilho ao desenvolvimento político e social. Mas o contrário também é verdadeiro: não se pode deixar o jogo sem regras. A luta pelo poder, que, em outras palavras, é a luta pelo estabelecimento dos modos de vida em sociedade, não pode ficar à sua própria mercê, sob pena de promover, em alguma medida, o retorno à barbárie.

Já desde Savigny reconhecia-se que “a necessidade do próprio Estado radica em que deve existir algo entre os indivíduos que limite o domínio da arbitrariedade de uns contra os outros”,⁷⁹⁰ já tendo sido alertado, inclusive, para o “grande espaço para a arbitrariedade do terceiro” – o juiz –, o que levou o autor a considerar que “melhor seria que existisse algo totalmente objetivo, algo totalmente independente e afastado de toda convicção individual” – a lei –, a qual deveria “ser completamente objetiva conforme a sua finalidade original, ou seja, tão perfeita que quem a aplicasse não teria que adicionar nada de si próprio.”⁷⁹¹ Mas mesmo depois dessa perspectiva quase romântica de aplicação objetiva da lei, Savigny reconhece a impossibilidade de a sua interpretação não carregar elementos subjetivos, observando, contudo, que “na interpretação sempre está pressuposto algo diretamente dado: um texto.”⁷⁹²

Pretende-se, aqui, não uma ingênua defesa de uma volta à separação dos poderes de Montesquieu, “reduzida a mero ornamento retórico no complexo direito dogmático de hoje”,⁷⁹³ em que o legislador determina, através da lei, e o juiz serve apenas como a “boca” através da qual ela fala, mas argumentar dentro do constitucionalismo próprio do Estado de Democrático de Direito, que significa, antes,

apelar a um texto válido e vigente e a partir daí construir sua significação [...]. Tais textos organizam-se, supostamente, em uma

⁷⁸⁹ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 82.

⁷⁹⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001, p. 02.

⁷⁹¹ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Ob. cit., pp. 03-4.

⁷⁹² SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Ob. cit., p. 08.

⁷⁹³ ADEODATO, João Maurício. Ob. cit., p. 76.

estrutura piramidal, de hierarquia crescente em direção ao topo, no qual, segundo a dogmática democraticamente estabelecida, está situado o texto constitucional.⁷⁹⁴

Procura-se, assim, evitar que se acabe no outro extremo – um “casuismo irracionalista, segundo cuja teoria o texto da norma jurídica quase nada significa e o juiz cria livremente o direito.”⁷⁹⁵ Quer-se evitar o “irracionalismo decisionista que despreza inteiramente o texto”,⁷⁹⁶ o “decisionismo, na esteira de Carl Schmitt, para quem a decisão não guarda relação real com os textos normativos.”⁷⁹⁷

Com apoio em Heidegger, Gadamer afirma que interpretar um texto é “ler” o que “está lá”.⁷⁹⁸ E isso implica uma postura aberta (para não dizer “humilde”) do intérprete, que precisa esvaziar-se de si próprio para deixar que o texto transmita o seu conteúdo.

*A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre determinada por esta. Assim, o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível. [...] Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa.*⁷⁹⁹

É certo que o intérprete não pode se livrar totalmente de suas pré-compreensões. Porém, “[e]ssa ‘concepção prévia’ deve ser fundamentada e conscientizada, de sorte que o intérprete possa objetivamente dirigir-se à ‘coisa mesma’, resguardado porém do arbítrio de impressões ocasionais ou hábitos mentais crônicos e arraigados.”⁸⁰⁰

Nesse sentido, os pontos de vista a partir dos quais se interpreta a norma “devem contudo vincular-se necessariamente ao problema que os limita, pois se não fora desse

⁷⁹⁴ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 76.

⁷⁹⁵ ADEODATO, João Maurício. Ob. cit., p. 75.

⁷⁹⁶ ADEODATO, João Maurício. Ob. cit., p. 89.

⁷⁹⁷ ADEODATO, João Maurício. Ob. cit., p. 83.

⁷⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 359.

⁷⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 358. Grifos no original.

⁸⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 481.

modo reinaria na consideração tópica o arbítrio do intérprete.”⁸⁰¹ Ou, nas duras palavras de Gadamer contra o absolutismo:

Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual a todos os membros da comunidade jurídica. Quando não é este o caso, como no absolutismo, onde a vontade do chefe supremo está acima da lei, já não é possível hermenêutica alguma, “pois um chefe supremo pode explicar suas palavras até contra as regras da interpretação comum.”⁸⁰² Neste caso nem sequer se coloca a tarefa de interpretar a lei, de modo que o caso concreto se decida com justiça dentro do sentido jurídico da lei. A vontade do monarca não sujeito à lei pode sempre impor o que lhe parece justo, sem atender à lei, isto é, sem o esforço da interpretação. A tarefa de compreender e de interpretar subsiste onde uma regra estabelecida tem valor vinculante e irrevogável.⁸⁰³

Numa linguagem mais branda, mas válida pela didática com que esclarece o tema, pode-se dizer que o mesmo que se passa ao intérprete do Direito ocorre com o intérprete que executa uma partitura musical. Mesmo que ele interprete a canção à sua maneira, com suas próprias habilidades musicais, ainda será aquela mesma canção escrita na partitura que estará sendo executada. Ou quem recita um poema, ou encena uma peça. A reconstrução do intérprete nunca deixa de ser criativa, mas é sempre vinculada à obra que ele se propõe a interpretar.⁸⁰⁴

Ademais, se no sistema romano-germânico a segurança jurídica repousa, psicologicamente falando, no texto da norma positiva, então a aplicação da norma que absolutamente desborde do texto, discrepantemente, enfraquece, nesse sentido, a segurança jurídica. Tanto que “a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que se há de conter, quando cria ou ‘inventa’ *contra legem*, posto que aparentemente

⁸⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 482.

⁸⁰² Nesse ponto, Gadamer faz oportuna citação, em nota de rodapé, da obra de Walch: “No absolutismo esclarecido, a situação é a seguinte: O ‘chefe supremo’ interpreta suas palavras de maneira a não abolir a lei mas a interpretá-la de outra forma, fazendo com que corresponda assim à sua vontade, sem observar as regras de explicitação.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 432, nota de rodapé nº 273.

⁸⁰³ GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 432.

⁸⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., pp. 409-10. Uma metáfora semelhante encontra-se em GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 23-4.

ainda aí à sombra da lei, é pernicioso, assim à garantia como à certeza das instituições.”⁸⁰⁵

Tudo o que se situe além dessas premissas, forçando-se a detecção de supostas mutações constitucionais que extrapolam os limites semânticos do texto da norma, ou deixando de adotarem-se os procedimentos formais de reforma da Constituição, com modificação de seu texto, não poderá ser considerado como mutação “constitucional”, mas sim uma quebra ou anulação da Constituição.⁸⁰⁶ Pois limitar a mutação constitucional às possibilidades de significado do texto da norma constitucional significa dizer que o extrapolar desse texto produz não uma mutação constitucional, mas uma atuação inconstitucional, que deverá ser combatida por aqueles que se submetem à Constituição e levam a sério a vida em sociedade no Estado Democrático de Direito.

5.2 Sistema constitucional positivo

A unidade do Direito pressupõe que a fenomenologia constitucional seja visualizada como um processo coeso e interligado, com fins e valores bem estabelecidos, vale dizer, como um sistema teleológico-axiológico.⁸⁰⁷ Cada ato que se sucede na cadeia da ordenação jurídica, seja na perspectiva vertical ou na horizontal, parte do que ficou estabelecido pelo ato anterior. Quando surge a necessidade de se encadear um novo ato, sobre o qual a comunidade ainda não tenha se manifestado de maneira expressa ou definitiva mediante deliberação e decisão institucionais, a vinculação desse novo ato ao contexto do processo de onde ele provém promove a sua inserção no sistema de maneira menos turbulenta à democracia, com o fortalecimento dos seus elos.⁸⁰⁸

⁸⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 483. Grifo no original.

⁸⁰⁶ HESSE, Korand. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 111.

⁸⁰⁷ Para uma análise do sistema jurídico positivo pela perspectiva de ser uma ordem axiológico-teleológica, como um meio termo entre a pura lógica formal (sistematização absolutizante e, por isso, inaplicável ao Direito) e a tópica (assistematização racional), cf. CANARIS, Claus-Whilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983), especialmente pp. 66-76.

⁸⁰⁸ Desenvolvendo com muito mais propriedade essa ideia, porém com aplicação ligeiramente distinta, cf. MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. (Principles and Coherence in Legal Reasoning). *University of Edinburgh School of Law Working Paper Series*, 2009/08 (SSRN,

E não se está falando, aqui, de um conjunto de fins ou valores universais do Direito, que valham atemporalmente ou relacionados à natureza do Direito. Está-se falando do conjunto de normas positivadas no documento que se chama Constituição. O legislador constituinte estabeleceu normas autoritativas as quais são operadas pelo aplicador do direito constitucional posto. O que garante a legitimidade da atuação desse aplicador é a sua vinculação a essas normas autoritativas: quanto mais direta e reconhecida for a sua vinculação, mais legítima será a sua atuação. A atuação fora desse arranjo institucional perde em legitimidade.

Por isto a mutação constitucional que ofenda ao sistema constitucional em que ela pretenda se inserir não é democraticamente legitimada: porque não se baseia na autorização das normas constitucionais postas.

Semelhantemente, para Dau-Lin e Smend a aplicação do direito constitucional implica não a mera subsunção de fatos a normas, mas o dar prosseguimento ao sentido normativo que as normas constitucionais tramam em conjunto. E para justificar o surgimento de mutações constitucionais, eles defendem que a tarefa do aplicador do direito constitucional é continuar a obra normativa, ainda que isso custe o desatendimento de certas e determinadas normas positivadas, contanto que esse seja o preço para a manutenção e preservação do sentido geral do direito constitucional, para a autoconservação do Estado e a consecução das finalidades totais da Constituição.

Em outras palavras, o direito constitucional aplicado não é estático e nem repetitivo. Ele é dinâmico, conforme se dinamiza a vida sobre a qual ele incide, e se renova, conforme se renovam as situações que ele pretenda regular. Nessa dinamicidade e renovação, ao aplicador das normas constitucionais compete dar continuidade à obra – apenas – iniciada pelo legislador constituinte. E se algumas dessas normas impedirem essa continuidade, ao operador do direito constitucional seria dado descuidar da norma para cuidar do sistema.

Así el cumplimiento de estas tareas dictadas por la necesidad – a pesar de algunas desviaciones de las normas jurídicas escritas – a la adhesión fiel a su articulado, “corresponde antes al sentido de la Constitución

2009). Cópia eletrônica obtida em <http://ssrn.com/abstract=1371140>, acesso em 15.05.2010, p. 22: “[T]omar uma decisão a partir de um argumento que vincula o caso concreto ao ‘espírito’ de decisões anteriores tomadas pela comunidade, sem que a comunidade jamais tenha decidido especificamente sobre o problema em pauta, é melhor do que deixar simplesmente que o juiz decida de modo puramente moral e político (i. e. não estritamente jurídico) o caso concreto.”

que al seguimiento fiel de sus párrafos y en consecuencia al déficit de vida constitucional^{809 810}.

Com efeito, a Constituição como a ordem jurídica da integração da vida estatal, na proposta de Smend, não proclama, como tal, uma exigência de validade rígida e heterônoma, “*pues se dan desviaciones concretas que cuadran, a menudo, más con las desviaciones de la letra de la Constitución que con su sentido*”. E assim, a Constituição é menos um conjunto de artigos desarticulados entre si e com a realidade, e mais a ordem jurídica da vida estatal “*con cierto tipo determinado de intención valorativa*”.⁸¹¹ Nesse sentido, os artigos da Constituição mais indicam do que abarcam e normalizam os fenômenos vitais individuais do Estado.

Assim, o sentido que os artigos da Constituição apontam é um bom indicativo da ocorrência de mutações constitucionais. Se uma dada realidade que se mostra já como realidade potencial (= normalidade somada a normatividade)⁸¹² aponta para o mesmo sentido que apontam os artigos da Constituição, ou seja, se ela se insere no sistema constitucional, então pode-se estar diante de uma mutação constitucional. Do contrário, por mais normativamente forte que seja a realidade potencial, a contradição dessa realidade com o sistema constitucional desaconselha o seu reconhecimento como mutação constitucional.

É que a Constituição não é e nem pode ser um emaranhado de regulações da vida estatal composto por um conjunto retalhado de proposições desconexas. Afinal, “todas as partes estão em relação com um todo orgânico”.⁸¹³ Quem pretende lidar com

⁸⁰⁹ SMEND, Rudolf. *Verfassung und Vefassungsrecht*, p. 78, apud DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 165. Na edição consultada na presente pesquisa, *Costituzione e diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1988, Smend afirma (p. 150) que “o desenvolvimento da tarefa da integração, colocada pelas leis do espírito relativamente ao valor dos artigos da Constituição, corresponderá, não obstante cada um desses desvios, ao sentido da Constituição, mais de uma vida constitucional, se grandemente fiel aos parágrafos, mas também menos bem sucedida.” Versão livre. No original: “l'adempimento del compito di integrazione, posto dalle leggi dello spirito rispetto al valore come dagli articoli della costituzione, corrisponderà, nonostante queste singole deviazioni, a senso della costituzione, più di una vita costituzionale si maggiormente fedele ai paragrafi, ma anche meno riuscita.”

⁸¹⁰ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 165.

⁸¹¹ DAU-LIN, Hsü. Ob. cit., p. 175.

⁸¹² Cf. o que se disse acima sobre esses conceitos desenvolvidos por Hermann Heller, no capítulo 3.2, em que se tratou da força normativa da Constituição como função das mutações constitucionais.

⁸¹³ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001, p. 11. Observe-se que já no século XIX Savigny considerava a organicidade (em oposição à mecânica) do sistema jurídico, em concordância com a proposta do presente trabalho. Cf. capítulo 3.1, acima.

ela precisa fazê-lo a partir da consideração de que ela é um todo unitário, e que ela aponta para um mesmo sentido: o da unidade política através da ordenação jurídica.⁸¹⁴

É sabido que a sociedade pós-moderna de consumo não admite valores totalizantes ou absolutos. Isso impede, no âmbito do Estado Democrático, o estabelecimento objetivo de normas constitucionais que contenham um efetivo fundo ideológico material comum, exceto o do relativismo e da pluralidade, os quais, por sua vez, demandam que não se encerrem valores totalizantes ou absolutos na Constituição.

Nada obstante, mesmo que por vezes as normas constitucionais positivadas carreguem valores abstratamente antagônicos, opostos ou até incompatíveis, a vida em sociedade só é possível com paz e ordem social. E para atingir essa finalidade, os operadores das normas constitucionais precisam tratá-las de maneira sistemática, fazendo-as dialogar entre si e harmonizando o seu sentido. Afinal, a Constituição visa, no mínimo, à viabilidade da vida em sociedade.

O dogmático jurídico do Direito Constitucional moderno tem como tarefa elaborar a matéria jurídica positiva de modo que esta seja útil para a unidade e ordenação temporal e sistemática da organização estatal. [...] A dogmática jurídica do Direito Constitucional existe para servir ao fim de uma continuidade histórica e sistemática da Constituição real; para êste fim tem que se orientar o seu método.⁸¹⁵

Dito de outro modo, as normas constitucionais, tanto em conjunto como isoladamente, precisam ser tomadas como um sistema constitucional, porque “o intérprete deve pressupor e entender o seu objecto como um todo em si significativo, de existência assegurada,”⁸¹⁶ por ser da racionalidade a “exigência de que a ordem jurídica não seja examinada de modo parcial. [...] [Pois] o sentido de uma norma só pode ser determinado pelo exame de outras normas.”⁸¹⁷

⁸¹⁴ Essas são, como dito no capítulo 3.1, acima, a tarefa e a função da Constituição, na multicidada definição de Konrad Hesse, segundo a qual a Constituição é a “ordem jurídica fundamental da coletividade.”

⁸¹⁵ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 311.

⁸¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983), p. 15

⁸¹⁷ ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade – ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 139.

Dizer que um aglomerado é um sistema é dizer que as partículas que o conformam estão ordenadas sob determinados critérios. Uma das características de um sistema ordenado é a unidade, cuja atribuição consiste em evitar a dispersão das partículas que compõem o todo, de modo a reconduzi-las, sempre e a cada vez, ao critério que lhes é estruturante.

Examinar o sistema jurídico importa, necessariamente, fazê-lo de forma coerente. Isto é, as normas e as implicações que delas decorrem devem ser organizadas de modo a complementarem-se, apontando para um e o mesmo sentido.⁸¹⁸

Por isso as mutações constitucionais não podem desarmonizar o sistema constitucional. Elas precisam ser acolhidas por ele, como que o completando e corrigindo o seu sentido que, diante da realidade incongruente com o seu texto, iniciava a desarmonizar-se. Na verdade, as mutações constitucionais não apenas não podem ferir a harmonia do sistema constitucional como elas devem promover essa harmonia. Em uma realidade incongruente com o texto das normas da Constituição, o sistema, sem as mutações constitucionais, perderia o sentido; estando o sistema perplexo e anacrônico diante da realidade, as mutações constitucionais servem para restabelecer a harmonia do sistema, e não o contrário.

Porque, se “duas proposições antagônicas não podem ser ambas verdadeiras ao mesmo tempo”, na clássica lição aristotélica, tem-se que o sistema constitucional, que é composto por diversas proposições, não deve ser formado por unidades que se contraponham logicamente, pois isso implodiria a coerência interna desse sistema.

Mas “a coerência é mais exigente do que a mera não-contradição. Duas afirmações são coerentes se, e somente se é [sic] possível demonstrar que ambas as afirmações podem ser justificadas por um mesmo valor ou conjunto de valores.”⁸¹⁹ Nesse sentido, “a importância da coerência na argumentação jurídica é uma consequência lógica do fato de que a coerência é uma característica da própria idéia de racionalidade (ou das idéias relacionadas de justificação e correção).”⁸²⁰

⁸¹⁸ BAINI, Gustavo Martins. Aspectos da responsabilidade extracontratual da Administração Pública na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – sujeição ativa e passiva. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Ano XXXVIII, n. 122, jun. 2011, p. 106.

⁸¹⁹ MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. (‘Principles and Coherence in Legal Reasoning’). *University of Edinburgh School of Law Working Paper Series*, 2009/08 (SSRN, 2009). Cópia eletrônica obtida em <http://ssrn.com/abstract=1371140>, acesso em 15.05.2010, p. 07.

⁸²⁰ MICHELON, Cláudio. Ob. cit., p. 27.

A coerência na razão prática decorre de uma “concepção narrativa da vida humana”. Isto é, levar a vida de uma maneira que possa ser compreendida dentro de uma unidade narrativa, em que as diversas ações do sujeito possam ser “reconduzidas a uma concepção aceitável de bem”, representa algo consentâneo com a razão prática, podendo ser acolhido e desenvolvido por ela.⁸²¹

Do mesmo modo, a legitimidade da Constituição em regular a vida estatal da Comunidade decorre, em alguma medida, da possibilidade de ela ser compreendida através da razão prática e, por isso, a sua coerência colabora para o aumento da sua legitimidade. Visto sob outro ângulo, diz-se que a autoridade da Constituição decorre da confiança dos sujeitos em abrir mão de suas diretivas individuais pelas diretivas coletivamente feitas e estabelecidas no documento constitucional, por acreditar que essas escolhas são melhores que as suas próprias. Se as diretivas recolhidas na Constituição mostrarem-se incoerentes e desarmônicas, isso certamente diminuirá a sua confiabilidade e, conseqüentemente, a sua autoridade.⁸²² Desse modo, permitir que a Constituição se apresente desarmoniosa e assistemática prejudica o desempenho de sua tarefa de promover a unidade política. E por isso as mutações constitucionais não podem produzir essa desarmonia.

A isso se acrescente que a base para a coerência da aplicação do direito constitucional não pode ser subjetiva. As normas constitucionais positivas são o parâmetro para definição da coerência do sistema. “Não há tantos direitos quantos sejam os indivíduos. Pois o direito é um só, e a base à qual se deve aplicar o teste da coerência é única. Se esse teste se pudesse aplicar de acordo com o que cada indivíduo acredita ser o direito, haveria um sistema jurídico para cada indivíduo.”⁸²³

⁸²¹ MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. (‘Principles and Coherence in Legal Reasoning’). *University of Edinburgh School of Law Working Paper Series*, 2009/08 (SSRN, 2009). Cópia eletrônica obtida em <http://ssrn.com/abstract=1371140>, acesso em 15.05.2010, p. 28.

⁸²² Cf. MICHELON, Cláudio. Ob. cit., p. 30.

⁸²³ RAZ, Joseph. *Ethics in public domain*. Oxford: Clarendon Press, 1996, pp. 288-9, *apud* ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade – ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 142. Ao discorrer sobre os riscos que os métodos hermenêuticos modernos proporcionam à democracia e ao ordenamento jurídico, por abrirem, por vezes excessivamente, a porta para interpretações subjetivistas, pretensamente sistemáticas, Paulo Bonavides observa que: “O que é subjetivismo com respeito à lei se converte aí em objetivismo com respeito ao sistema. A moderna hermenêutica constitucional dos valores não trepida em escusar-se com o argumento de que, na sua técnica, ao subjetivismo aparente do intérprete sucede o objetivismo ideológico do sistema, de que é órgão o intérprete. Na verdade, porém, o que houve foi a substituição de um subjetivismo – o do intérprete –, por outro subjetivismo – o do sistema e sua ideologia. Uma substituição evidentemente

Assim como a recondução da norma ao valor que lhe subjaz ordena sistematicamente o Direito (adequação valorativa), a inserção de uma nova normatização, mediante mutação constitucional, ao cânone constitucional, altera todo o sistema constitucional, pois essa nova normatização passa a integrar, com o seu próprio valor subjacente, o elemento valorativo geral do cânone constitucional como um todo.⁸²⁴

Canaris observa que “o sistema, como um conjunto de todos os valores fundamentais constitutivos para uma ordem jurídica, comporta justamente a justiça material, tal como esta se desenvolve e representa na ordem jurídica positiva.”⁸²⁵ ⁸²⁶ Logo, uma modificação do sistema constitucional é causada por uma diferenciação de valores que nele se inserem. Em oposição à modificação, uma quebra desse sistema ocorre com a contradição entre o valor carregado pela modificação e os valores estabelecidos pelo sistema.⁸²⁷ E essas quebras do sistema afetam a adequação valorativa,⁸²⁸ na medida em que impedem que se reconduza a aplicação do direito constitucional ao conjunto coeso e harmônico de valores que lhe dá substrato.

Isso significa que a mutação constitucional, por produzir uma modificação da Constituição, e não uma quebra da Constituição, deve promover uma diferenciação, isto é, um novo conteúdo em relação ao conteúdo anterior, e não uma contradição de valores com o sistema constitucional, isto é, um elemento estranho ao sistema, que o desarmoniza.

opressiva e desvantajosa pela possibilidade que traz de destruir o Estado de Direito.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 486.

⁸²⁴ Sobre essa perspectiva valorativa segundo a qual ocorre a mudança de todo o sistema pela mudança de apenas um de seus elementos, cf. CANARIS, Claus-Whilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983), p. 156.

⁸²⁵ CANARIS, Claus-Whilhelm. Ob. cit., p. 190.

⁸²⁶ Observe-se que a ideia da vinculação do sistema aos princípios, e destes aos valores (logo, a vinculação do sistema aos valores) – o que, aliás, acabou contribuindo para a ideia hodiernamente combatida de que princípios relacionam-se a valores, e não a normas –, já havia sido iniciada, em alguma medida, por Savigny: “O conteúdo do sistema é a legislação, isto é, os princípios do Direito. Necessitamos de um meio lógico de forma, ou seja, da condição lógica do conhecimento de todo o conteúdo da legislação para conhecer estes princípios, em parte de forma particular, em parte na sua conexão. Tudo o que é formal tem por objetivo desenvolver a determinação dos princípios particulares do direito – geralmente isto é denominado de definições e distinções –, ordenar a vinculação de vários princípios particulares e sua conexão. Isto é habitualmente denominado de *verdadeiro sistema*.” SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001, pp. 36-7. Grifou-se.

⁸²⁷ CANARIS, Claus-Whilhelm. Ob. cit., p. 230.

⁸²⁸ CANARIS, Claus-Whilhelm. Ob. cit., p. 236.

“[L]as mutaciones constitucionales no sólo son algo impuesto forzosamente por el Estado en cuanto realidad vital de la Constitución como su regulación jurídica, sino que son en parte queridas y favorecidas por la Constitución misma.”⁸²⁹ Vale dizer, a ocorrência de uma mutação constitucional não deve fazer-se sentir como uma quebra do sistema constitucional. Ao contrário, deve produzir uma reharmonização do sistema, reinserindo um preceito constitucional destoado do ordenamento à pauta normativa em que se coloca, reordenando-o e fazendo-o apontar o mesmo sentido para o qual ruma a Constituição.

E também a Canaris se deve a constatação de que “um sistema não representa mais do que a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material com *meios racionais*.”⁸³⁰ E nesse sentido, promover uma alteração informal da Constituição, mediante uma mutação constitucional que não encontre abrigo no sistema da Constituição, não permite à racionalidade captar e traduzir a unidade e a ordenação da Constituição. E por deixá-la assistemática, deixa-a irracional e, por conseguinte, não serve ao Direito.

O reconhecimento de uma mutação constitucional deve ser feito com adequação valorativa, isto é, retomando os valores que ela carrega “até ao fim”,⁸³¹ o que significa dizer que a mutação constitucional só é admissível se a sua finalidade encontra abrigo na finalidade geral do sistema constitucional ou da norma constitucional que ela pretenda modificar.

É por isso que o reconhecimento dessa mutação constitucional precisa passar pelo crivo do seu ajuste ao sistema axiológico-teleológico que ela pretenda integrar,⁸³² isto é, pela sua adequação ao sistema constitucional positivo vigente.

Mas o sistema constitucional não é apresentado exclusivamente pelas normas positivas. É que o estabelecimento das normas constitucionais não se dá de maneira ilimitada ou desconectada com a conjuntura política e social em que elas surgem. As forças que organizam a vida em sociedade e regem as relações sociais impõem o rumo

⁸²⁹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 163. Cf. nota de rodapé nº 1.207, abaixo.

⁸³⁰ CANARIS, Claus-Whilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983), p. 69. Grifos no original.

⁸³¹ Sobre a adequação valorativa no pensamento sistemático, cf. CANARIS, Claus-Whilhelm. Ob. cit., pp. 18-23 e 74-6.

⁸³² CANARIS, Claus-Whilhelm. Ob. cit., pp. 187-8.

para o qual as normas constitucionais apontarão. Se não estabelecem própria e diretamente o conteúdo das normas, elas, no mínimo, determinam que conteúdo as normas *não* terão.

O próprio conceito de Poder Constituinte originário, o qual se costuma caracterizar como ilimitado, pode ser considerado limitado, nesse sentido, entendendo que “o condicionamento político existe sempre; o condicionamento social existe sempre; o condicionamento psicológico existe sempre; o que não há é condicionamento jurídico.”⁸³³ “Quer o poder constituinte formal, quer o poder constituinte material são limitados pelas estruturas políticas, sociais, econômicas e culturais dominantes da sociedade, bem como pelos valores ideológicos de que são portadores.”⁸³⁴ Ou, dito de outro modo, a Assembleia Constituinte “é convocada para elaborar uma Constituição, mas não deve produzir *qualquer* Constituição, e sim, um documento que corresponda aos anseios da Coletividade, consagrando as concepções atuais e dominantes de normalidade.”⁸³⁵

Por exemplo: por ocasião da elaboração da Constituição da Primeira República, a Constituinte não estava autorizada a elaborar uma Constituição monárquica. Não porque ela não fosse soberana. Ela era: não prestava contas a ninguém outro. Mas apenas porque seu poder soberano não era ilimitado (ou mais especificamente: era condicionado pelas circunstâncias históricas em que foi convocada).⁸³⁶ Assim, a Constituinte Republicana de 1889, embora fosse soberana, prestava contas para si mesma, isto é, para o contexto histórico do qual se originou, com o conjunto de valores a que se remetia

E sob esse aspecto, o sistema constitucional é formado também pela conjuntura histórica em que a Constituição se estabelece. E a mutação constitucional precisa ser consentânea, também, com essa conjuntura. Nesse sentido, a realidade constitucional

⁸³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Poder constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro, IBDC/Forense, v. 1, n. 1, 1983, p. 93, *apud* SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na constituição brasileira de 1988 – e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006, p. 35.

⁸³⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Lições de direito administrativo*, p. 62, *apud* MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 80/245, out.-dez./1986, *in*: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 459.

⁸³⁵ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 70.

⁸³⁶ CALMON, Pedro. Entrevista concedida à “Fôlha Carioca”, em 14.01.1946, *apud* NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, pp. 12-3, nota de rodapé nº 9.

contrária à norma constitucional que destoe da conjuntura histórica em que a Constituição se insere, que afronte os valores políticos, sociológicos, econômicos, religiosos, culturais, etc., predominantes na sociedade, não pode ser considerada uma mutação constitucional, por ofensa ao sistema constitucional.

Por tudo isso se pode afirmar que a mutação constitucional legítima (ou, tão-somente, “mutação constitucional”, em oposição a “mutação *inconstitucional*”) não representa uma ruptura do sistema constitucional, mas um complemento pontual do sistema que, em razão da incongruência entre o texto da norma e a realidade, encontrava-se parcialmente rompido. A mutação constitucional, com efeito, vem para fortalecer o sistema, e não para enfraquecê-lo; vem para completar a Constituição, e não para fragmentá-la. E nesse sentido, só pode ser considerada mutação constitucional aquela que se encaixa no sistema constitucional positivo, “ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.”⁸³⁷

As mutações constitucionais, “embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocada pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição.”⁸³⁸ Se o fizerem, deixam de ser mutações constitucionais para romperem a Constituição, tornando-se dela pura infração. E por isso se diz que a mutação constitucional encontra seus limites na “preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. [...] [Se uma suposta mutação constitucional] não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário”⁸³⁹

A interrupção da Constituição equivale ao término de sua vida, o que ocorre nas grandes crises nacionais, decorrentes de revoluções ou golpes de estado, ou ainda de transições pacíficas, mas não menos profundamente transformadoras e, por isso mesmo, inovadoras, inicializadoras de uma nova ordem constitucional, não podendo ser consideradas continuidade da ordem anterior.⁸⁴⁰

⁸³⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

⁸³⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.229.

⁸³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 215.

⁸⁴⁰ “Na caracterização jurídica, revolução é, em última análise, uma quebra de continuidade, em última análise [sic], quebra de continuidade no desenvolvimento da ordem jurídica.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38.

Mas “se a Constituição não tem vocação para ser eterna, tem, por sem dúvida, vocação para ser durável.”⁸⁴¹ Assim, considerando que a Constituição tem pretensão de longevidade na regulação da vida estatal, na medida em que busca promover a estabilidade, a sua modificação não se confunde com a sua interrupção. Ao contrário, a mudança da Constituição pressupõe continuidade, em um “processo de evolução estável”⁸⁴². Afinal, depois de uma mudança, a Constituição deve resultar melhor, e não apenas diferente. Ou, em outras palavras, toda mudança constitucional deve promover a melhoria das condições de regulação da vida estatal e da promoção dos fins constitucionais, e não apenas a sua diferenciação. “Mera mudança não é crescimento. Crescimento é a síntese de mudança e continuidade, e onde não haja continuidade não há crescimento.”⁸⁴³ E por isso uma mutação constitucional não deve romper a continuidade que o sistema constitucional propõe. Em o fazendo, ainda que haja mudança, não há continuidade e, portanto, não há crescimento. Pois se não se pode afastar a Constituição das transformações vivenciadas pela sociedade e pelo Estado, “permitir mudanças não deve gerar perturbação mas sim conservação e estabilidade.”⁸⁴⁴

5.3 *Limites comuns às mudanças formais (Poder Constituinte originário ou reformador?)*

Não haveria ordem na sociedade – e, por assim dizer, não haveria sociedade – se certas normas não fossem inquestionavelmente admitidas por todos, que a elas sempre deveriam submeter-se. Mesmo em uma sociedade anarquista, a norma que veda o estabelecimento de normas coercitivas precisaria ser mantida. Esse tipo de norma nuclear da Constituição de uma sociedade precisa ser protegido até mesmo contra o querer democrático.⁸⁴⁵

⁸⁴¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A revisão constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 29, n° 114, abr./jun./1992, p. 09.

⁸⁴² FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 05 e 15-23.

⁸⁴³ LEWIS, C. S. Hamlet: the prince or the poem?, in: C. S. Lewis, *Selected Literary Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, p. 105. Versão livre. No original: “Mere change is not growth. Growth is the synthesis of change and continuity, and where there is no continuity there is no growth.”

⁸⁴⁴ FRANCISCO, José Carlos. Ob. cit., p. 15.

⁸⁴⁵ SEREJO, Paulo. Conceito de inconstitucionalidade. *Revista jurídica virtual da Casa Civil da Presidência da República*. Brasília, v. 1, n. 19, dez./2000, *apud* LIMA FILHO, Francisco das C. Alteração das cláusulas pétreas e o poder constituinte evolutivo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, ano 70, n. 1, jan./jun./2004, p. 132.

Logo, se ao lado da função dinâmica a Constituição exerce uma função estática,⁸⁴⁶ é preciso estabelecerem-se limites definitivos e insuperáveis à sua transformação, sob pena de não se modificar a Constituição, mas de infringí-la, substituindo-a por outra.

É por isso que a própria Constituição estabelece alguns desses limites, fixando até que ponto ela pode ser formalmente reformada.

A reforma constitucional não implica em uma destruição da constituição vigente, não sendo possível nenhuma mudança constitucional que provoque uma substituição do sujeito do poder constituinte, ou de algum outro conteúdo fundamental cuja mudança é expressamente vedada pela constituição.⁸⁴⁷

Os limites à reforma formal da Constituição, por óbvio, restringem a possibilidade de mudança do texto da Constituição. E por ser a reforma formal a mudança constitucional mais precisa, evidente e intencional, poder-se-ia afirmar que se não se pode reformar formalmente a Constituição sob determinados aspectos, menos ainda seria admissível reformá-la informalmente. Dito de outro modo, se a reforma formal, que é menos questionável do que a informal, obedece a certos limites, mais ainda deveria obedecê-los a reforma informal.

Esses limites costumam ser classificados pela doutrina como limites explícitos e implícitos. Os limites explícitos são divididos em formais e materiais. Os primeiros, formais, por sua vez, subclassificam-se em limites subjetivos, circunstanciais e temporais.⁸⁴⁸

Apenas para situar o leitor, já que não se trata do objeto desta pesquisa, traçar-se-ão breves definições de cada um desses limites, sem adentrar nas polêmicas que os envolvem.

⁸⁴⁶ Cf. capítulo 3.1, acima.

⁸⁴⁷ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, pp. 174-5.

⁸⁴⁸ Como toda classificação, existem diversas outras, de acordo com outros critérios. Por exemplo, há quem subclassifique as limitações materiais em limitações “transcendentes”, “imanes” e “heterônomas” (MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 80/245, out.-dez./1986, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 459.). Porém, por não ser objeto desta investigação, apenas referir-se-á alguns poucos elementos de uma classificação mais ou menos aceita na doutrina.

Os limites formais subjetivos são, além de subjetivos, procedimentais, pois dizem respeito ao sujeito competente para propor e proceder às reformas constitucionais, bem como ao procedimento a ser adotado. Isto é, estabelecem quem e como se faz uma reforma constitucional. “São exemplos desses limites: a maioria deliberativa, o órgão ou órgãos legitimados ao exercício do poder reformador (titularidade), o número de vezes em que a reforma deverá ser votada (turnos), entre outros.”⁸⁴⁹

Obviamente, estes limites, por dizerem respeito à forma externa da reforma não se aplicam às mutações constitucionais, que prescindem, para sua ocorrência, de critérios formais.

Os limites formais circunstanciais são aqueles que impedem a reforma da Constituição sob determinadas circunstâncias. Vale dizer, quando a sociedade estiver experimentando certos eventos históricos, a Constituição não poderá ser modificada. Tais limites impedem que as reformas constitucionais “se dêem num momento inadequado, isto é, de exceção, que geralmente implica na existência de limites à liberdade. [...] Vedam a reforma constitucional durante circunstâncias excepcionais, como nos casos de estado de sítio, estado de emergência, estado de guerra etc.”⁸⁵⁰ Ou, numa fórmula mais simples, “proíbem a revisão da Constituição em situações de anormalidade constitucional.”⁸⁵¹

Por fim, os limites formais temporais vedam a reforma durante um período de tempo. Eles “[f]ixam prazos impeditivos ao exercício das reformas constitucionais, com o intuito de viabilizar a implementação e a efetividade da Constituição, à medida que ela terá que ser cumprida, nos seus exatos termos, pelo menos no período mínimo estabelecido.”⁸⁵²

Já os limites materiais obstam a reforma de determinados conteúdos estabelecidos pela Constituição. “[S]ão óbices de conteúdo impostos pelo Poder

⁸⁴⁹ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na constituição brasileira de 1988 – e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006, pp. 118-9. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 1.062-3.

⁸⁵⁰ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Ob. cit., p. 118. No caso da Constituição de brasileira de 1988, o assunto é tratado no art. 60, § 1º. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 198.

⁸⁵¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.063.

⁸⁵² SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Ob. cit., pp 120-1. Cf. BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., pp. 199-200. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Ob. cit., pp. 1.062-3.

constituente ao Poder reformador, [...]proibições de alterações de determinadas matérias.”⁸⁵³ São as conhecidas “cláusulas pétreas”.

Esses seriam os limites explícitos, porque necessitariam de expressa previsão constitucional.

Mas além deles, como dito, há o que a doutrina costuma denominar limitações implícitas, que

são basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário. [...] [Evitam] reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces de todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebrantamento de todo o espírito que anima a ordem constitucional. Trata-se em verdade de reformas totais, feitas por meio de reformas parciais.⁸⁵⁴

Os limites implícitos, por óbvio, não estão enumerados textualmente na Constituição, mas pressupõem o sistema e a lógica da reforma constitucional, porque impedem que se modifique o modo como se modifica a Constituição e que se modifique inteiramente a Constituição, disfarçadamente outorgando uma nova em lugar da anterior. Os limites implícitos são pressupostos aos explícitos. Isto é, mesmo nos limites formais e materiais acima definidos observam-se os limites implícitos, porque se eles pudessem ser flexibilizados, então também os limites explícitos ruiriam.

Assim, na busca de limites para as mutações constitucionais, talvez se pudesse dizer que os limites estabelecidos ao Poder Reformador formal também se aplicariam às modificações informais. Se for assim, então as mutações constitucionais seriam vedadas em certas circunstâncias, certos períodos de tempo, certas matérias.

⁸⁵³ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na constituição brasileira de 1988 – e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006, p. 121. No caso da Constituição brasileira de 1988, as chamadas “cláusulas pétreas” estão dispostas no art. 60, § 4º. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 200-2. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 1.064-9.

⁸⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 202. Cf., também, CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Ob. cit., pp. 1.065-6.

Sobre a possibilidade de alteração dos meios através dos quais se altera a Constituição, costuma-se objetar que não se podem alterar as regras de alteração, em termos lógico-jurídicos, pois a conclusão contradiria uma das premissas do silogismo.⁸⁵⁵ Segundo essa corrente, tal possibilidade de alteração significaria “conferir ao poder constituinte derivado características que ele não possui de poder constituinte originário.”⁸⁵⁶ Para Canotilho “as regras de alteração de uma norma pertencem, logicamente, aos *pressupostos* da mesma norma, e daí que as regras fixadoras das condições de alteração de uma norma se coloquem num nível de validade (eficácia) superior ao da norma a modificar.”⁸⁵⁷

E sobre a possibilidade de revisão total da Constituição mediante a sua reforma pretensamente parcial, diz-se que “essa opinião não se justifica, pôsto que expressa antes a ideia de uma destruição da constituição, antes [sic] que a sua emenda.”⁸⁵⁸

No entanto, na prática, em 1958 foram alteradas as normas que presidiam à revisão da Constituição francesa de 1946.⁸⁵⁹ E mesmo na experiência brasileira, verifica-se que os arts. 47 e 48 da Constituição de 1967/69, que estabeleciam o processo legislativo de emenda à Constituição, foram profundamente modificados pelas Emendas Constitucionais nº 08 de 1977, 11 de 1978 e 22 de 1982. Aliás, a convocação para a Assembleia Constituinte que promulgou a Constituição da República de 1988 deu-se por força da Emenda Constitucional nº 26/1985, tendo a atual Constituição brasileira se originado, sob esse aspecto genético formal, a partir de uma reforma constitucional, contrariando todo um dogma doutrinário.

E a experiência histórica também já demonstrou normas constitucionais que admitiam a revisão total e integral da Constituição, através de reformas constitucionais. As constituições suíça e francesa de 1848 previam, respectivamente, nos arts. 118 e 11, a possibilidade de modificação ou revisão total de seu conteúdo a qualquer tempo.⁸⁶⁰

⁸⁵⁵ Sobre essa objeção, denominada “inalterabilidade das normas autorreferentes”, de Alf Ross, Manoel Gonçalves Ferreira Filho disse tratar-se “de uma argumentação extremamente abstrata que não se pode aqui resumir.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235.

⁸⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 203.

⁸⁵⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.068. Grifo no original.

⁸⁵⁸ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 176.

⁸⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ob. cit., p. 235.

⁸⁶⁰ FERREIRA, Pinto. Ob. cit., p. 176.

Tudo isso para dizer que os limites estabelecidos na Constituição para restringir a possibilidade de sua reforma formal, isto é, através dos procedimentos nela mesma previstos, não são absolutos. Em outras palavras, a reforma formal da Constituição nem sempre obedece aos limites que a Constituição formalmente lhe impõe.⁸⁶¹

E se é assim, permanece a dúvida sobre a limitação das mutações constitucionais através dos limites fixados às mudanças formais da Constituição. Estariam as mutações constitucionais limitadas pelos mesmos limites comuns às mudanças formais da Constituição? Essa dúvida passa pela dúvida acerca da natureza do Poder Constituinte através do qual cada uma dessas modificações constitucionais (a formal e a informal) ocorrem. Seriam as mutações constitucionais fruto do Poder Constituinte reformador ou do originário?

A fixação da natureza dos Poderes Constituintes originário e derivado é um dos mais delicados temas da Ciência Política e da Teoria da Constituição. Sabendo disso, não se tem a pretensão de esgotar a hercúlea tarefa que seria sequer expor as teorias a esse respeito nas poucas páginas que se seguirão. Entretanto, um dentre os vários critérios utilizados para analisar esse tema pode ajudar a esclarecer de que modo os limites comuns às mudanças formais da Constituição podem, também, limitar as mutações constitucionais.

Tradicionalmente, costuma-se dizer que o Poder Constituinte reformador é um poder derivado, um poder constituído, isto é, criado pelo Poder Constituinte originário, que o faz a fim de permitir a adaptabilidade formal da Constituição às desconhecidas condições do futuro. “Nesse sentido, pode-se afirmar que possui uma grande carga de juridicidade, ou seja, é abalizado por regras de direito que o informam e condicionam [...] [possuindo] uma natureza jurídica, à medida que é oriundo de uma construção jurídica.”⁸⁶²

Por isso, embora a sua titularidade ainda se atribua ao Povo, o exercício do Poder Constituinte reformador é usualmente entregue aos seus representantes, na

⁸⁶¹ Há inclusive forte oposição doutrinária à teoria dos limites ao Poder Constituinte reformador, muito bem recolhida em FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Apenas para citar, nessa obra o autor propõe dois métodos para superar os limites materiais (e os implícitos) impostos ao Poder Reformador, ambos já implícita e difusamente tratados no texto: a chamada “revisão de duplo grau” ou “dupla emenda” e o chamado “Poder Constituinte Híbrido”, “Misto” ou “Tricotômico”.

⁸⁶² SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na constituição brasileira de 1988 – e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006, p. 44.

medida em que a própria Constituição, ao estabelecer o modo através do qual a reforma constitucional se opera, outorga a órgãos constitucionais constituídos a competência para promovê-la.⁸⁶³ E também por esse motivo a doutrina majoritária costuma caracterizar o Poder Constituinte reformador como um Poder Constituinte derivado e, portanto, condicionado, jurídico, limitado, secundário e subordinado.⁸⁶⁴

O Poder reformador nada mais é do que uma aptidão conferida pelo Poder constituinte para alterar a Constituição, de acordo com regras rígidas e limites pré-estabelecidos, de modo a tornar a Constituição atual, no decorrer dos tempos, entretanto sem desfigurá-la de seu espírito criador, [...] [e] só pode atuar estritamente de acordo com o que dispõe a Constituição que o estabelece. [...] O poder reformador é limitado formal e materialmente por normas constitucionais deliberadas pelo próprio poder que o instituiu – o Poder Constituinte. As limitações ao poder de reforma fundam-se na necessidade de se vetar a transformação tal da Carta Constitucional que contrarie as próprias intenções e deliberações do Poder Constituinte, criando uma ‘nova’ Constituição.⁸⁶⁵

Com efeito, diz-se que o Poder Constituinte reformador até “pode editar normas de força constitucional, mas de acordo com a Constituição.”⁸⁶⁶ Vale dizer, para que as reformas das normas constitucionais sejam realizadas de modo aceitável pela dogmática constitucional, a saber, com legitimidade conferida pela própria Constituição, o Poder reformador deve empregar “os meios previstos pela Constituição mesma.”⁸⁶⁷

Já as reflexões doutrinárias sobre a natureza do Poder Constituinte originário assumem as mais variadas conclusões, importando aqui apenas dizer-se que se trata,

⁸⁶³ No caso da Constituição da República de 1988, o art. 60 atribui à Presidência da República e aos membros do Poder Legislativo federal e dos estados a iniciativa para propor a reforma, e ao Congresso Nacional a competência para deliberar sobre ela, aprová-la e promulgá-la.

⁸⁶⁴ Por exemplo, cf. FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 05 e 72. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 147-9. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na constituição brasileira de 1988 – e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006, p. 45. Reconhecendo a doutrina dominante, mas opondo-se a ela: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 149-52 e 201.

⁸⁶⁵ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na constituição brasileira de 1988 – e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006, pp. 73-4 e 93.

⁸⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ob. cit., p. 233.

⁸⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 198.

fora de dúvida, de um Poder situado “fora” da Constituição.⁸⁶⁸ Ou seja, não se opera através das normas constitucionais estabelecidas – já que, a rigor, quando o Poder Constituinte originário está em atuação não há normas constitucionais estabelecidas –, mas através dos compromissos políticos que o Povo, reunido, houver deliberado para estabelecer uma nova Constituição.

La **legitimidad** de una constitución no puede hacer referencia al hecho de que el poder constituyente haya actuado constitucionalmente en el sentido de una constitución anterior. La legitimidad ha de ser diferenciada de la legalidad, de la coincidencia con el derecho positivo, ya que tal derecho no existe precisamente para el poder constituyente.⁸⁶⁹

Nesse sentido, em oposição a um Poder Constituinte reformador jurídico, fala-se em um Poder Constituinte originário político, porque não é exercido pelos meios positivamente estabelecidos em alguma Constituição. Diferentemente do Poder Constituinte que modifica a Constituição (nesse sentido, um poder reformador), o Poder Constituinte originário cria uma nova Constituição, ou melhor, uma nova ordem constitucional.

Diante dessas considerações, ainda remanscem (e talvez se acentuem) as dúvidas sobre qual o Poder Constituinte que opera mutações constitucionais.

Sob uma perspectiva, pode-se dizer que as mutações constitucionais realizam-se através de atuação do Poder Constituinte reformador. É que semelhantemente às reformas constitucionais, as mutações constitucionais adaptam a Constituição positivada às mudanças da realidade histórico-social. As mutações constitucionais não estabelecem, em regra, uma nova ordem constitucional. Em vez disso, ao amenizar eventual ruptura entre a Constituição normativa e a realidade constitucional, as mutações constitucionais permitem a continuidade fluida da Constituição vigente. E sob esse aspecto, poder-se-ia dizer que as mutações constitucionais são fruto do Poder Constituinte reformador.

De outro lado, outras características aproximam a ocorrência de mutações constitucionais à atuação do Poder Constituinte originário. É que diferentemente do

⁸⁶⁸ NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, pp. 11-19, jun./1946.

⁸⁶⁹ STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 318. Grifo no original.

Poder reformador tradicional, as mutações constitucionais não ocorrem através das normas constitucionais positivadas. Elas não obedecem ao procedimento formal previsto na Constituição e, por isso, não poderiam ser legitimadas (estritamente) em normas jurídicas,⁸⁷⁰ não tomando emprestada a legitimidade jurídica da própria Constituição, mas buscando-a na realidade constitucional e nos fundamentos da Teoria da Constituição desenvolvidos neste trabalho, a saber, o equilíbrio entre as funções estática e dinâmica da Constituição e a manutenção da sua força normativa.⁸⁷¹ E sob essa perspectiva, talvez se pudesse afirmar que as mutações constitucionais, que modificam a Constituição através de meios não previstos nela mesma e sem fundamento nas normas positivadas, não fossem objeto de atuação do Poder reformador, mas do Poder Constituinte originário.

Muito embora as mutações constitucionais, em princípio, não instaurem novos ordens constitucionais e não executem modificações sistêmicas, mas apenas atualizam pontualmente a Constituição – apenas nos pontos em que ela estiver desatualizada –, Georg Jellinek considera

incomparablemente más instructivas que todas las mutaciones constitucionales, en debate, relativas a este o aquel texto de la Constitución, aquéllas que sin una repentina conmoción del Estado, sin plena destrucción del orden estatal vigente, muestran ¡como resultado final!, la completa reconstrucción del mismo. Para que esto se produzca se necesita mucho tiempo y la actuación de poderosas fuerzas históricas.⁸⁷²

Para chegar a essa constatação, Jellinek analisa o panorama histórico do arranjo institucional entre os poderes políticos da Europa, desde a Revolução Francesa até o começo do século passado, que o levou a concluir que a verdadeira e mais importante mutação constitucional por ele constatada foi o deslocamento do poder político,

⁸⁷⁰ Ancorado nessa característica, Paulo Bonavides sugere que as mutações constitucionais são, de alguma maneira, fruto da atuação de uma segunda categoria de Poder Constituinte originário: “outra forma de poder constituinte, aliás, o segundo desta espécie [a originária], não tendo titularidade definida, é difuso, anônimo e político. [...] outro poder constituinte [...] não se sujeita à disciplina jurídica, porquanto, como já dissemos, pertence às categorias sociais que atuam à margem do quadro normativo formal. É ele expressão da realidade e tem por isso feição originária, e de algum modo se caracteriza como o mesmo poder constituinte originário em estado potencial.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 186-8.

⁸⁷¹ Cf. capítulo 3.2, acima.

⁸⁷² JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 56-7.

inicialmente do “povo”, para outros órgãos, “apenas” representativos, de forma lenta, gradual, velada e, por isso mesmo, quase imperceptível.⁸⁷³ Essa mutação constitucional observada por Jellinek não alterava um ou outro dispositivo da Constituição, mas toda a infraestrutura de distribuição, exercício e controle do poder político constitucionalmente estabelecido.⁸⁷⁴

Semelhantemente, analisando a atuação do Poder Constituinte originário, Jorge Miranda trata de uma questão intermediária entre a situação de aplicabilidade comum da Constituição e a revolução. É o que ele denomina “transição constitucional”, que seria o estabelecimento de uma nova ordem constitucional de maneira gradual, sem uma ruptura abrupta com a Constituição antecedente. Miranda dá exemplos históricos semelhantes aos de Jellinek, afirmando tratar-se de atuação “moderada” do Poder Constituinte originário “(ainda que possa, parecer encoberto por outro poder,

⁸⁷³ Jellinek começa por demonstrar a transição dos Estados modernos entre o absolutismo monárquico e o parlamentarismo, para observar que os próprios parlamentos vinham experimentando “una transformación imprevista que se destaca cada vez más nítidamente, aunque muchos no la perciban todavía. Es decir, muestran una tendencia creciente a ceder su poder a otros que brotan de ellos, o que están en contacto con ellos, o a disminuir su importancia política.” (p. 58) Essa transformação política interna do Parlamento, verificada por Jellinek na Inglaterra, Itália, Bélgica, Holanda, Suécia, Áustria e Hungria, transferia o poder político que a representatividade democrática legitimamente colocava nas mãos do órgão legislativo para outras forças políticas, como os comitês ou comissões parlamentares: “Todos los asuntos importantes de la Cámara son decididos, definitivamente, en el comité, mientras que el pleno se limita a confirmar, formalmente, sus resoluciones.” (p. 59) Ou os líderes do Parlamento: “En tanto el *leader* esté seguro del electorado no es el servidor, sino el dueño del Parlamento.” (p. 62) Ou o gabinete ministerial: “un voto de la Cámara baja podría derribar un Gabinete solamente si representa la expresión de un cambio de la opinión pública porque, de lo contrario, el Gabinete podría asegurar nuevamente su poder mediante la disolución de la Cámara.” (p. 62) Jellinek também observou, na França, a ocorrência de um “fenómeno no formal, sino material, del retroceso de la iniciativa parlamentaria ante la del Gobierno y la de otros poderes,” (p. 71) demonstrando preocupação com a luta travada contra o parlamentarismo pela configuração distorcida do sistema partidário, chegando a afirmar que “abusos de todo tipo determinan que sean los dirigentes de los partidos los verdaderos dueños del país, y falseen las decisiones de las masas, las rechacen o tergiversen.” (p. 75) Jellinek também se mostrava preocupado com a influência governamental que os parlamentares exerciam sobre o poder governante, dizendo que “no es por el uso, sino por el abuso del poder cuando los miembros de la Cámara, como tales, consiguen influir sobre el Gobierno en asuntos concretos.” (p. 79) E as mudanças sutis que distorciam o arranjo institucional político também foram percebidas por Jellinek quanto à figura da Presidência da República que, no exercício do papel de liderança suprema da nação, aparecia como um extraordinário e desimpedido poder, ao qual não se via oposição – antevendo o que poucas décadas depois culminou, na sua Alemanha, em um dos mais impressionantes totalitarismos políticos da história. Jellinek chegou a afirmar que “tienen razón quienes afirman que un presidente del Gobierno de Francia es más poderoso que antaño Luis XIV, pues durante el *Ancien Régime*, cuando la centralización de Francia todavía no había culminado, no consiguió imponer en todas partes su voluntad contra sus oponentes” (p. 80), e que “esta presidencia se ha desarrollado en el presente de tal modo que Theodor Roosevelt ejerce una autoridad personal que hasta ahora era impensable en un jefe de Estado republicano.” (p. 81)

⁸⁷⁴ É interessante que Jellinek atribui essas transformações a dogmas equivocadamente defendidos desde as revoluções constitucionalistas da França e da América, como a instituição de uma verdadeira representação nacional, impossível de se alcançar ante a multiplicidade de modos de vida subjacentes à comunidade nacional a ser representada, e ante a falibilidade do sistema de representação proporcional para tal fim, e das ficções jurídicas, como a necessidade de se respeitar as maiorias quantitativas, sem correspondência às qualitativamente superiores. Cf. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 56-81.

designadamente o de revisão),” porque “a natureza do evento e o seu alcance negador do regime político precedente e criador de outro regime político assinalam bem uma decisão fundamental, a adoção de uma nova idéia de Direito, o erigir de um novo fundamento de validade.”⁸⁷⁵ Segundo Miranda, uma atuação do Poder Constituinte assim não equivale a um golpe de estado, porque embora resulte em uma Constituição com identidade profundamente distinta da anterior, “na transição constitucional se respeitam as competências e os processos de agir instituídos na Constituição em vigor: o Rei absoluto, por ser Rei absoluto, vem autolimitar-se.”⁸⁷⁶

Tratar-se-ia, assim, para o autor, de uma atuação do Poder Constituinte originário material separada da atuação do Poder Constituinte originário formal. Seria o estabelecimento de uma mudança constitucional integral, através da ordem constitucional vigente, e paradoxalmente dentro dos seus limites. E aí a aparente semelhança com as mutações constitucionais aqui tratadas.

Enfim, a pergunta sobre qual é o Poder Constituinte (se o originário ou se o reformador) responsável pela ocorrência de mutações constitucionais parece não ter uma resposta pronta.⁸⁷⁷ E justamente por isso talvez não seja de todo injustificável dizer

⁸⁷⁵ MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 80/245, out.-dez./1986, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 443-4.

⁸⁷⁶ “A evolução política inglesa do Estado estamental para a monarquia constitucional e da predominância da Câmara dos Lordes para a predominância da Câmara dos Comuns; a outorga da Carta Constitucional por D. Pedro IV em 1826; a passagem da IV à V República em França em 1938 (através de uma lei constitucional votada pelo Parlamento que autorizou o Gen. De Gaulle a preparar, de acordo com certos princípios, um projeto de Constituição e a submetê-lo a referendo); a ‘reforma política’ espanhola de 1976-1978; agora, e ainda em curso, a ‘nova república brasileira’, simbolizada por Tancredo Neves, com passagem de um regime também militar autoritário para um novo regime político, em véspera de se adotar uma nova Constituição. E poderá acrescentar-se, a utilização do processo de revisão constitucional (porventura, agravado) para se alterarem princípios fundamentais da Constituição e, portanto, se *transitar* para uma nova Constituição.” MIRANDA, Jorge. Ob. cit., pp. 443-4.

⁸⁷⁷ Aliás, para confirmar essa constatação, e reconhecendo que a vida é muito mais rica e dinâmica do que a teoria, escapando, muitas vezes, dos enquadramentos dogmáticos (o que ironicamente vem a justificar o estudo e o acolhimento dogmático da Teoria das Mutações Constitucionais), pode-se observar que a própria Constituição da República de 1988 é uma ordem constitucional totalmente nova que resultou, inicialmente, da atuação do Poder Constituinte reformador (a Emenda Constitucional nº 26/1985, promulgada sob a égide da Constituição brasileira de 1967/69, convocou a Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988). É por isso que Jorge Miranda afirma que a Constituição brasileira de 1988 não resultou de atuação do Poder Constituinte reformador propriamente dito e nem de atuação do Poder Constituinte originário “tradicional” (= resultante de abruptas e profundas rupturas com o regime anterior, como golpes de estado ou revoluções), mas de uma categoria especial de atuação do Poder Constituinte originário (assim denominado apenas porque resultou formalmente em uma nova Constituição), ou um Poder Revisional, que denomina “transição constitucional”, como visto logo acima no texto.

que as mutações constitucionais decorrem da atuação de um “Poder Constituinte híbrido”.⁸⁷⁸

De todo modo, recorde-se que a soberania popular é instrumento das mutações constitucionais, as quais podem decorrer diretamente de movimentos populares amplamente legitimados e amadurecidos, como o que envolveu o *New Deal* e a *Civil Rights Struggle*, nos Estados Unidos do século XX. Essas circunstâncias proporcionaram mudanças tão profundas na ordem constitucional estadunidense que não seria exagerado afirmar ter-se estabelecido uma nova ordem constitucional sem substituição da Constituição, ou seja, uma mutação constitucional que modificou toda a Constituição, ou pelo menos um importante segmento dela.⁸⁷⁹ Nesse caso – e estritamente nesse caso –, poder-se-ia dizer que as mutações constitucionais não encontraram limite na Constituição. Porém essa seria, quando muito, a exceção que confirma a regra: as mutações constitucionais não instalam novas constituições; elas reformam constituições desatualizadas com o tempo presente e descompassadas com os fatos atuais.

E justamente por isso é preciso cuidar as características próprias e peculiares das observações de Jellinek, acerca da transição do exercício do poder político pela Europa dos séculos XVIII a XX, e de Bruce Ackerman, a respeito da transformação sistêmica da Constituição estadunidense pelo *New Deal* e pela *Civil Rights Struggle*. No primeiro caso, não houve modificação de uma Constituição específica, mas da forma como o poder político era exercido na Europa. Trata-se mais da mudança informal dos conceitos de parlamentarismo e presidencialismo do que da mudança informal de alguma Constituição. No segundo caso, as mudanças do cânone constitucional se iniciaram com amplo suporte popular, incontestadamente no âmbito constitucional-democrático, e culminaram com sólida atuação conjunta de todos os Poderes da República, justificando-se não ter ocorrido uma reforma da Constituição apenas pela extrema

⁸⁷⁸ José Carlos Francisco utilizou essa nomenclatura para referir-se ao “Poder Constituinte Revisional”, também tangencialmente mencionado por Jorge Miranda na passagem acima transcrita, como uma terceira espécie de uma classificação tricotômica de Poder Constituinte (originário, derivado e revisional), proposta por Gilmar Ferreira Mendes em MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade – possibilidade jurídica de sua superação. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre, n. 60. A proposta de José Carlos Francisco, no entanto, é distinta da deste trabalho. Cf. FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 133-4.

⁸⁷⁹ Cf. capítulo 4.1, acima, em que se tratou da soberania popular como instrumento das mutações constitucionais.

rigidez formal da Constituição norteamericana e por razões de índole histórico-cultural e de secular tradição jurídica específica daquele povo.

Do contrário, admitir que a mutação constitucional possa regularmente estabelecer toda uma nova ordem constitucional resultaria dizer, se levada a proposta ao extremo, que a mutação constitucional não possui limite nenhum, ou pelo menos nenhum jurídico. E com isso todo este capítulo que buscou analisar os limites da mutação constitucional não significaria nada. Nem o texto das normas constitucionais e muito menos o sistema constitucional como um todo poderiam funcionar como limites das mutações constitucionais.

Aliás, todo o raciocínio teórico desenvolvido neste trabalho, desde o começo, cairia por terra. Porque se as mutações constitucionais servem ao equilíbrio das funções estática e dinâmica da Constituição, deixá-las sem limite as tornariam instrumento exclusivo da função dinâmica, subvertendo a proposta de que servem ao *equilíbrio* daquelas funções. E se elas servem à manutenção da força normativa da Constituição, deixá-las sem limite é estabelecer a absoluta derrocada desta força em face da força normativa da realidade fática, que sempre poderia impor-se à juridicamente fragilizada Constituição.

A conclusão de que a mutação constitucional não obedece a limites subverte toda a Teoria Constitucional até aqui exposta e desequilibra o arranjo institucional que, nessa proposta, a Constituição pretende promover entre os Poderes da República, entre estes e a sociedade, como coletividade, e entre a normatividade dos preceitos constitucionais e a realidade fática sobre os quais têm pretensão de incidência.

Por isso, com vistas à manutenção da coerência da proposta integral do presente trabalho, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que a atuação do Poder Constituinte (seja ele originário, derivado ou “híbrido”) que promove as mutações constitucionais encontra os mesmos limites estabelecidos às mudanças formais da Constituição.

6. Mutação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Muito embora a interpretação judicial seja apenas um dos instrumentos através dos quais podem ocorrer mutações constitucionais, na prática ela talvez seja o mais relevante dos instrumentos, por conferir-lhes contornos mais definidos e caráter vinculativo. E no caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro principalmente. É que a posição ocupada pelo STF no arranjo institucional da Constituição da República de 1988 coloca-o em destaque sob vários aspectos, sendo que a análise de sua jurisprudência a respeito do tema das mutações constitucionais revela-se, em termos práticos, uma das mais importantes investigações sobre o assunto no âmbito nacional.

Ao analisar a interpretação constitucional legislativa sobre normas constitucionais de conteúdo impreciso, obscuro ou duvidoso, Anna Cândida defendeu caber aos órgãos de controle jurisdicional de constitucionalidade a fiscalização sobre a vinculação ao texto da concretização da norma constitucional realizada pelo legislador, impedindo a ocorrência de mutações *inconstitucionais*.⁸⁸⁰

Isso significa que os órgãos ocupados da tarefa de desenvolver a jurisdição constitucional exercem um papel grandemente relevante na constatação e fiscalização da ocorrência de mutações constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal recebeu da Constituição da República de 1988 a tarefa precípua de exercer a sua guarda.⁸⁸¹ Fá-lo, basicamente, cumulando duas funções, não exatamente explícitas, nem unanimemente aceitas na doutrina:⁸⁸² ora atua como Tribunal Judiciário Supremo, ora como Tribunal Constitucional.⁸⁸³

⁸⁸⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 88: “A fixação do sentido constitucional, de modo preciso e determinado, por via legislativa, não sofrerá contraste, se o conteúdo dessa fixação, por significar opção política, escapar ao alcance do controle jurisdicional de constitucionalidade; nos casos em que este é admitido, será, todavia, sujeita a esse controle, se transbordar do conteúdo, ainda que impreciso e incompleto, do texto.”

⁸⁸¹ Art. 102, *caput*, da Constituição da República de 1988.

⁸⁸² Entre outros, cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, pp. 15-6 e BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Hermenêutica constitucional*. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul-dez/1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 998.

⁸⁸³ O Ministro Moreira Alves prestou esse esclarecimento aos demais ministros, quando referiu que “Corte Constitucional, em regra, só tem o controle concentrado e não o controle difuso, como temos”, sinalizando que o STF exercia as duas funções. A observação do Ministro Moreira Alves deu-se em seu voto proferido na Questão de Ordem em Agravo Regimental na Reclamação 1.880-6/SP, proferido em

Com isso a Constituição de 1988 outorgou ao Supremo duas formas de exercer a sua guarda: mediante a defesa objetiva da Constituição e mediante a defesa subjetiva da parte que reclame ofensa a direito constitucional seu. E embora tenha adotado os dois métodos tradicionais de controle de constitucionalidade, com diversas adaptações, deferiu ao STF a possibilidade de execução de ambos, o primeiro como instância exclusiva e o segundo como instância final.

Muito embora os efeitos das decisões de inconstitucionalidade em cada um desses métodos sejam distintos,⁸⁸⁴ o fato de o STF ser o órgão judiciário constitucional por excelência, localizado na cúpula do Poder Judiciário, com jurisdição em todo o território nacional e detendo a palavra final em termos de interpretação da Constituição faz com que suas decisões, em ambos os modelos de controle, possuam uma “vocação natural para assumir uma projeção expansiva, para fora dos limites do caso concreto”.⁸⁸⁵

06.11.2002, quando questionava a constitucionalidade do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99, que atribuiu efeito vinculante   decisão proferida em a o direta de inconstitucionalidade. Também o Ministro Sepúlveda Pertence, relator da ADC n. 01, destacou que “o ensaio difícil de convivência integral dos dois métodos de controle de constitucionalidade do Brasil só se torna possível na medida em que se acumularam, no Supremo Tribunal Federal, os dois papéis, o do órgão exclusivo do sistema concentrado e o de órgão de c pula do sistema difuso.”

⁸⁸⁴ BARBOSA, Ruy. *A Constitui o e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, s. d. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro – exposi o sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 03-10. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle jurisdiccional de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. Tradu o: Aroldo Plínio Gonçalves. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do contrôle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declara o de Inconstitucionalidade*. 5  ed. São Paulo: RT, 2004. HECK, Luís Afonso. O controle normativo no direito constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais*, Fasc. Civ., São Paulo, ano 91, v. 800, jun. 2002, pp. 57-64. KELSEN, Hans. *Jurisdi o Constitucional*. Tradu o do alemão de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal, in: Hartmut Maurer. *Contributos para o direito do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, Tradu o: Luís Afonso Heck, pp. 281-304. MAURER, Harmut. Jurisdi o constitucional, in: Hartmut Maurer. *Contributos para o direito do estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 217-280. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. MENDES, Gilmar Ferreira. Evolu o do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informa o Legislativa*. Brasília, ano 32, n. 126, abr./jun. 1995, pp. 087-102. MENDES, Gilmar Ferreira. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informa o Legislativa*. Brasília, ano 31, n. 121, jan./mar. 1994, pp. 185-88. MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Fasc. Civ., ano 88, v. 760, fev. 1999, pp. 11-39. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. MENDONÇA LIMA. Rosah Russomano. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1964. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Defesa, guarda e rigidez das constitui es. Capítulos 1 e 2. *Revista de Direito Administrativo*. v. 5, pp. 01-25, s. l., julho 1946. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdi o constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁸⁸⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. cit., p. 26.

Certamente os precedentes judiciais, especialmente os oriundos da mais alta Corte Judiciária do país, possuem esse valor. “*La jurisprudencia de la Corte Suprema no es imperativa ‘stricto sensu’ [isto é: vinculativa], pero posee una autoridad institucional en cuya virtud las soluciones judiciales deben buscarse, en principio, en la doctrina de filis precedentes.*”⁸⁸⁶

É sabido que muitas decisões do Supremo Tribunal Federal possuem efeitos vinculativos exclusivamente perante as partes entre as quais são dadas. No entanto, a chamada “Teoria dos Precedentes”,⁸⁸⁷ animada pelo postulado da Unidade do Direito, vem desenvolvendo conceitos como a *ratio decidendi* (“*holding*”) e os *obiter dicta*; o *distinguishing* e o *overruling*; os precedentes vinculantes (“*binding*”) e os persuasivos; as eficácias direta, natural, anexa e reflexa da sentença; a universalizabilidade da justificação da decisão e a coerção da justiça formal; todos eles servindo à finalidade do manuseio adequado dos precedentes judiciais e da extensão de seus efeitos para sua aplicação em outros casos, resguardando apropriadamente a igualdade e a segurança jurídica, ao mesmo tempo em que não subverte – se bem observados seus fundamentos – a lógica e a tradição da dualidade de modelos de controle de constitucionalidade (especialmente do modelo incidental e subjetivo) existente no Brasil.

Indo ainda além desses conceitos mais técnicos, Carl J. Friedrich assenta a aplicabilidade dos precedentes em uma perspectiva mais lógico-filosófica, e com razão afirma que

⁸⁸⁶ OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.007.

⁸⁸⁷ Sobre a Teoria dos Precedentes, as eficácias da sentença, e os conceitos relativos a eles referidos no texto, vale a pena conferir, entre outros: CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; MacCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito – uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; GOLDSTEIN, Laurence (editor). *Precedent in law*. New York: Oxford University Press, 1991. SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed., New York: Oxford University Press, 1991; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença: e outros estudos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvido Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Ação, classificação e eficácia. T. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

resolver problemas es cosa que requiere tiempo y esfuerzo. Una vez resuelto uno, parece estúpido replantearlo. Tanto la inercia como la conveniencia hablan en favor de seguir construyendo sobre lo ya edificado. [...] En otras palabras, atenerse a los precedentes es un procedimiento que tiene profundas raíces en la naturaleza humana y que es característico en toda actividad humana. [E citando Cardozo, lembra que] ‘el poder del precedente es el poder del camino trillado’ [, pois os precedentes se constroem sobre] la experiencia acumulada en el pasado. [E conclui dizendo que] el precedente es en un grado tan grande reflejo de la naturaleza humana general, que lo encontramos dondequiera que los seres humanos prosiguen las mismas tareas durante un cierto tiempo.⁸⁸⁸

Mas para além desses efeitos indiretos e objetivos que as decisões subjetivas do STF possuem, sabe-se que o Supremo também profere decisões com efeitos vinculativos e eficácia contra todos, seja em sede de controle concentrado de constitucionalidade,⁸⁸⁹ seja mediante a edição de súmulas vinculantes.⁸⁹⁰

Toda essa disposição dos efeitos das decisões do Supremo posiciona-o no sistema constitucional de 1988 de modo a contribuir decisivamente para “ordem jurídica fundamental da coletividade”. E as mutações constitucionais verificadas através de sua jurisprudência, da mesma maneira, integram imediatamente essa ordem jurídica fundamental. O exercício da guarda da Constituição se revela o campo adequado para a verificação de ocorrência de mutações constitucionais.

Mas ainda sob outro aspecto o exercício do controle de constitucionalidade pelo STF, ao verificar a ocorrência de mutações constitucionais, merece ser analisado com cuidado. É que essa ordem jurídica fundamental da coletividade, promotora da unidade política através da ordem jurídica, também se consubstancia em verdadeiro ato fundacional⁸⁹¹ no qual os indivíduos de uma dada sociedade depositam parcelas de

⁸⁸⁸ FRIEDRICH. Carl J. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática* (en Europa y America). Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, pp. 109-11.

⁸⁸⁹ V. art. 102, § 2º, da Constituição da República.

⁸⁹⁰ V. art. 103-A da Constituição da República.

⁸⁹¹ “O poder emerge onde quer que as pessoas se unam e ajam em concerto, mas *sua legitimidade deriva mais do estar junto inicial* do que de qualquer ação que então possa seguir-se.” (ARENDDT, Hannah. *Poder e violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 41). Todo grupo que age em concerto visa produzir poder, isto é, pretende criar consentimento: “O fenômeno fundamental do poder não é a instrumentalização da vontade de *outros*, mas a formação de uma vontade *comum* numa comunicação direcionada para atingir um acordo” (HABERMAS, Jürgen. “Hannah Arendt’s Communications Concept of Power”. In: S. Lukes (ed.), *Power: Readings in Social and Political Theory*. New York: 1986, New York University Press, p. 76). Como bem observa Habermas, a única alternativa que Arendt vê ao ato de impor a vontade é o livre acordo entre participantes (1986: 75). As referências desta nota foram extraídas de PERISSINOTTO, Renato M. Hannah Arendt, poder e a crítica da "tradição". *Lua Nova* [online]. 2004, n. 61, pp. 115-38. Extraído do Portal da CAPES, no link

liberdade em favor da criação de um ente garantidor da liberdade plena desses mesmos indivíduos.⁸⁹² Controlar os atos inconstitucionais é garantir a normatividade da Constituição e, conseqüentemente, impedir que a atuação do poder conferido ao Estado ultrapasse os limites estabelecidos por aqueles que lhe conferiram esse poder. O controle de constitucionalidade é, sob esse aspecto, verdadeiro *controle do poder*. E a isso se segue a inegável conclusão de que *controlar o poder é, em si, um grandioso poder*.

Com efeito, se a guarda da Constituição coube ao Supremo Tribunal Federal, é imprescindível observar como vem sendo exercida essa guarda. Afinal de contas, se, a uma, viver sob um Estado Democrático de Direito significa que somente as normas jurídicas regularmente produzidas a partir do seio da sociedade podem impor condutas⁸⁹³ e se, a duas, as normas jurídicas não são estáticas, nem neutras, e carecem de interpretação – pois “o direito ‘vivente’ resulta não tanto das normas em si consideradas, mas das argumentações jurídicas contidas nos pronunciamentos das cortes”,⁸⁹⁴ então a função do Supremo Tribunal Federal, de produzir o significado das normas constitucionais que, por sua vez, assumem a tarefa de limitar o poder, é uma função que se situa, ao fim e ao cabo, no campo da decisão sobre os modos de vida de cada indivíduo que compõe a sociedade brasileira, e sobre os limites da atuação normativa (estatal coercitiva) sobre esses modos de vida.⁸⁹⁵

Segundo Hamilton, dos três Poderes da República, o Judiciário é o ideal para exercer controle de constitucionalidade, porque

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100007&lng=pt&nrm=iso, acesso em 02 de janeiro de 2010.

⁸⁹² Neste ponto é oportuno referir o famoso conceito de Montesquieu de liberdade: “A liberdade é fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder (...) A liberdade política, num cidadão, é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.” MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. Ed. Brasília: UnB, 1995, pp. 118-9

⁸⁹³ Muitas vezes os operadores do Direito esquecemos que as normas jurídicas são, a rigor, proposições de homens que se impõem por sobre outros homens. Através de normas, o homem “dita” como o seu semelhante pode ou não pode, deve ou não deve comportar-se, com a força coercitiva do aparato estatal. Os modos de vida de uns impõem-se, por vontade, sobre os modos de vida de outros. Lidar com as normas jurídicas é, portanto, lidar com a liberdade humana de comportar-se como se quer, de viver segundo a cada um convém. Desse modo, deter o poder de produzir normas significa deter o poder de impor seu modo de vida sobre outras pessoas, ainda que essas mesmas pessoas sobre as quais as normas imperam tenham escolhido aqueles que impõem as condutas e, indiretamente, aceitem (por escolha, vontade, representação, razão, lógica) os próprios comandos normativos.

⁸⁹⁴ PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição, in: Nicola Picardi, *Jurisdição e Processo*. Org. e trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22-3.

⁸⁹⁵ Vale lembrar a esse respeito mais uma lição do Barão de Montesquieu, para quem “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a dele abusar; vai até onde encontra limites. Até a virtude, quem diria, necessita de limites!” MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. Ed. Brasília: UnB, 1995, p. 118.

[o] Judiciário, devido à natureza de suas funções, será sempre o que apresent[a] menor perigo aos direitos políticos da Constituição, por estar menos em condições de molestá-los ou prejudicá-los. O Executivo não só distribui as honras, mas empunha a espada da comunidade. O Legislativo não só domina a bolsa mas prescreve as regras destinadas a regular os deveres e os direitos dos cidadãos. O Judiciário, ao contrário, não exerce qualquer influência sobre a espada ou a bolsa, não dirige a força ou a riqueza da sociedade, e não é capaz de tomar qualquer resolução ativa que seja. Pode-se dizer que não possui força nem vontade, mas tão-só julgamento, tendo de depender, em último caso, do auxílio do executivo para eficácia das suas sentenças.⁸⁹⁶

Dessa maneira, justamente por causa da maior dificuldade de o Judiciário usurpar da tarefa de guardar a Constituição é que os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo costumam confiar-lhe tal mister.

Mas não é porque os tribunais possuem algumas características que os tornam menos perigosos para a fiscalização da conformidade dos atos estatais à Constituição que não se faça necessária a análise criteriosa do modo como o Tribunal Supremo da nação executa suas atividades. Não basta definir o “quem”; é preciso fixar o “como”. É que “[o]s tribunais têm de declarar o sentido da lei; e se estiverem dispostos a exercer *vontade* em lugar de *julgamento*, a consequência seria igualmente a substituição do arbítrio dos tribunais ao da assembleia legislativa”.⁸⁹⁷

O inegável caráter político das mutações constitucionais não pode ser preponderante no seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal. Os riscos para uma atuação política do STF, no que diz respeito às mutações constitucionais, também merecem considerações.

O poder discricionário do juiz, enquanto relacionado à própria função jurisdicional, não é, de modo algum, absoluto, sujeitando-se a limites.⁸⁹⁸ Por isso pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal, embora seja o guardião institucional da Constituição, não é soberano sobre ela. É que ele não é apenas um Tribunal

⁸⁹⁶ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Sobre a Constituição dos Estados Unidos*. São Paulo: IBRASA, 1964, p. 142.

⁸⁹⁷ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. Ob. cit., p. 145.

⁸⁹⁸ PICARDI, Nicola A vocação do nosso tempo para a jurisdição, in: Nicola Picardi, *Jurisdição e Processo*. Org. e trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17.

Judiciário,⁸⁹⁹ mas é, também, Tribunal Jurídico, na medida em que decide através da argumentação jurídica, e em que decide sobre questões de direito (constitucional) ou, quando muito, decide juridicamente sobre questões situadas na zona gris entre direito e política.

Que o Supremo Tribunal Federal é um órgão fortemente político, disso não há dúvidas.⁹⁰⁰ Contudo, é preciso ter cautela para evitar que, de “Tribunal Jurídico com influências políticas”, cujas decisões devem ser, pois, construídas juridicamente, apesar de envolvidas por questões de natureza política, torne-se o STF em um “Tribunal Político com influências jurídicas”, cujas decisões mais se pautem pelo atendimento a questões de política (ou quiçá de política judiciária) e apenas são influenciadas pelo modo jurídico de argumentar.

Kelsen afirma que a “questão de saber se o órgão chamado a anular as leis inconstitucionais pode ser um tribunal é [...] desprovida de importância”,⁹⁰¹ pois o que importava era que a jurisdição constitucional fosse exercida por um órgão que adotasse um procedimento técnico-jurídico, e não político, para tomada de decisões.⁹⁰² O foco de sua argumentação é afirmar que a designação “tribunal” ou qualquer outra que se der não se mostra relevante; relevante é que a jurisdição constitucional fosse exercida de maneira normativa, isto é, juridicamente.

A propósito, para Hartmut Maurer, o tribunal constitucional não é um tribunal apenas por causa do nome que lhe é dado, ou por causa do título sob o qual se ordenam as normas que o regulam no texto constitucional, mas principalmente porque “valem para o tribunal constitucional federal os princípios, também, em geral, determinantes para a jurisdição. Ele [...] decide em independência judicial, ele está exclusivamente

⁸⁹⁹ Afinal, a Constituição da República institui o Supremo Tribunal Federal dentro do Título IV, Capítulo III (“Do Poder Judiciário”).

⁹⁰⁰ Essa afirmativa pode ser embasada sob diversos critérios. Desde a forma de indicação de seus membros, até a especialidade da matéria que lhe é submetida. Sobre todos, fica-se com a dogmática observação de Klaus Stern, para quem os juízes e tribunais foram incluídos no processo político ao receberem a incumbência de examinar a constitucionalidade das leis. Se esse é o critério, o órgão judiciário brasileiro que mais adequadamente se encaixa nele é o STF, por ser a instância final de exame de constitucionalidade, no modelo subjetivo, e a única instância, no modelo objetivo. Cf. STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 512. Cf., também, COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001, pp. 39-44.

⁹⁰¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 152.

⁹⁰² KELSEN, Hans. . Ob. cit., pp. 247 e 264-6.

vinculado ao direito (direito constitucional)”⁹⁰³ Ou seja, ele é politicamente independente.⁹⁰⁴

O controle de constitucionalidade não foi outorgado aos órgãos executivos e legislativos – de representação popular democraticamente legitimada, sem mediações, políticos por natureza. Ao contrário, foi entregue precipuamente aos juízes – oriundos da tradição e das instituições vinculadas ao Direito. Isso resulta, segundo Klaus Stern, no triunfo do Direito sobre a Política quanto ao controle de constitucionalidade. E se não fosse assim, “conforme a história nos ensinou, o Estado de Direito correria riscos de ser atropelado pelo Estado baseado no puro e simples exercício do poder [*Machtstaat*]. Onde quer que tenha ocorrido, isso sempre foi uma fatalidade para a liberdade e a justiça.”⁹⁰⁵ O triunfo do Direito sobre a Política reforça a necessidade de que a decisão da jurisdição constitucional seja jurídica acima de tudo.

Por isso, especialmente no tema das mutações constitucionais, de considerável carga política, é preciso limitar a atuação do STF, que deve ser preponderantemente jurídica – qualidade esta que faz atrair o dever de fundamentar de acordo com o direito objetivo e a racionalidade.

Todas essas características da posição ocupada pelo Supremo Tribunal Federal no arranjo institucional da Constituição de 1988 destacam a extrema importância de se analisar a sua jurisprudência quanto à ocorrência de mutações constitucionais.

Por isso, passar-se-á a analisar alguns casos em que o Supremo Tribunal Federal deparou-se com mutações constitucionais ou as fez reconhecidas através de sua interpretação. Essa análise será dividida entre cada um dos elementos da Teoria das Mutações Constitucionais propostas neste trabalho. Vale dizer, os capítulos acima tratados (pressupostos, funções, instrumentos e limites das mutações constitucionais) serão revistos, abaixo, à luz da jurisprudência do STF. Verificar-se-á se nessa jurisprudência os elementos da mutação constitucional propostos nesta investigação confirmam-se ou, ao contrário, são ignorados.

⁹⁰³ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional, in: Hartmut Maurer. *Contributos para o direito do estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 219-220.

⁹⁰⁴ MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal, in: Hartmut Maurer. *Contributos para o direito do estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 292.

⁹⁰⁵ STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 512.

E considerando que a atuação do Supremo Tribunal Federal deve ser jurídica antes do que política e, portanto, deve realizar-se mediante argumentação jurídica, e não apenas livre deliberação, a análise dos casos relacionados a mutações constitucionais será feita menos no panorama geral do caso decidido, isto é, menos na verificação em si da ocorrência ou não da mutação constitucional, e mais no âmbito da argumentação desenvolvida pelos ministros em seus votos, analisando-se se esses argumentos coadunam-se ou refutam os elementos da Teoria da Mutação Constitucional proposta nesta pesquisa. Com isso propõe-se colaborar para a verificação da juridicidade dos argumentos utilizados pelos ministros, controlando argumentos puramente políticos.

6.1 Casos julgados

A fim de se estabelecer um critério mais ou menos objetivo e suficientemente delimitado para a presente pesquisa, os julgamentos aqui analisados serão aqueles cujo resultado retornou à busca de jurisprudência pelo critério de pesquisa “mutação constitucional”, no *site* eletrônico do Supremo Tribunal Federal.⁹⁰⁶ Significa dizer, a pesquisa de jurisprudência abaixo realizada inclui os casos em que o próprio STF indexou suas decisões, para fins de busca e arquivamento, com o termo “mutação constitucional”, ou que essa expressão apareça na ementa, no dispositivo ou ainda nas obras doutrinárias referidas nos acórdãos.⁹⁰⁷

Com isso a pesquisa se restringe à análise dos casos em que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu, expressamente, a ocorrência de mutação constitucional, inserindo-se, portanto, deliberadamente, no âmbito da teoria aqui estudada e, com isso, aumentando-se a calibragem da utilização dos elementos desta teoria com os argumentos utilizados pelos ministros.

Apenas para fins estatísticos, registre-se que a pesquisa eletrônica retornou 14 resultados, dos quais 06 tratam de situações-base semelhantes a outros casos, inclusive com ementas de idêntico teor. Ou seja, há 08 casos “originais” de mutação constitucional reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Também para fins estatísticos, observe-se que dos 14 resultados, 01 foi decidido em 2005, 02 em 2006, 05

⁹⁰⁶ <http://www.stf.jus.br>

⁹⁰⁷ Para fins desta pesquisa, a busca no *site* do Supremo Tribunal Federal foi encerrada em 01.07.2012.

em 2007, 03 em 2008 e 03 em 2009, o que denota se tratar de assunto (ou ao menos terminologia) bastante recentemente iniciado pelo STF, o que, por sua vez, aumenta a necessidade de se intensificarem os esforços para se esclarecer o tema.

Além desses julgados que retornaram à pesquisa solicitada, há ainda um caso paradigmático,⁹⁰⁸ muito debatido em doutrina, cujo voto relator, acompanhado de mais um voto, adota explicitamente a tese de que teria ocorrido uma mutação constitucional.⁹⁰⁹ Os dois votos subsequentes rechaçam expressamente essa possibilidade.⁹¹⁰ Entretanto, o julgamento ainda não foi concluído e, por isso, ainda não aparece no resultado da pesquisa. Nada obstante, devido à grande repercussão doutrinária e ao profundo enfrentamento direto da questão da mutação constitucional nos votos até agora proferidos, também esse caso será incluído na pesquisa abaixo.

6.1.1 Possíveis mutações constitucionais

A fim de tornar a presente pesquisa mais completa, prática e elucidativa, neste tópico demonstrar-se-á o contexto de julgamentos do Supremo Tribunal Federal que não foram por ele próprio indexados como casos de mutação constitucional (e portanto, casos cujos argumentos não serão detidamente analisados abaixo), mas que a doutrina costuma apontar como exemplos, ou outros verificados pelo autor desta investigação, de que se trataria de mutação constitucional.

Antes de iniciar-se a descrição desses casos, cumpre destacar que o objeto desta pesquisa jurisprudencial compreende apenas verificar a ocorrência de mutações constitucionais. Não se irá adentrar no mérito das decisões analisadas. Isto é, a crítica a ser feita nesta pesquisa não diz respeito ao acerto ou erro da decisão, ou aos benefícios ou malefícios de uma postura mais ativista ou minimalista do Supremo nesta ou naquela

⁹⁰⁸ Reclamação nº 4335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, ainda em julgamento.

⁹⁰⁹ Votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, já disponíveis no *site* eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

⁹¹⁰ Os dois votos contrários à tese da ocorrência de mutação constitucional na Reclamação nº 4335-5/AC foram proferidos pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa e ainda não estão disponibilizados no *site* do STF. Entretanto, foram obtidas cópias digitalizadas através de contato direto com os gabinetes dos Ministros Dias Toffoli (sucessor da cadeira do Ministro Pertence, com autorização deste) e Joaquim Barbosa, que pronta e gentilmente atenderam à solicitação. Em razão dessa dificuldade de acesso para o leitor, e considerando a sua relevância à formatação do conceito de mutação constitucional na jurisprudência do STF, incluíram-se esses votos, respectivamente, nos anexos I e II, ao final do presente trabalho. Por cautela, gize-se que esses votos foram disponibilizados à pesquisa sem a revisão destinada à publicação oficial, para cujo fim não se prestam, servindo apenas para fins acadêmicos.

ocasião – até mesmo pela reconhecida falta de embasamento teórico para tanto. A crítica que se poderá fazer neste trabalho alcança, no máximo, a verificação da convergência ou divergência dos argumentos utilizados nos votos dos ministros aos elementos destacados nos capítulos anteriores como componentes da Teoria da Mutação Constitucional.

Passa-se, pois, primeiramente, à análise de casos em que supostamente ocorreram mutações constitucionais, sem que o STF indexasse expressão “mutação constitucional” nos acórdãos e, portanto, sem que o STF reconhecesse expressamente a adoção da teoria das mutações constitucionais.

O primeiro caso historicamente situado que comumente se verifica na doutrina como sendo um em que o Supremo modificou substancialmente o entendimento acerca de um instituto constitucional decorre da chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. Como sabido, o instituto oriundo do direito inglês nasceu com vocação de garantir o direito de locomoção, a liberdade de ir, vir e ficar. Entretanto, durante a Primeira República o *habeas corpus* desenvolveu-se no Supremo Tribunal Federal, a partir de apontamentos doutrinários de Ruy Barbosa e Pedro Lessa, de modo a tutelar “proteção de quaisquer lesões de direitos pessoais, praticadas por abuso de autoridade pública. [...] O desempenho de funções políticas, as imunidades parlamentares [...], tudo foram protegidos através do *habeas-corpus*”.^{911 912}

⁹¹¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 138-9.

⁹¹² Talvez a referência ao *habeas corpus* como exemplo de mutação constitucional por via da interpretação judicial seja um tanto precipitada. É que a grande modificação do instituto deveu-se apenas em parte à interpretação que lhe atribuiu o Supremo Tribunal Federal. Mas antes disso, e principalmente, deveu-se à modificação do texto da norma que o veiculou. É que no Código Criminal de 1830 e no de Processo Criminal de 1832 o *habeas corpus* havia sido previsto como instrumento de garantia do direito de locomoção, tal como originalmente idealizado na Inglaterra, com menção expressa à prisão e ao constrangimento físico. Depois, com a Constituição de 1891, o instituto passou a ser positivado, no art. 72, § 22, da seguinte maneira: “*dar-se-á habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.*” A modificação no texto da norma é patente, e a ampliação que tal modificação realizou também o é. Em vez de “constrangimento corporal”, “liberdade física” ou “prisão”, o texto referiu “violência ou coação” e “ilegalidade ou abuso de poder”, notadamente mais amplos. Nesse sentido, se mutação constitucional é a modificação da norma sem modificação do texto, não parece ser o caso do *habeas corpus*, que foi consideravelmente modificado, sim, mas com proporcional modificação do texto da norma. Contudo, a aplicação desse dispositivo constitucional, com esse viés mais amplo que seu texto carregou, não se deu imediatamente. No começo, o *habeas corpus* continuou sendo utilizado apenas para garantir a liberdade de locomoção. Foi a partir de julgamentos realizados como o do HC 3536, em que o Supremo concedeu *habeas corpus* a Ruy Barbosa, então senador pelo Estado da Bahia, que falou da tribuna em nome próprio, para garantir-lhe o direito de veicular seus discursos através de jornal de circulação local (liberdade de expressão), e o do HC 3137, também manejado por Ruy Barbosa, em que o STF assentou o entendimento de que “*compete ao Poder Judiciário garantir com habeas corpus a liberdade individual*

Outro “[e]xemplo emblemático de mutação constitucional por interpretação judicial ocorreu em relação ao denominado foro por prerrogativa de função, critério de fixação de competência jurisdicional.”⁹¹³ De acordo com a Súmula nº 394 do Supremo Tribunal Federal, editada em 1964, cometido crime comum ou de responsabilidade por detentor de mandato eletivo durante o exercício funcional, a competência especial por prerrogativa de função prevalecia ainda que o inquérito ou a ação penal houvessem iniciado após a cessação desse exercício. Ou seja, o critério para fixação de competência era o exercício de determinadas funções na data em que ocorrido o ilícito, pouco importando alterações fáticas posteriores. Em 1999, o Supremo mudou esse entendimento e, por unanimidade, cancelou a Súmula nº 394,⁹¹⁴ passando a considerar que o foro por prerrogativa de função não acompanha o ex-ocupante da função que conferia o foro privilegiado. Assim, por esse novo entendimento, sem que houvesse alteração de texto, o Supremo Tribunal Federal passou a conferir novo significado aos arts. 102, I, “b” e “c”, da Constituição da República.^{915 916}

necessária ao exercício das funções políticas”, tendo ordenado a investidura do 2º vice-governador do Estado da Bahia e outros deputados estaduais, então impedidos por força militar da União. Somente neste sentido pode-se dizer ter havido mutação constitucional: o texto autorizava a instrumentalização do *habeas corpus* para garantia contra qualquer ilegalidade, mas ele somente era usado para assegurar liberdade de locomoção; após, *mantido o texto*, admitiu-se o seu uso contra arbitrariedades diferentes de constrangimentos físicos. Contudo, ressalte-se, mesmo durante o primeiro período, em que o texto era amplo e a aplicação era restrita, não chegou a haver negativa de aplicação ampla do texto pelo Supremo Tribunal Federal, pelo que, outra vez, entende-se não ser a “doutrina brasileira do *habeas corpus*” um bom exemplo de mutação constitucional por interpretação judicial. Sobre o tema, cf. SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança – análise doutrinária dos anais do Senado e da Jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 177, jan./mar. 2008, pp. 75-82, e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas corpus – direito constitucional e processual comparado*. 1. t., Campinas: Bookseller, 1999.

⁹¹³ BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 218.

⁹¹⁴ Inq 687 QO / SP - SÃO PAULO QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 25/08/1999 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹¹⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

⁹¹⁶ Este caso apresenta uma peculiaridade interessante quanto à relação entre os Poderes da República e a disputa pela “palavra final” quanto à interpretação constitucional. É que a reviravolta do entendimento do Supremo a respeito do foro por prerrogativa de função gerou mobilização parlamentar e a aprovação da Lei nº 10.628/02, que acrescentava dois parágrafos ao art. 84 do Código de Processo Penal para restabelecer o entendimento anterior, segundo o qual o foro privilegiado acompanhava ex-detentores de funções públicas. O Congresso, com isso, opunha-se ao novo entendimento adotado pelo Supremo. Nessa circunstância, proposta a ADI nº 2.797, o Supremo declarou a inconstitucionalidade desses parágrafos, restabelecendo a sua nova posição e confirmando a interpretação do art. 102, I, “b” e “c”, da Constituição

A confirmação da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça,⁹¹⁷ que proibiu o nepotismo no âmbito do Judiciário, extraiu do *caput* do art. 37 da Constituição da República⁹¹⁸ uma restrição à nomeação de servidor público em cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração. Considerando que os princípios previstos no art. 37, que embasaram a decisão, estavam previstos no texto originário desde 1988, o estabelecimento desse novo dever administrativo pode ser considerado, quase 20 anos depois, uma mutação constitucional, no sentido de que empresta novo significado a texto de norma constitucional antigo.⁹¹⁹ E para consolidar essa interpretação da Constituição, o STF editou a Súmula Vinculante nº 13,⁹²⁰ que estendeu a vedação do nepotismo aos demais Poderes da República.

As recentes e eticamente polêmicas decisões acerca da possibilidade de pesquisa científica com células-tronco embrionárias⁹²¹ e de “antecipação terapêutica do parto”⁹²² de feto anencéfalo⁹²³ trouxeram ao âmbito do direito constitucional a questão acerca dos limites da vida humana, estabelecendo sobre esse tema regramentos específicos com força de norma constitucional que não se encontravam explicitamente estabelecidos na Constituição de 1988. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal promoveu a integração da ordem constitucional estabelecendo normatizações ao âmbito da Constituição da República que não possuem amparo expresso em nenhuma norma

de 1988, estabelecendo definitivamente, através de interpretação judicial, um novo significado, em relação àquele adotado desde 1964 através da Súmula nº 394, a esses dispositivos, sem alteração de seu texto, ocorrendo, sob esse aspecto, uma mutação constitucional.

⁹¹⁷ ADC 12 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 20/08/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

⁹¹⁹ BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional – a constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 151.

⁹²⁰ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

⁹²¹ ADI 3510 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 29/05/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Nesta decisão o STF declarou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), autorizando a utilização de células-tronco de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* não utilizados no procedimento de gestação, para fins de pesquisa e terapia.

⁹²² Expressão utilizada no julgamento.

⁹²³ ADPF 54 QO / DF - DISTRITO FEDERAL QUESTÃO DE ORDEM NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 12/04/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Nesta decisão o STF declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, todos do Código Penal.

constitucional específica. É como se a Constituição da República houvesse recebido novas normas a respeito dos limites da vida humana, dando contornos mais densos a esse tema apenas genericamente tratado no texto constitucional.⁹²⁴ Nesse sentido, havendo nova norma constitucional sem um correspondente texto, pode-se dizer que se tratam de decisões que promoveram mutações constitucionais na ordem constitucional brasileira.

O mesmo pode-se dizer a respeito da decisão quanto ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.⁹²⁵ O Supremo Tribunal Federal estabeleceu enquadramento jurídico para hipótese fática não prevista expressamente por texto constitucional, determinando que a interpretação da legislação infraconstitucional acerca da união estável não exclua o “núcleo doméstico formado por pares homoafetivos”.⁹²⁶ Com isso, estabeleceu-se norma constitucional sem correspondente texto.

Neste caso, entretanto, diferentemente dos casos da pesquisa com células-tronco embrionárias e da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, talvez se possa dizer que sob dois aspectos a mudança do paradigma tenha sido mais contrastante. Primeiro, nestes casos, a repercussão sobre o tema antes das decisões do Supremo era mais restrita ao âmbito daqueles diretamente interessados. Já o tema relativo à “união homoafetiva”⁹²⁷ gerava acesas controvérsias desde muito antes da decisão, sendo que por muito tempo a jurisprudência relutou em reconhecer essa situação, passando por um período de oscilação jurisprudencial e culminando na reversão, afinal, da posição anterior. Segundo, no caso das uniões homoafetivas, a interpretação que produziu a

⁹²⁴ O inciso III do art. 1º da Constituição de 1988 estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a “dignidade da pessoa humana”. O art. 5º, *caput*, garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país o “direito à vida”. O inciso X desse artigo torna inviolável “a vida privada”. O inciso V do § 1º do art. 225 impõe ao Poder Público a incumbência de controlar a utilização de técnicas, métodos ou substâncias que “comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. O art. 227 estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de garantir à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o “direito à vida”, e o art. 230 o estabelece em relação aos idosos. E esses são todos os dispositivos em que basicamente aparece o vocábulo “vida” no texto da Constituição de 1988.

⁹²⁵ ADI 4277 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 05/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Na ocasião, foi julgada, conjuntamente, a ADPF 132 / RJ. Através dessa decisão, o STF deu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, admitindo o reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, com base no objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de “promover o bem de todos” (art. 3º, IV, da Constituição da República), no “princípio da dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III, da Constituição da República), no princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição da República) e no direito fundamental à “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º).

⁹²⁶ Expressão utilizada no julgamento.

⁹²⁷ Expressão utilizada no julgamento.

mutação constitucional divergiu daquela que buscava fundamento direto em texto expreso (art. 226, § 3º, da Constituição da República)⁹²⁸, tendo, por isso, que buscar sustentação em outros dispositivos, talvez por não se encontrar confortavelmente dentro dos limites semânticos do texto que prevê a norma interpretada.⁹²⁹ A mudança de interpretação da norma tornou-a diferente sem que se alterasse seu texto. Por isso neste caso pode-se visualizar mutação constitucional mais nítida. Embora a constituição da família fosse matéria tratada no texto constitucional originário, desde 1988, e sendo o entendimento prevalente, desde então, que uniões entre pessoas do mesmo sexo não constituíam famílias, a partir da decisão do STF esse entendimento reverteu-se, passando a ser reconhecido, no âmbito constitucional, uma normatização distinta da anterior, sem que houvesse alteração do texto original. Nesse sentido fala-se em mutação constitucional.

A interpretação que o Supremo Tribunal Federal conferiu ao princípio da igualdade na decisão que reconheceu a constitucionalidade de “critérios étnico-raciais”⁹³⁰ para reserva de vagas no processo de seleção para ingresso em universidade pública⁹³¹ também pode ser um exemplo de mutação constitucional. É que o direito ao tratamento isonômico, sem discriminação de raça, está previsto na Constituição desde 1988. Porém, embora nominalmente esse dispositivo tivesse alcance potencial de promover a igualdade material, na prática não havia manifestação do STF que reconhecesse a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa a esse respeito. Por isso, pode-se entender que antes desse julgamento o princípio da igualdade tinha, em tese, apenas um alcance formal, passando a possuir conteúdo material desde que o Supremo reconheceu, com base nele, a constitucionalidade do estabelecimento de cotas por raça para ingresso em universidade pública, conferindo à igualdade o conteúdo de obrigar à realização de “justiça distributiva” e reconhecendo que “adoção de políticas

⁹²⁸ “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável *entre o homem e a mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Grifou-se.

⁹²⁹ Se extrapola os limites semânticos do referido § 3º do art. 226, talvez se possa dizer que não ultrapassa os do *caput* do art. 226 da Constituição (“A *família*, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” – grifou-se), ao menos se considerados como semânticos não apenas os significados atribuídos pelo uso comum da linguagem, mas aqueles ideologicamente mais bem representativos dos valores que se quer sustentar com o uso da linguagem.

⁹³⁰ Expressão utilizada no Informativo nº 663, de 23 a 27 de abril de 2012, do Supremo Tribunal Federal.

⁹³¹ ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 25 e 26.4.2012. Acórdão não publicado até a data de encerramento da pesquisa. Dados obtidos através do Informativo nº 663, de 23 a 27 de abril de 2012, do Supremo Tribunal Federal.

que levariam ao afastamento de perspectiva meramente formal do princípio da isonomia integraria o cerne do conceito de democracia”.⁹³²

O caso é uma emblemática mutação constitucional, não apenas porque estabelece (ou no mínimo consolida) conteúdo constitucional novo a texto constitucional antigo, mas porque estabelece esse novo conteúdo de maneira “transitória”. O Supremo Tribunal Federal deixou expresso que a concessão de favorecimentos a um grupo específico em nome da igualdade material somente pode persistir enquanto perdurar a desigualdade, devendo as políticas de ações afirmativas ser episodicamente reavaliadas.⁹³³ As cotas seriam “instrumento de transformação social”.⁹³⁴ Uma vez restabelecida a igualdade, os critérios para ingresso em universidade pública deveriam ser refeitos, demonstrando a transitoriedade da norma constitucional extraída do princípio da igualdade e anunciado a probabilidade de uma nova mutação constitucional no futuro.⁹³⁵

Outro caso de possível mutação constitucional é do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital convocatório de concurso público. Historicamente, o STF mantinha o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público tinha mera expectativa de direito à nomeação, a qual ficava a critério da Administração Pública, que tinha discricionariedade para decidir a respeito.⁹³⁶

⁹³² Trechos extraído do Informativo nº 663, de 23 a 27 de abril de 2012, do Supremo Tribunal Federal.

⁹³³ “Ressaltou-se a natureza transitória dos programas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre brancos e negros decorreriam de séculos de dominação econômica, política e social dos primeiros sobre os segundos. Dessa forma, na medida em que essas distorções históricas fossem corrigidas, não haveria razão para a subsistência dos programas de ingresso nas universidades públicas. Se eles ainda assim permanecessem, poderiam converter-se em benesses permanentes, em detrimento da coletividade e da democracia.” Trecho extraído do Informativo nº 663, de 23 a 27 de abril de 2012, do Supremo Tribunal Federal.

⁹³⁴ Expressão utilizada no Informativo nº 663, de 23 a 27 de abril de 2012, do Supremo Tribunal Federal.

⁹³⁵ Sobre contexto cultural e sociológico subjacente à desigualdade entre negros e brancos desde o Brasil Imperial, e sobre como essa decisão inicia um processo de mutação constitucional, e para uma profunda revisão bibliográfica sociológica relacionada ao tema, cf. BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional* – a constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 164-204.

⁹³⁶ ADI 2931 / RJ - RIO DE JANEIRO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 24/02/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Nesta ação, declarou-se inconstitucional o art. 77, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que garantia ao candidato aprovado dentro do número de vagas a nomeação em até 180 dias. RE 421938 AgR / DF – DISTRITO FEDERAL AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 09/05/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma. Nesse julgado o STF reafirmou o entendimento no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, torna-se detentor de mera expectativa de direito, não de direito à nomeação. Nestes casos, vale observar que o Min. Marco Aurélio sempre foi vencido, adotando entendimento adiantado em relação a seus pares e sustentado, há anos, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, denunciando a relevância do voto divergente.

Entretanto, a partir do ano de 2011 o Supremo modificou esse entendimento histórico para extrair do art. 37, *caput*, da Constituição da República, e da segurança jurídica (proteção da confiança) emanada do Estado de Direito em que se constitui o Brasil (art. 1º, *caput*, da Constituição de 1988), que o candidato aprovado dentro do número de vagas possui direito subjetivo de ser nomeado até o fim do prazo de validade do concurso.⁹³⁷

Nesse caso, pode-se afirmar ter havido mutação constitucional na medida em que os princípios que regem a Administração Pública previstos no art. 37 são os mesmos desde a promulgação da Constituição de 1988, bem como a segurança jurídica sempre foi corolário do Estado de Direito, estabelecido através do art. 1º da Constituição da República. A mudança do significado extraído dessas normas, no entanto, pode advir de diversas circunstâncias históricas que certamente modificam o modo como se analisa o seu alcance diante dessa situação específica. A relevância dos concursos públicos na conjuntura da economia nacional e o interesse que isso despertou na população, a impressionantemente crescente dedicação dos candidatos, que se apresentam em número também crescente, a ocorrência de diversas fraudes relacionadas a concursos públicos, o aumento da transparência e do acesso a informação, tudo isso pode ter contribuído para essa mudança de perspectiva, produzindo uma mutação constitucional.⁹³⁸

Um último exemplo de mudança de alcance de norma constitucional na jurisprudência do Supremo é do mandado de injunção. Originalmente, o STF fixou entendimento de que o reconhecimento de omissão inconstitucional em mandado de injunção somente teria o condão de notificar o ente em mora na regulamentação de direitos do impetrante, para que adotasse as providências necessárias ao suprimento da omissão,⁹³⁹ inaugurando a doutrinariamente chamada “corrente não concretista”,⁹⁴⁰ na

⁹³⁷ RE 598099 / MS - MATO GROSSO DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 10/08/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. “Publicado o Edital que rege o concurso público, com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.”

⁹³⁸ Nos julgamentos sobre esse tema, a Ministra Carmen Lúcia, uma das precursoras desse entendimento mais progressista, faz comentários sobre sua experiência pessoal enquanto estudava para o concurso de procuradora, denotando a influência da realidade fática à nova interpretação do Supremo Tribunal Federal.

⁹³⁹ MI 107 QO Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 23/11/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: 21/09/1990.

⁹⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 277. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública*,

medida em que o Supremo não concretizava o direito do impetrante obstruído pela omissão inconstitucional. Depois de quase vinte anos de vigência da Constituição da República, e incontáveis mandados de injunção ajuizados sobre o mesmo tema (direito de greve de servidores públicos), o Supremo Tribunal Federal assumiu a competência de regulamentar o direito obstruído do impetrante e adotou a chamada “corrente concretista”⁹⁴¹ do mandado de injunção, alcançando em concreto o direito postulado pelo impetrante e permitindo o exercício do direito de greve aos servidores públicos de modo analógico àquele desfrutado pelos trabalhadores em geral, com algumas adaptações aos princípios que norteiam a Administração Pública.⁹⁴²

Nesse caso, a mutação constitucional decorreu em boa parte do simples transcurso do tempo. É que em 1989, apenas um ano após a promulgação da Constituição, o Supremo entendeu que não havia transcorrido um período razoável de tempo para que o Congresso Nacional aprovasse lei regulamentadora do exercício do direito de greve dos servidores públicos (e outros tantos direitos), e isso foi decisivo para a adoção da corrente não concretista. Entretanto, quase 20 anos depois, a mora do Congresso em regulamentar esse direito constitucional dos servidores públicos foi considerada injustificável, passando o Supremo a conferir um alcance diferente à norma prevista no art. 5º, LXXI, da Constituição da República, instituída com o mesmo texto desde 1988, promovendo, sob esse aspecto, uma mutação constitucional.⁹⁴³

Alguém poderá dizer que alguns dos casos acima citados são casos de interpretação construtiva ou evolutiva de atuação do Supremo Tribunal Federal, sendo

mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. 22. ed. Atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141.

⁹⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas.* Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: RT, 1995. BARTH, Fernanda Daniela. *O mandado de injunção e a omissão legislativa inconstitucional.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 28. PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. RODRIGUES, Itiberê Castellano de Oliveira. *O mandado de injunção nos julgados do Supremo Tribunal Federal.* 1995, 193 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1995.

⁹⁴² No caso, o Supremo Tribunal Federal viabilizou o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, o qual deveria ser exercido nos mesmos termos dos trabalhadores em geral, com aplicação analógica da Lei nº 7.783/89: MI 670 / ES - ESPÍRITO SANTO MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. MI 712 / PA - PARÁ MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹⁴³ Para um aprofundado estudo sobre a evolução do mandado de injunção e dos vários casos em que o Supremo alcançou o direito em concreto aos impetrantes, além do direito de greve dos servidores públicos, cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, a. 47, n. 188, pp. 69-91, out./dez. 2010.

que “nenhuma delas se confunde com a mutação constitucional.”⁹⁴⁴ Contudo, essa assertiva depende do conceito que se adotar de mutação constitucional.

Como dito, para alguns autores, a mutação constitucional só ocorre em casos de mudança de aplicação e significado da norma constitucional (para ocorrer mutação constitucional, nesse conceito, a norma precisa ser interpretada de uma maneira em um dado momento, e de maneira diferente em outro). Para outros, também há mutação constitucional pela produção de significado de norma constitucional anteriormente não produzido, com ou sem base textual. Isto é, a mutação constitucional pode tanto aproximar-se a mudança de sentido de norma constitucional como a produção de novo sentido de norma constitucional, em razão de alterações na realidade histórica. E nesse sentido os casos acima descritos podem ser considerados mutações constitucionais.

6.1.2 Mutações constitucionais expressamente assumidas

Verificados alguns exemplos de possíveis mutações constitucionais no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passa-se, agora, à análise dos casos julgados pelo STF em que ele próprio reconheceu, seja no acórdão, na ementa, na indexação de palavras-chave ou na indicação de doutrina, aderir à Teoria da Mutação Constitucional. Os casos abaixo serão demonstrados em seu contexto geral, para que se verifique o panorama desses casos em que teria ocorrido mutação constitucional.

Após, como dito, serão analisados os argumentos utilizados pelos ministros nos votos proferidos nesses processos e verificada a convergência ou divergência desses argumentos aos elementos que esta pesquisa sugere compor a Teoria da Mutação Constitucional.

O primeiro caso em que o STF utilizou a expressão “mutação constitucional” foi julgado em 2005 e pode frustrar um pouco as expectativas mais acadêmicas. O julgamento foi o da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3345/DF.⁹⁴⁵

O contexto retoma o conhecido “caso Mira Estrela”,⁹⁴⁶ em que o Supremo Tribunal Federal deu interpretação ao art. 29, IV, da Constituição da República⁹⁴⁷ para

⁹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217.

⁹⁴⁵ ADI 3345 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 25/08/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

dizer que o número de vereadores nas Câmaras Municipais deveria observar estritamente uma proporcionalidade matemática com a população dos respectivos municípios. Nesse julgamento os ministros observaram a necessidade de uniformizar o processo eleitoral em todo o país, devendo essa proporcionalidade ser observada não apenas na Câmara Municipal de Mira Estrela/SP, mas em todos os municípios do Brasil, sugerindo a regulamentação da matéria pelo TSE. Pois o TSE editou a Resolução nº 21.702/2004, que definiu os critérios a serem observados pelas Câmaras Municipais na fixação do respectivo número de vereadores, o que ensejou o ajuizamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade – uma delas a ADI nº 3.345/DF – por parte de partidos políticos, as quais foram julgadas conjuntamente.

Então, no julgamento da ADI nº 3.345, o Supremo reconheceu a constitucionalidade da Resolução do TSE, sob fundamento de que ela não ofendia a separação dos poderes (art. 2º da Constituição de 1988), o princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição de 1988) e nem a autonomia municipal (art. 29, IV, da Constituição de 1988), mas apenas dava cumprimento à interpretação dada à Constituição pelo próprio Supremo, titular do “monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional, privilegiando a força normativa da Constituição e a segurança jurídica e reconhecendo a transcendência dos motivos determinantes da decisão proferida no caso Mira Estrela.

A ocorrência de uma mutação constitucional no julgamento dessa ADI é de difícil percepção. Logo na ementa, a expressão “mutação constitucional” indica o papel do instituto na decisão:⁹⁴⁸ o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua atribuição

⁹⁴⁶ RE 197917 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 06/06/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹⁴⁷ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: [...] (inciso com redação anterior à Emenda Constitucional nº 58/2009, que adaptou o texto constitucional à interpretação dada pelo STF).

⁹⁴⁸ “A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.- O exercício da jurisdição constitucional - que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição - põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. *No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la".* Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da

de interpretar a Constituição, participa do processo de formulação do conteúdo das normas constitucionais. Portanto, mutação constitucional, aqui, justifica a interpretação formulativa da Constituição por parte do STF, dando ênfase ao que nesta pesquisa foi desenvolvido a partir da interpretação judicial como um dos instrumentos através dos quais as mutações constitucionais podem vir a implementarem-se.

Analisando-se os votos e os argumentos delineados pelos ministros, percebe-se que não foi a declaração de constitucionalidade da Resolução do TSE que promoveu uma mutação constitucional, mas sim a interpretação dada ao art. 29, IV, da Constituição da República. Isto é, a nova formulação constitucional, que modificou o conteúdo da Constituição sem modificar-lhe o texto foi a determinação de observância de uma proporcionalidade estrita entre o número de vereadores nas Câmaras Municipais e a população dos respectivos municípios. E sob esse aspecto, é de se notar que a modificação do conteúdo da norma do art. 29, IV, através da interpretação dada pelo Supremo, foi tão significativa que, posteriormente, o Poder Constituinte formal promulgou a Emenda Constitucional nº 58/2009, que adaptou o texto da norma do art. 29, IV à nova interpretação,⁹⁴⁹ dando-lhe redação que seguiu os mesmos moldes da Resolução do TSE cuja constitucionalidade havia sido questionada através da ADI nº 3.345.

A contribuição da decisão proferida na ADI nº 3.345, em termos de mutação constitucional, foi a de que o Supremo Tribunal Federal, em postura extremamente ativista, quase pretensiosa (beirando, talvez, a temeridade, pela força dos termos usados na decisão), no exercício de sua tarefa de guarda da Constituição, assumiu a

Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental." Trecho da ementa da ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifou-se.

⁹⁴⁹ ~~IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes; IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009) a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes; b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes; c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes; d) [...] v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes; w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes (incisos incluídos pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009).~~

“prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la”, assentando que “a Constituição está em elaboração permanente dos Tribunais incumbidos de aplicá-la.”⁹⁵⁰

Outro aspecto relacionado à Teoria da Mutação Constitucional abordado nessa ADI foi o dos efeitos da decisão incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF. Considerando que a fixação do número de vereadores nas Câmaras Municipais foi estabelecida em decisão proferida em Recurso Extraordinário, entendeu-se que a projeção da interpretação dada pelo Supremo no julgamento desse RE por sobre a ordem constitucional objetiva seria um indicativo da transcendência dos motivos determinantes das decisões incidentais de inconstitucionalidade do STF. Chegou-se a mencionar, no voto do Min. Gilmar Mendes, a transformação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, sugerindo-se, nesse ponto, também uma mutação constitucional. Entretanto, embora os ministros tenham reconhecido os chamados “efeitos transcendentais” da decisão do RE em questão, a referência à mutação constitucional do sistema de controle de constitucionalidade deu-se em manifestação de certa forma isolada do Min. Gilmar Mendes, que renovou essa sua visão em outro caso a ser abordado oportunamente nesta pesquisa.

A seguir vieram dois casos em alguma medida semelhantes.

O primeiro deles é a Questão de Ordem em *Habeas Corpus* nº 86.009-5/DF.⁹⁵¹ Neste caso, o Supremo Tribunal Federal tinha diante de si um pedido de *habeas corpus* interposto por paciente condenado por decisão de Turma Recursal de Juizado Especial. Ocorre que antes de iniciar o julgamento o STF, havia pouco, modificara o seu entendimento a respeito da competência para julgar *habeas corpus* contra decisões de Turmas Recursais. Antes o STF entendia tratar-se de competência sua. Após, passou a entender que se tratava de competência dos Tribunais de Justiça dos Estados a que estavam vinculados os juízes que integravam a Turma Recursal prolatora da decisão coatora. Com isso o *habeas corpus* protocolado junto ao STF não poderia ser julgado, por falta de competência material.

Mas até aí não transparece a mutação constitucional. Ela só sobressai quando se observa que a mudança de competência foi instrumentalizada pela interpretação dada

⁹⁵⁰ Trecho da ementa da ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹⁵¹ HC 86009 QO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 29/08/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: 27/04/2007.

pelo STF em outro julgamento⁹⁵² ao que dispõe o art. 96, III⁹⁵³ e o art. 102, I,⁹⁵⁴ ambos da Constituição da República.

Embora o STF houvesse estabelecido inicialmente a sua própria competência para processar e julgar *habeas corpus* contra decisões oriundas das Turmas Recursais, modificou posteriormente essa conclusão ao conferir nova interpretação ao art. 96, III c/c 102, I, da Constituição de 1988, por observar que, “estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os *habeas* impetrados contra ato que tenham praticado.”⁹⁵⁵

Assim, por força de interpretação judicial de norma constitucional cujo texto permaneceu sempre um só, o STF extraiu, inicialmente, uma norma de competência e, posteriormente, outra distinta.

E a mutação constitucional se destaca ainda mais a partir de uma pequena consideração.

É que para dizer que essa modificação de competência resultava de mutação constitucional, o Min. Carlos Britto, relator do HC 86.009, embasou-se em precedentes em que o STF havia dado interpretação à Emenda Constitucional nº 22/99, que alterou o art. 102, I, “i”,⁹⁵⁶ e art. 105, I, “c”,⁹⁵⁷ ambos da Constituição da República.⁹⁵⁸ Nessa

⁹⁵² HC 86834 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 23/08/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹⁵³ “Compete privativamente: aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”

⁹⁵⁴ “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar originariamente: [...]”

⁹⁵⁵ Ementa do HC 86834/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/08/2006, Tribunal Pleno.

⁹⁵⁶ “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar originariamente: [...]” i) o “*habeas corpus*”, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)”

⁹⁵⁷ “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: processar e julgar originariamente: e) os “*habeas corpus*”, quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; e) os *habeas corpus*, quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, quando coator for tribunal, sujeito à sua jurisdição, ou Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999) c) os **habeas corpus**, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro

outra oportunidade, o STF entendeu que a reforma constitucional havia modificado a competência para processar e julgar *habeas corpus* contra decisões proferidas por Tribunais de Alçada estaduais.

Eis o paralelo: num caso, a competência modificou-se através de “reforma formal” da Constituição. Noutro caso, essa modificação deveu-se a “reforma informal”, isto é, a uma mutação constitucional: uma nova interpretação que conferiu novo significado a velho texto de norma constitucional. De um lado tem-se a mudança da norma constitucional pela mudança do texto constitucional; de outro, a mudança da norma constitucional pela mudança da interpretação que a ela se dá. Por isso se pode perfeitamente falar em mutação constitucional.

O outro caso, semelhante a este, é o do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 450.504-5/MG.⁹⁵⁹ A semelhança deste caso com o anterior está em que em ambos o Supremo Tribunal Federal definiu, através de interpretação, competência material distinta da que extraía anteriormente da mesma norma constitucional. Desta vez, o Supremo assentou competir à Justiça do Trabalho, e não à Justiça comum dos Estados, processar e julgar pedidos de indenização por acidente de trabalho deduzidos contra (ex-)empregador, nos termos do art. 114⁹⁶⁰ combinado com art. 109, I,⁹⁶¹ ambos da Constituição da República.

Ressalte-se que os ministros fizeram questão de deixar expresso que essa mudança de interpretação nada tinha a ver com a ampliação da competência material da Justiça do Trabalho realizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Isto é, a mudança de entendimento não se embasou em mudança de texto de norma constitucional, mas exclusivamente em mudança de interpretação do mesmo texto.

de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

⁹⁵⁸ Exemplificativamente, HC 77626 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 30/03/1999 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: 25/06/1999.

⁹⁵⁹ RE 450504 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 21/11/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma.

⁹⁶⁰ ~~Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.~~ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁹⁶¹ “Aos juízes federais compete processar e julgar: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.”

Na realidade, a mudança de entendimento resultou da decisão proferida em outro processo.⁹⁶² Mas foi no caso em comento que se reconheceu expressamente a ocorrência de mutação constitucional, a qual se tornou explícita quando o Ministro-Relator afirmou que a mudança de entendimento não decorreria das alterações trazidas com a Emenda Constitucional nº 45/2004, mas “surgiu por mutação constitucional”,⁹⁶³ na medida em que se considerou que o texto original do art. 114 já atribuía à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações decorrentes de pedidos de indenização por acidente de trabalho entre empregados e empregadores.

O entendimento anterior de que se tratava de competência da Justiça comum dos estados, já sob a vigência da Constituição de 1988, deveu-se a razões de política judiciária que, posteriormente, vieram a desaparecer. Vale dizer, os ministros acreditaram que a ampliação da estrutura da Justiça do Trabalho e a modificação da normatização dos benefícios previdenciários acidentários passaram a sugerir que a competência fosse deslocada para a Justiça do Trabalho. E nesse sentido é que mais propriamente se poderia afirmar ter ocorrido mutação constitucional.

Outro caso em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a ocorrência de uma mutação constitucional foi decidido nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 166.791-5/DF.⁹⁶⁴ Na oportunidade, o Supremo modificou a interpretação dada ao art. 8º do ADCT⁹⁶⁵ para estender o benefício da anistia política,

⁹⁶² CC 7204 / MG - MINAS GERAIS CONFLITO DE COMPETÊNCIA Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 29/06/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Na ocasião, por segurança jurídica e a fim de evitar problemas de índole procedimental, o STF estabeleceu uma espécie de regra de transição do entendimento, aproveitando o ensejo da Emenda Constitucional nº 45/2004, para dizer que as ações que já tivessem sentença de mérito proferida por juízes de direito ao tempo da promulgação dessa Emenda continuariam tramitando perante a Justiça estadual comum; do contrário, os processos ainda não julgados deveriam ser remetidos para serem conhecidos por juízes do trabalho no estado em que se encontrassem, aproveitando-se os atos processuais já praticados.

⁹⁶³ Voto do Ministro Carlos Britto no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 450.504, j. em 21/11/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma.

⁹⁶⁴ RE 166791 EDv / DF - DISTRITO FEDERAL EMB.DIV.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 20/09/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Outro julgado incluído nos resultados que retornaram na pesquisa realizada através do *site* do Supremo Tribunal Federal tratava desse mesmo tema, com mesma ementa, relatado pelo mesmo Ministro, tendo sido utilizados os mesmos argumentos para reconhecer a mutação constitucional nesse mesmo dia de julgamento. E justamente por isso deixar-se-á de desenvolver, nos tópicos a seguir, os argumentos repetidos nesse julgado. Trata-se do RE 174161 EDv-ED / DF - DISTRITO FEDERAL EMB.DECL.NOS EMB.DIV.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 20/09/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹⁶⁵ Art. 8º. 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 nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se

prevista nesse dispositivo, de modo a conceder promoções também fundadas no critério de merecimento e que pressupunham aprovação em concurso ou admissão e aproveitamento em curso, exigindo apenas a observância dos prazos de permanência em atividade inscritos nas normas aplicáveis e do requisito de idade-limite para ingresso em graduações ou postos a que poderiam ascender os servidores civis e militares anistiados.⁹⁶⁶

Na realidade, a reversão do entendimento que anteriormente vedava esse tipo de promoção deu-se no julgamento de outro caso.⁹⁶⁷ Mas a explicitação de que teria ocorrido uma mutação constitucional deu-se nesses Embargos de Divergência.

E muito embora o Ministro-Relator tenha justificado a ocorrência de uma mutação constitucional desenvolvendo fundamentação sobre a relevância do transcurso do tempo, que carrega consigo transformações históricas, proporcionando mudança de significado das normas que sobre essa história incidem, verifica-se que, na realidade, o que houve foi pura e simplesmente prevalecimento de entendimento diferente do inicialmente sustentado. Não houve mudança de realidade fática que ensejasse a mudança do significado da norma. Ao contrário, na decisão em que se modificou o entendimento fez-se referência a votos proferidos pelo Min. Carlos Velloso quando compunha o antigo Tribunal Federal de Recursos, datados de 1985 (o art. 8º do ADCT tem praticamente o mesmo teor do art. 4º, § 3º, da EC nº 26/1985), que já adotava esse entendimento. Isso demonstra que a mudança de interpretação deveu-se exclusivamente à adesão do Tribunal Pleno do STF a entendimento diverso daquele anteriormente adotado. Entretanto, entendeu o Ministro-Relator que se tratou de um caso de mutação

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.

⁹⁶⁶ Inicialmente, o STF entendia que os anistiados tinham direito apenas a promoções cujo critério fosse exclusivamente o transcurso de tempo (promoções por antiguidade). As promoções por merecimento, e as que dependessem de prestação de concurso ou de realização de cursos, como a ascensão na carreira militar, com troca de patente, não poderiam ser automaticamente concedidas porque ainda que o servidor estivesse na ativa teria mera expectativa de direito a tais promoções. Depois, através dessa que o Min. Gilmar Mendes chama de mutação constitucional, o STF reviu seu entendimento para reconhecer a excepcionalidade da situação relacionada à anistia política, que deve sempre ser interpretada de maneira ampla, a fim de veicular verdadeiro “pedido de perdão” por parte do Estado pelos atos de exceção. Asseverou-se que “o militar da ativa que deixou de ser promovido por merecimento, em razão de não ter cumprido os requisitos necessários para a promoção, não o foi por culpa exclusiva sua. No caso do excluído, este não pôde demonstrar seu eventual merecimento por culpa do Estado, que lhe retirou a possibilidade histórica de cumprir os requisitos.” (Voto do Min. Cezar Peluso no RE nº 165.438, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 06.10.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

⁹⁶⁷ RE 165438 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 06/10/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

constitucional, tendo expressamente consignado essa expressão em seu voto.⁹⁶⁸ Se houve mutação constitucional, no caso, ela deveu-se unicamente à nova interpretação prevalecente no âmbito do STF que, na realidade, já existia, porém minoritariamente.

Um dos mais relevantes casos de mutação constitucional para o arranjo institucional do Brasil é o que diz respeito à questão da infidelidade partidária. O julgamento do Mandado de Segurança nº 26.602/DF⁹⁶⁹ foi realizado conjuntamente com o Mandado de Segurança nº 26.603/DF⁹⁷⁰ e o Mandado de Segurança nº 26.604/DF,⁹⁷¹ totalizando mais de 900 folhas entre votos, debates, ementas e acórdãos. Cada um deles havia sido impetrado por um partido político⁹⁷² reivindicando ao STF o direito líquido e certo de reaver os mandatos de deputados federais que haviam se desfilado dos partidos pelos quais se elegeram e se filiado a outros partidos.

Um esboço histórico da questão relativa ao chamado “princípio da fidelidade partidária” realça a ocorrência da mutação constitucional.

O parágrafo único do art. 152 da Constituição de 1969 estabelecia o dever de fidelidade dos políticos aos partidos por meio dos quais assumissem mandato parlamentar.⁹⁷³ O inciso V do art. 35 previa a perda do mandato ao parlamentar que praticasse ato de infidelidade partidária.⁹⁷⁴

⁹⁶⁸ Na verdade, toda a fundamentação do voto condutor relacionada ao tema da mutação constitucional tratou da influência do tempo (ou melhor, dos fenômenos históricos que no tempo se desencadeiam) na interpretação, tendo sido citadas obras doutrinárias relacionadas à interpretação geral e constitucional (Karl Larenz, Inocêncio Mártires Coelho, Perez Luño, Miguel Reale e Peter Häberle). Na oportunidade, diminuindo ainda mais a relevância da mutação constitucional como categoria teórica aplicada ao caso, o Ministro-Relator destacou a proposta doutrinária de Peter Häberle de inserir a categoria da mutação constitucional dentro do conceito de interpretação constitucional aberta: “Essa reflexão e a idéia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de *mutação constitucional* (*Verfassungswandel*) enquanto categoria autônoma.” Voto do Ministro-Relator nos RE nº 166.791 EDv/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.09.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno (Grifos no original).

⁹⁶⁹ MS 26602 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 04/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹⁷⁰ MS 26603 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 04/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹⁷¹ MS 26604 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 04/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹⁷² Respectivamente: o PPS, o PSDB e o DEM.

⁹⁷³ “Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.”

⁹⁷⁴ “Perderá o mandato o deputado ou senador: que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152.”

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 25/1985, em plena abertura do regime, deu nova redação ao art. 152 e excluiu esse dever do texto constitucional, tendo revogado, também, o inciso V do art. 35. Observe-se que a mudança da norma constitucional se deu pelo meio formal.

A Constituição de 1988 manteve a orientação da EC nº 25/85 e não previu norma semelhante à da redação original do parágrafo único do art. 152 da Constituição de 1969 ou do art. 35, V, estabelecendo as causas da perda do mandato parlamentar no art. 55 sem elencar, dentre elas, a infidelidade partidária.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal decidiu, pouco após a promulgação da Constituição de 1988, que esse silêncio era eloquente. Ou seja, o constituinte intencional e conscientemente não estabeleceu o princípio da fidelidade partidária, tendo o STF entendido que o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvinculasse do partido ou aliança eleitoral pelo qual se elegeu, não perderia o mandato, por considerar inaplicável o princípio da fidelidade partidária sequer aos suplentes.⁹⁷⁵

O precedente desses *leading cases* foi sustentado pelo STF ao longo de muitos anos,⁹⁷⁶ sempre com a irresignação dos partidos políticos que, de tempos em tempos, reivindicavam para si os mandatos de parlamentares trânsfugas. Até que um desses partidos⁹⁷⁷ formulou a Consulta nº 1.398/DF ao TSE, indagando se “os partidos e as coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito por um partido para outra legenda”, ao que o TSE respondeu afirmativamente, editando, em 27.03.2007, a Resolução nº 22.526.

Assim, com base na posição do TSE, os partidos políticos impetraram mandados de segurança contra atos do Presidente da Câmara de Deputados que indeferiu o pedido

⁹⁷⁵ MS 20927 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 11/10/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno e MS 20916 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 11/10/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ressalte-se que a decisão foi tomada por apertada maioria, já indicado a reversibilidade do entendimento. Na ocasião, ficaram vencidos os Ministros Celso de Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sidney Sanches.

⁹⁷⁶ Por exemplo, em 2004, 15 anos após o julgamento dos *leading cases*, o STF manteve a orientação, com referência expressa aos precedentes de 1989: MS 23405 / GO – GOIÁS MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 22/03/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹⁷⁷ O antigo Partido da Frente Liberal – PFL.

dos partidos de reaver os mandatos dos parlamentares que se desfilaram após terem sido eleitos.

E nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal confirmou a posição do Tribunal Superior Eleitoral e reconheceu o dever de os parlamentares manterem-se filiados aos partidos e coligações por meio dos quais se elegeram. Entenderam que o mandato pertence, em verdade, ao partido político, e não ao candidato eleito pelo sistema proporcional, como é o caso das eleições parlamentares no Brasil, perdendo-o em favor do partido o parlamentar que se desfilasse.

O revigoração do princípio da fidelidade partidária pela interpretação do STF pode ser considerado uma mutação constitucional na medida em que se estabeleceu uma norma jurídica sem que o texto da Constituição mudasse (na verdade, ele mudou, em 1985, justamente para excluir esse dever que constava expresso e, sob esse aspecto, a mutação se destaca ainda mais), em um dos julgados mais perfeccionistas⁹⁷⁸ estudados nesta pesquisa.^{979 980 981}

⁹⁷⁸ Sobre o perfeccionismo na jurisdição constitucional, cf. SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo. In: *XVII Encontro Preparatório do CONPEDI: cidadania e efetividade dos direitos*, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, pp. 3.321-41. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf>, acesso em 12 de junho de 2012.

⁹⁷⁹ Especificamente no caso do MS nº 26.603/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, o voto vencedor traz trecho da fundamentação quase idêntico à da ADI nº 3.345, de relatoria do mesmo Ministro, em que o STF reconheceu a constitucionalidade da resolução do TSE que estabelecia a proporcionalidade entre o número de vereadores de Câmaras Municipais e a população do Município. Também o trecho da ementa que trata da ocorrência de suposta mutação constitucional é praticamente igual nos dois julgados. Isso significa que, na visão do Ministro-Relator desses dois casos, a mutação constitucional consistiu especialmente no “monopólio da última palavra” do STF em termos de interpretação constitucional, sugerindo o destaque da interpretação judicial como instrumento de mutação constitucional. Entretanto, na leitura dos votos dos outros ministros se percebe que há outros elementos relacionados à Teoria da Mutação Constitucional aqui desenvolvida, como a força normativa da Constituição, a mudança da realidade fática sobre a qual ela incide e o devido encaixe da proposta de mutação no sistema constitucional, harmonizando-o. Isso será visto, adiante, quando se analisarem os trechos dos argumentos dos ministros relacionados a cada um dos elementos da teoria da mutação constitucional proposta nesta investigação.

⁹⁸⁰ Apesar de isso não ser diretamente ligado à questão da mutação constitucional operada, esclareça-se que o Supremo entendeu por bem, em homenagem à segurança jurídica, estabelecer como termo inicial da vigência dessa mutação constitucional a data de publicação da Resolução nº 22.526 do TSE, que respondeu afirmativamente à consulta formulada pelo antigo PFL acerca do direito dos partidos sobre os mandatos dos parlamentares desertores. Isto é: ficou assentado que a fidelidade partidária passou a ser um princípio da Constituição de 1988 a partir dessa data. Por isso, foi denegada a ordem postulada pelos impetrantes nos Mandados de Segurança em questão. É que nesses casos, os parlamentares que haviam se desfilado dos partidos impetrantes haviam-no feito antes da publicação da Resolução nº 22.526 do TSE, ou seja, quando ainda não se reconhecia a presença do princípio da fidelidade partidária na Constituição de 1988.

Outro julgado cuja ementa indexa expressamente a interpretação judicial do STF como instrumento de mudança informal da Constituição é o *Habeas Corpus* nº 90.450/MG.⁹⁸² Na oportunidade, a Segunda Turma do STF observou que a mudança de jurisprudência que acabou realizada mediante outras decisões do Tribunal Pleno⁹⁸³ relativamente à questão da prisão civil do depositário infiel significou uma mudança informal da Constituição de 1988. Nesses casos, o STF interpretou que a exceção que autoriza a prisão civil do depositário infiel, contida no art. 5º, LXVII, da Constituição da República, havia sido “derrogada”⁹⁸⁴ pela subscrição, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Nos casos em que se referiu expressamente à mutação constitucional – certamente devido ao entendimento externado pelo Relator desses casos, que não é o majoritário na Corte⁹⁸⁵ –, o Supremo entendeu que os tratados internacionais sobre

⁹⁸¹ Quando se analisarem os argumentos utilizados pelos ministros acerca da mutação constitucional relativa ao princípio da fidelidade partidária, nos tópicos abaixo, far-se-á referência exclusivamente ao MS nº 26.603/DF, apenas por razão operacional, na medida em que, exceto pelos debates, ementa e acórdão, os julgamentos dos três mandados de segurança possuem o mesmo conteúdo. Isto é, os votos, em si, são idênticos nos três mandados de segurança.

⁹⁸² HC 90450 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/09/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Nessa mesma sessão de julgamento, outros dois *habeas corpus* relatados pelo Min. Celso de Mello foram julgados e contiveram ementa idêntica: HC 94695 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/09/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma e HC 91361 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/09/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma. Posteriormente, mais um *habeas corpus*, decidido de maneira semelhante, pela mesma Segunda Turma e pelo mesmo relator, conteve, na ementa, o mesmo trecho que se refere à mutação constitucional: HC 96772 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 09/06/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma. Destaque-se que, além do Recurso Extraordinário nº 450.504, esses são os únicos casos que o STF se refere expressamente à mutação constitucional por outro órgão julgador que não o seu Tribunal Pleno.

⁹⁸³ RE 349703 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno; RE 466343 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno; HC 87585 / TO - TOCANTINS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno; e HC 92566 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Essas decisões foram proferidas em sessão única. Porém, os julgamentos iniciaram-se em sessões anteriores, separadamente, tendo iniciado o debate sobre o tema, com a prolação de alguns votos relevantes, já no ano de 2003. Isso explica porque o Min. Celso de Mello, nos *habeas corpus* em que refere ter havido mutação constitucional, já faz referência a esses quatro casos, sendo que estes tiveram julgamento concluído após aqueles.

⁹⁸⁴ Expressão utilizada na ementa dos julgados.

⁹⁸⁵ O Min. Celso de Mello, relator dos *habeas corpus* em que há referência expressa à mutação constitucional, deixa claro em seu voto seu entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados antes da EC nº 45/04 possuem hierarquia constitucional, e não “supralegal”. No entanto, a posição majoritariamente assumida pelo Tribunal parece ter sido a da “supralegalidade”. Isto é, os tratados internacionais sobre direitos humanos não internalizados pelo procedimento previsto no § 3º do art. 5º não são normas constitucionais, mas estão hierarquicamente acima das normas infraconstitucionais, posicionando-se num “limbo” entre o direito constitucional e o ordinário. Por isso refira-se que, na ótica do Min. Celso de Mello, a mutação constitucional é ainda mais latente do que na

direitos humanos internalizados através do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição de 1988⁹⁸⁶ alteram formalmente a Constituição. Mas aqueles internalizados por procedimento “comum” (não o previsto no art. 5º, § 3º), embora não sejam formalmente normas constitucionais, o são materialmente, desde que “mais favoráveis” do que os compromissos fundamentais assumidos pela Constituição, conformando o denominado “bloco de constitucionalidade”,⁹⁸⁷ por força do que dispõe o art. 5º, § 2º.⁹⁸⁸ Trazendo normas materialmente constitucionais, mas não formalmente, pode-se dizer que promovem mutações constitucionais, porque alteram o conteúdo da Constituição sem tocar-lhe a forma.

Outro caso em que o Supremo Tribunal Federal faz referência expressa a mutação constitucional é o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 93.172/SP.⁹⁸⁹ Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal reviu a interpretação que dava aos incisos LVII⁹⁹⁰ e LXI,⁹⁹¹ ambos do art. 5º da Constituição da República, que admitem a prisão apenas em caso de flagrante delito ou mediante decisão judicial fundamentada e estabelecem o chamado “princípio da presunção de inocência”. De acordo com a interpretação anteriormente dada a esses dispositivos,⁹⁹² o art. 594 do Código de Processo Penal⁹⁹³ havia sido recepcionado por eles. O dispositivo legal apenas estabelecia um requisito para o condenado ter direito de recorrer da sentença penal condenatória sem recolher-se a estabelecimento prisional, qual seja, o de que o réu fosse primário e possuísse bons antecedentes. Posteriormente,⁹⁹⁴ o Supremo reconheceu que o princípio da presunção da

visão do Supremo como um todo, nesse caso, na medida em que, para o Ministro, os tratados internacionais sobre direitos humanos que vedam a prisão civil por dívida possuem *status* de norma materialmente constitucional, modificando a Constituição sem alterar o seu texto.

⁹⁸⁶ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁹⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 103-38.

⁹⁸⁸ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁹⁸⁹ RHC 93172 / SP - SÃO PAULO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 12/02/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹⁹⁰ “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

⁹⁹¹ “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

⁹⁹² HC 72366 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA Julgamento: 13/09/1995 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁹⁹³ “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.”

⁹⁹⁴ HC 84078 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 05/02/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

inocência impõe que os preceitos relativos à aplicação da sentença penal condenatória previstos na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), que somente admitem a execução da pena após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, sobreponham-se, não só temporal mas materialmente, ao art. 637 do Código de Processo Penal.⁹⁹⁵ Por isso, embora os recursos especial e extraordinário possuam efeito apenas devolutivo, e não suspensivo, a sentença penal condenatória não pode ser executada provisoriamente se estiver pendente de apreciação algum desses recursos, pois a ampla defesa não se poderia visualizar de modo restrito, mas sim de modo a englobar todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária.

Em suma, estabeleceu-se que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, devendo, para tanto, preencherem-se os respectivos requisitos, mediante decisão judicial fundamentada.

Nesse sentido teria havido uma mutação constitucional, na medida em que os incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição da República passaram a possuir significado distinto sem alteração do texto, através de pura modificação de interpretação judicial a seu respeito.

Um último julgamento retornou na pesquisa eletrônica feita no *site* do Supremo Tribunal Federal sobre o verbete “mutação constitucional”. É a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46/DF.⁹⁹⁶ Nesse caso, o tema relativo às mutações constitucionais é debatido, muito embora não tenha o Supremo reconhecido, na realidade, a ocorrência de uma. Trata-se da questão sobre a recepção ou não da legislação que outorgou à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos o “monopólio” da prestação do serviço postal. Na ocasião, o Supremo entendeu que a Lei nº 6.538/78 foi recepcionada pela ordem constitucional vigente, apenas observando que não se trata tecnicamente de monopólio, porque esse termo diz respeito à exploração de atividade econômica em sentido estrito; ao serviço postal que, segundo decidiu o STF, é serviço público, concede-se privilégio de exclusividade, e não monopólio.

O debate sobre mutação constitucional levantado pelo Ministro-Relator originário nesse julgamento refere-se à transformação histórica da prestação dos

⁹⁹⁵ “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”

⁹⁹⁶ ADPF 46 / DF - DISTRITO FEDERAL ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU Julgamento: 05/08/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

serviços postais e do modo como o Estado brasileiro intervém na economia e no mercado, para concluir que o art. 21, X, da Constituição de 1988⁹⁹⁷ teria sofrido uma mutação constitucional, transformando o serviço postal, anteriormente tido como serviço público, em atividade econômica em sentido estrito, e anteriormente explorado em regime de monopólio, em atividade a ser realizada mediante livre concorrência.⁹⁹⁸

No fim desse confuso⁹⁹⁹ julgamento o Ministro-Relator acabou vencido. Mas as reflexões sobre o tema levaram alguns ministros a referir a importância do transcorrer do tempo e das transformações da realidade fática para a interpretação da Constituição, bem como a divergir quanto ao alcance da exclusividade da prestação do serviço postal em razão de transformações históricas da realidade brasileira, relacionando o tema, assim, com a mutação constitucional.

O último caso em que o STF expressamente tratou do tema das mutações constitucionais a ser analisado nesta investigação ainda não teve seu julgamento concluído e, como dito, por isso não retornou na pesquisa feita junto ao *site* do Supremo Tribunal. Entretanto, esta é possivelmente uma das propostas de mutação constitucional que recebeu as críticas mais ferrenhas da doutrina.¹⁰⁰⁰ E é um dos casos em que os votos até então proferidos mais diretamente enfrentam o tema das mutações constitucionais.

⁹⁹⁷ “Compete à União: manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.”

⁹⁹⁸ Na realidade, o Ministro Marco Aurélio, relator original da ADFP nº 46, entendia que o art. 21, X, da Constituição, havia sofrido uma mutação constitucional especificamente quanto ao verbo “manter” nele contido. Originalmente, o verbo significava “explorar em regime de monopólio”. Em razão das transformações históricas a que se referiu, entendeu que o verbo passou a significar “assegurar, garantir, regular, impedir a falta”.

⁹⁹⁹ Boa parte do longo acórdão se deve aos debates realizados entre os ministros e entre estes e os advogados, que encontraram profunda dificuldade em proclamar o resultado do julgamento, dadas as divergências de fundamentação e a declaração de suspeição do Min. Menezes Direito, o que ensejou uma inusitada situação de aparente empate de votos. Houve um expresso “reajuste” de voto de um Ministro, e um esclarecimento que, possivelmente, tenha implicitamente modificado o alcance inicial de voto de outro, denunciando a incerteza dos ministros quanto ao mérito do problema.

¹⁰⁰⁰ Entre outros, cf. NERY JÚNIOR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. *Revista de informação legislativa*, v. 47, n. 187, pp. 193-200, jul./set. de 2010 – Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois, v.3; STRECK, L. L. ; CATTONI, Marcelo ; LIMA, M. M. B. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)*, v. 10, p. 37-57, 2007; BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional – a constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 156-64.

Trata-se do caso em julgamento na Reclamação nº 4335-5/AC,¹⁰⁰¹ em que o Ministro-Relator propôs mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República.¹⁰⁰²

O contexto do caso precisa ser esclarecido.

Depois de muito debate e de sustentar durante muitos anos a constitucionalidade do regime integralmente fechado para o cumprimento de pena pelo cometimento de crimes hediondos, o órgão pleno do STF declarou incidentalmente inconstitucional o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90,¹⁰⁰³ em face do princípio da individualização da pena, em julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP.¹⁰⁰⁴ No caso, o pedido de *habeas corpus* foi deferido para determinar ao Juízo da Execução Penal que analisasse os requisitos objetivos e subjetivos para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, sendo autorizada a sua progressão, nos termos da lei.

Com a formação desse precedente, muitos juízes passaram a adotar a orientação do Supremo Tribunal Federal e declarar, incidentalmente, caso a caso, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90. Outros tantos juízes divergiram da posição do Supremo e, não reconhecendo tal precedente por vinculante, mantiveram o cumprimento das penas em regime integralmente fechado.

Um desses juízes que divergiram da decisão foi o titular do Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Alguns condenados por crime hediondo que cumpriam pena naquela Comarca requereram àquele Juízo o direito à progressão de regime, com base na decisão do STF. O pedido foi indeferido, tendo o Juízo assim fundamentado sua decisão:

[...] conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do *Habeas Corpus* n. 82.959, isto após dezesseis

¹⁰⁰¹ RCL Nº 4335-5 / AC – ACRE RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento iniciado em 01/02/2007, pelo Tribunal Pleno.

¹⁰⁰² “Compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

¹⁰⁰³ Redação original: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.” Após a mudança de entendimento do Supremo, o Congresso deu nova redação ao dispositivo: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)”

¹⁰⁰⁴ HC 82959 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 23/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a [sic] melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos *inter partes*.¹⁰⁰⁵

Diante dessa decisão, a Defensoria Pública, em nome de um grupo de apenados de Rio Branco/AC, interpôs *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça daquele Estado, bem como a Reclamação nº 4335-5/AC perante o Supremo Tribunal Federal, alegando, nesta última, ofensa à autoridade da decisão da Corte Suprema proferida nos autos do HC 82.959/SP.

Instado, o Juízo reclamado prestou informações dizendo não se tratar de hipótese de garantir a autoridade da decisão da Corte Suprema, por não ter sido expedida ordem de tal Tribunal em favor dos apenados, mas de tentativa de suprimir instâncias pela via rápida da reclamação. O Juízo reclamado indica, ainda, que fez veicular no fórum local um comunicado informando publicamente a posição do Juízo, “única e exclusivamente com o fim de evitar o número cada vez crescente de atendimentos solicitando informações sobre o julgamento do STF perante esta VEP”,¹⁰⁰⁶ no qual transcreveu informação constante no *site* do próprio STF, quando do julgamento do HC 82.959, de seguinte teor:

Como a decisão se deu no controle difuso de constitucionalidade (análise dos efeitos da lei no caso concreto), a decisão do Supremo terá que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional.¹⁰⁰⁷

Para o Juízo reclamado, a decisão do HC 82.959 “operou-se para solução de determinado caso concreto, no controle difuso de constitucionalidade, sem a análise da lei em tese. Significa dizer que os seus efeitos se aplicam somente entre as partes do processo”, e que “entender de outra forma seria negar vigência ao disposto no art. 52,

¹⁰⁰⁵ Extraído do relatório da decisão liminar concedida pelo Ministro-Relator na Reclamação nº 4335-5/AC.

¹⁰⁰⁶ Extraído do relatório da decisão liminar concedida pelo Ministro-Relator na Reclamação nº 4335-5/AC.

¹⁰⁰⁷ Extraído *site* do Supremo Tribunal Federal, notícias de 23.02.2006, publicada às 19h05min, sob manchete “Supremo afasta a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos”, *apud* relatório da decisão liminar concedida pelo Ministro-Relator na Reclamação nº 4335-5/AC.

inc. X, da Constituição Federal”.¹⁰⁰⁸ Também ressaltou que “se a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse sido tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), produziria eficácia contra todos e efeito vinculante”.¹⁰⁰⁹

Diante das informações prestadas, o Ministro Relator ponderou sobre o princípio da individualização da pena e acerca da sua prevalência diante do dispositivo do art. 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos, entendendo ser devida a análise dos requisitos objetivos e subjetivos por parte do Juízo da Execução Penal para fixação do regime de cumprimento de pena. Assim, baseando-se em decisões recentes do Supremo Tribunal, o Ministro Relator concedeu, em 21 de agosto de 2006, medida liminar “de ofício, para que, mantido o regime [inicialmente] fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação”,¹⁰¹⁰ determinando ao Juízo *a quo* que avaliasse, no caso concreto, se os apenados atendiam ou não os requisitos para gozar do referido benefício.

Deferida a medida liminar, o Ministro Relator incluiu em pauta a Rcl nº 4335-5/AC, tendo proferido seu voto na sessão de 1º de fevereiro de 2007 do Órgão Pleno.

Na fundamentação, o Ministro-Relator discorre acerca do cabimento da reclamação, faz uma análise histórica do dispositivo que confere ao Senado Federal a competência para suspender os efeitos da lei incidentalmente declarada inconstitucional pelo STF e, ao contextualizá-lo na Constituição de 1988 conclui ter ocorrido uma mutação constitucional. Para ele, a mutação constitucional proposta transformaria a competência do Senado estabelecida no art. 52, X da Constituição atual em um “simples dever de publicação” da decisão do Supremo que, por si só, já teria o condão de suspender a eficácia da lei por ele declarada inconstitucional, ainda que incidentalmente, independentemente da resolução do Senado Federal.

O Ministro-Relator fundamenta tal mutação constitucional, basicamente, sobre duas premissas.

A primeira seria a das mudanças do ordenamento jurídico brasileiro que, atualmente, à vista do “estrangulamento da máquina judiciária” e buscando racionalizar a sua atividade, faz repercutir, de maneira indireta, as declarações de

¹⁰⁰⁸ Extraído do relatório da decisão liminar concedida pelo Ministro-Relator na Reclamação nº 4335-5/AC.

¹⁰⁰⁹ Extraído do relatório do voto do Ministro-Relator, na Reclamação nº 4335-5/AC.

¹⁰¹⁰ Extraído do relatório da decisão liminar concedida pelo Ministro-Relator na Reclamação nº 4335-5/AC.

inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo sobre as decisões de outros tribunais, em diversos aspectos, especialmente quanto à dispensa da reserva de plenário para declaração de inconstitucionalidade (art. 97 da Constituição da República) quando já houver decisão nesse sentido proferida pelo STF.

O segundo pilar sobre o qual o Ministro-Relator sustenta sua proposta de mutação constitucional é “a amplitude conferida ao controle abstrato de normas” realizado pelo Supremo, e a sua preponderância sobre o controle concreto. No seu entender, à vista do espaço angariado no cenário jurídico pelas decisões proferidas em sede de controle abstrato, que têm eficácia contra todos e força vinculante estabelecida no art. 102, § 2º,¹⁰¹¹ não haveria mais razão para que a decisão proferida pelo STF em sede de controle concreto, cujos efeitos teoricamente se fariam sentir apenas entre as partes do processo, não tivessem igual natureza.

Em conclusão, o Ministro-Relator julgou procedente a Rcl nº 4335-5/AC, cassando as decisões proferidas pelo Juízo das Execuções Penais de Rio Branco e determinando que, em seu lugar, proferisse novas decisões, avaliando se, no caso concreto, cada um dos condenados por crime hediondo interessados na reclamação atende ou não os requisitos para gozar do benefício da progressão de regime.

Após, o julgamento foi interrompido para concessão de vista dos autos ao Ministro Eros Grau.

Reincluído o feito na pauta da sessão de 19.04.2007, o Ministro Eros Grau proferiu seu voto-vista para julgar procedente a Rcl nº 4335-5/AC, acompanhando o voto do Ministro-Relator. Com novos fundamentos teóricos acerca da normatividade da decisão do Supremo, o Ministro Eros reafirma a ocorrência de uma mutação constitucional do art. 52, X da Constituição vigente, para que a competência do Senado deixe de ser a de suspender a eficácia da lei para passar a ser a de meramente *dar publicidade* à suspensão de eficácia da lei, em caso de decisão de inconstitucionalidade incidental proferida pelo STF.

¹⁰¹¹ “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

Em mesma sessão, o Ministro Sepúlveda Pertence discorda do que denomina “decreto de mutação constitucional”¹⁰¹² e diverge do voto do Relator. Entendendo que a proposta reclamada não encontra amparo no ordenamento constitucional brasileiro mas, ao mesmo tempo, subsumindo-a ao entendimento da Corte Suprema acerca da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos, profere decisão salomônica: julga improcedente a reclamação, mantendo incólume o sistema de controle de constitucionalidade positivo e, com ele, o art. 52, X, mas atende aos interesses buscados através da Reclamação e concede *habeas corpus* de ofício para que o Juízo reclamado examine os demais pressupostos da progressão de regime postulada.

A seguir, o Ministro Joaquim Barbosa profere seu voto, divergindo do Relator “especificamente sobre a releitura proposta para o art. 52, X da Constituição Federal”¹⁰¹³ e discorrendo acerca das diversas possibilidades que o ordenamento constitucional positivado oferece à produção de efeitos das decisões do STF, da literalidade do dispositivo debatido e da necessidade de observância de “regras de *self restraint*”,¹⁰¹⁴ segue a linha proposta pelo Ministro Pertence, fazendo pequena distinção técnica, para não conhecer da Reclamação e conceder *habeas corpus* de ofício.

Após, pediu vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski, tendo devolvido-os para julgamento em 10 de fevereiro de 2011.

Até a presente data, o feito não foi reincluído em pauta.

6.2 Elementos da teoria da mutação constitucional nos argumentos dos ministros

A seguir demonstrar-se-á brevemente de que maneira o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito das mutações constitucionais se relaciona com os elementos da Teoria da Mutação Constitucional proposta neste trabalho. Isto  , verificar-se- , nos argumentos constantes nos votos proferidos nos julgamentos acima descritos, como eles convergem e como eles divergem dos elementos teóricos aqui propostos.

¹⁰¹² Voto do Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, proferido na Reclama o n  4335-5/AC, em 19.04.2007.

¹⁰¹³ Voto do Exmo. Sr. Ministro Joaquim Barbosa, proferido na Reclama o n  4335-5/AC, em 19.04.2007.

¹⁰¹⁴ Voto do Exmo. Sr. Ministro Joaquim Barbosa, proferido na Reclama o n  4335-5/AC, em 19.04.2007. Em português, uma tradu o possível da expressão em itálico seria “autorrestric o”.

Como dito anteriormente, não será feito juízo crítico ou valorativo sobre o uso ou a desconsideração desses elementos, ou sobre a ocorrência ou não das mutações constitucionais propostas. Apenas procurar-se-á demonstrar as relações entre os elementos da teoria da mutação constitucional proposta neste trabalho, separados acima por capítulos, e os argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos casos em que ele próprio expressamente reconheceu estar tratando do tema das mutações constitucionais, desenvolvidos abaixo.

6.2.1 Pressupostos das mutações constitucionais

Apenas recapitulando, nesta pesquisa afirmou-se que os pressupostos da mutação constitucional são a interrelação entre a realidade e a normatividade da Constituição, a mudança da realidade histórica, gerando tensão entre fato e norma constitucionais, e a necessidade política de transformação da Constituição.

Abaixo recortar-se-ão, dos votos dos ministros nos casos em que reconheceram expressamente mutações constitucionais, alguns argumentos que se relacionam, em alguma medida, com esses pressupostos.

Ao concluir pela mudança de interpretação dos artigos 109, I e 114, ambos da Constituição de 1988, para deslocar da Justiça comum dos estados para a Justiça especial trabalhista a competência para processar e julgar ações relacionadas a acidentes do trabalho, o Supremo Tribunal Federal levou em consideração alterações da normatização relacionada ao acidente do trabalho que, sob esse aspecto, podem ser consideradas alterações da realidade fática, ensejando tensão entre fato (normatização e regulamentação jurídica sobre acidente do trabalho) e norma (competência para processar e julgar essas causas). Essas mudanças no trato normativo sobre o tema receberam, pelo Min. Gilmar Mendes, em seu voto proferido no Conflito de Competência nº 7.204, a designação de “fatos legislativos”.¹⁰¹⁵

O mesmo vale para o Min. Cezar Peluso:

Mas, de lá para cá, a evolução da legislação acidentária, sobretudo com a equiparação dos valores de benefícios acidentários e previdenciários, e

¹⁰¹⁵ Voto do Ministro Gilmar Mendes, no Conflito de Competência nº 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 29/06/2005 pelo Tribunal Pleno.

a disseminação dos órgãos da justiça trabalhista, competentes para tantas outras causas ligadas à própria segurança do trabalho, desenharam nova realidade judiciária, que as próprias exigências da *unidade de convicção* e da especialização de conhecimentos não poderiam deixar de considerar nas perspectivas de revisão daquela exceção constitucional.¹⁰¹⁶

O Min. Sepúlveda Pertence acresce a essa mudança de normatização (como mudança da realidade fática) a seguinte constatação:

há muito anos, não ouvia falar, aqui no Distrito Federal – das minhas origens forenses –, sobre a Vara de Acidentes do Trabalho. Simplesmente porque ela desapareceu, em razão desse fato econômico que S. Exa. [o Juiz do Trabalho Sebastião Geraldo de Oliveira, que atuou como *amicus curiae* desse caso] realça: a equiparação do benefício previdenciário à indenização tarifada do acidente de trabalho. Isso fez com que a ação acidentária contra o INSS sirva hoje, na maioria das vezes, apenas ao trabalhador informal, porque o trabalhador formal terá igual cobertura do sistema previdenciário.¹⁰¹⁷

Além disso, ao deslocar a competência para processar e julgar as ações decorrentes de acidentes do trabalho da Justiça estadual para a Justiça do Trabalho, o STF teve a preocupação de fixar como marco temporal desse deslocamento a Emenda Constitucional nº 45/2004. Ficou decidido que as ações em trâmite perante a Justiça estadual que já tivesse sentença de mérito proferida até a promulgação da Emenda permaneceriam em trâmite perante aquela Justiça.

Isto para evitar a remessa incontente de milhares de processos para a Justiça especial, com todos os prejuízos que daí pudessem advir, notadamente os de ordem processual, dadas as diferenças dos sistemas recursais comum e trabalhista. [...] Nesse contexto de mudança, a EC nº 45/04 foi utilizada enquanto marco exclusivamente por questão de política judiciária, no intuito de preservar ações que, albergadas na jurisprudência que se acabava de reformar, tramitavam na Justiça estadual.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁶ Voto do Ministro Cezar Peluso, no Conflito de Competência nº 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 29/06/2005 pelo Tribunal Pleno. Grifos no original.

¹⁰¹⁷ Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no Conflito de Competência nº 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 29/06/2005 pelo Tribunal Pleno.

¹⁰¹⁸ Voto do Ministro Carlos Britto no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 450.504, j. em 21/11/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma.

Essa postura evidencia como causas para essa adaptação razões de política judiciária, acentuando que a mutação constitucional pressupõe a necessidade política de adaptação das normas à realidade.

Embora a mudança de interpretação do art. 8º do ADCT, no que tange aos tipos de promoções incluídas na anistia política constitucional, tenha sido causada apenas pela adesão do STF a entendimento diverso daquele anteriormente preconizado, o voto condutor proferido no RE nº 166.791 EDv/DF desenvolveu sua fundamentação, quanto à mutação constitucional, observando a relevância do transcurso do tempo e da mudança da realidade histórica para a interpretação das normas constitucionais, denunciando a recíproca relação entre realidade e normatividade, e como a tensão entre fato e norma, decorrente da mudança da realidade fática, promove, juntamente, uma mudança da própria normatividade. Citando Karl Larenz,¹⁰¹⁹ o Ministro-Relator afirmou:

Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se “ajustar” às novas relações. É o fator temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar.¹⁰²⁰

E mais adiante, referindo-se a obra de Inocêncio Mártires Coelho,¹⁰²¹ acentuou as características da interpretação constitucional destacadas no método de concretização, que levam em consideração os dados da realidade para produção de significado da norma, dizendo “que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos

¹⁰¹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed., Lisboa, 1997, p. 495.

¹⁰²⁰ Voto do Ministro-Relator nos RE nº 166.791 EDv/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.09.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Esse mesmo trecho foi citado pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto proferido no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Nesta segunda ocasião, o Ministro citou ainda outro trecho da obra de Larenz para justificar a modificação de interpretação pela mudança da realidade histórica, confirmando a possibilidade de mutação constitucional por via de interpretação judicial.

¹⁰²¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 1997, cap. 4.

ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos.”¹⁰²² E sobre o mesmo tema, referindo-se a reflexões de Peter Häberle,¹⁰²³ disse que

não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz ‘auslegen’ bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*). [...] Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em outro.¹⁰²⁴

Reconhecendo outro dos pressupostos das mutações constitucionais sugeridos neste trabalho, o Ministro-Relator do MS nº 26.603/DF, em que o STF reconheceu a existência do princípio da fidelidade partidária na Constituição de 1988, observou que

as concepções em torno da natureza **do mandato representativo**, no moderno constitucionalismo, **evoluíram** no sentido de, nele, vislumbrar-se a existência **de um duplo** vínculo: o de caráter popular e o de índole partidária. [...] **Esse novo sentido** do mandato representativo **conduziu ao fortalecimento** da vinculação partidária, **cujas realidades não pode ser desconhecida** na análise do tema do mandato eletivo.¹⁰²⁵

Nesse trecho percebe-se que o reconhecimento da mutação constitucional passou pela verificação de que a compreensão histórica a respeito do instituto do mandato político representativo havia mudado. Como propõe o presente estudo, a transformação da realidade histórica sobre a qual a Constituição incide transforma a própria Constituição que incide sobre essa realidade histórica.

Nesse mesmo julgamento, o Min. Ricardo Lewandowski menciona os ideais políticos iluministas das revoluções do século XVIII e XIX, para observar a transformação da vontade popular como vontade geral, no sentido rousseaniano, em

¹⁰²² Voto do Ministro-Relator nos RE nº 166.791 EDv/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.09.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰²³ HÄBERLE, Peter. Zeit um Verfassung. In: *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Org.: DREIER, Ralf und SCHWEGMANN, Friedrich. *Nomos*, Baden-Baden, 1976.

¹⁰²⁴ Voto do Ministro-Relator nos RE nº 166.791 EDv/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.09.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰²⁵ Voto do Ministro-Relator no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

vontade popular como vontade parlamentar representativa. Vê-se, aí, novamente, a transformação histórica operando transformação dos conceitos.

E transpondo essa realidade para o Brasil, o Min. Lewandowski destaca como se transformou o papel dos partidos políticos na representação popular no decorrer dos anos, acentuando que a mudança da realidade fática promove uma releitura dos institutos constitucionais, referindo que

os partidos políticos sofreram as vicissitudes da alternância cíclica entre os regimes democráticos e ditatoriais, que *impediu* [no passado], com raras exceções, que desenvolvessem uma base ideológica consistente, capaz de libertá-los do fenômeno que Maurice Duverger, trilhando a senda aberta por Robert Michels, identificou como o domínio oligárquico dos dirigentes partidários. Os partidos políticos de quadros e de massas, vinculados às camadas populares, com matizes ideológicos mais pronunciados, surgiram apenas *numa fase mais recente da História do País*, como consequência do processo de industrialização, que se acelerou a partir do término da Segunda Guerra Mundial. Em que pesem, porém, as imperfeições que ainda caracterizam o sistema partidário brasileiro, não há dúvida de que, *hoje*, os partidos políticos são indispensáveis ao processo democrático. [...] [A] participação do povo no poder, *atualmente*, não ocorre mais apenas a partir do indivíduo, do cidadão isolado, ente privilegiado e até endeusado pelas instituições político-jurídicas do liberalismo, dentre as quais se destacam os partidos políticos. O final do século XX e início do século XXI certamente entrarão para a História como épocas em que o indivíduo se eclipsa, surgindo em seu lugar associações, protegidas constitucionalmente.¹⁰²⁶

Sem adentrar o mérito das considerações feitas pelo Ministro Lewandowski, o fato é que ele sugeriu a ocorrência de uma mudança histórica da visão que se tem dos partidos políticos e seu papel na sociedade brasileira como embasamento da mudança de sua visão jurídico-constitucional a respeito do tema, ensejando, no caso, uma mutação constitucional com o reconhecimento do princípio da fidelidade partidária.

O Min. Joaquim Barbosa divergiu do voto vencedor, não conseguindo detectar o princípio da fidelidade partidária no âmbito da Constituição de 1988. E um dos argumentos utilizados para essa não detecção foi justamente o fato de que a realidade fática havia sido transformada, sim, mas apontando no sentido contrário da preeminência dos partidos políticos sustentada nos demais votos. Ele se perguntou

¹⁰²⁶ Voto do Min. Ricardo Lewandowski no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifou-se.

se a preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular encontra eco na realidade da sociedade moderna em que vivemos, sociedade de massas, conectada planetariamente, com múltiplas formas de expressão da vontade dos mais diversos segmentos sociais, [...] [destacando o] papel crescentemente importante desempenhado nos dias atuais por organizações tais como organizações não-governamentais.¹⁰²⁷

Essas relevantes considerações do Min. Joaquim Barbosa denunciam a dificuldade de se operar com a categoria das mutações constitucionais. A partir de uma proposta tópica, é possível que de pontos de vista diversos visualize-se o fenômeno histórico de maneira diferente, o que acaba levando a conclusão oposta: olhando para a mesma transformação da realidade histórica, alguns ministros viram a mutação constitucional; o Min. Joaquim Barbosa viu a confirmação de que mutação não houve. E justamente por isso é preciso ter o maior cuidado no momento de se optar por lidar com a categoria da mutação constitucional, sendo aconselhável reconhecê-la apenas em situações mais evidentes.

A importância da transformação da realidade fática na verificação de mutações constitucionais foi destacada, nesse julgamento, pelo Min. Gilmar Mendes. Ele retomou trecho do voto do Min. Francisco Rezek, na ocasião em que o STF firmou posição no sentido de não haver o princípio da fidelidade partidária na Constituição de 1988.¹⁰²⁸ Na ocasião, o Min. Rezek entendeu não haver tal princípio; mas sua perspicaz observação quanto à relevância das transformações históricas levaram-no a reconhecer que o futuro reservava lugar para a posição minoritária da Corte naquela época. O trecho, transcrito pelo Min. Gilmar, é o seguinte:

Tenho certeza de que as coisas não permanecerão como hoje se encontram. Em breve ou a médio prazo, os partidos políticos no Brasil – de cujo exato número receio eu próprio haver perdido a conta – serão em número consentâneo com aquela divisão natural das facções políticas de que se compõe nossa sociedade. Nesse momento serão mais coesos, haverá maior homogeneidade entre seus filiados, e poder-se-á falar com mais firmeza a respeito da fidelidade a eles devida. A Constituição de 1988 tem naturalmente um subsolo. Este consiste,

¹⁰²⁷ Voto do Min. Joaquim Barbosa no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰²⁸ MS 20927 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 11/10/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

basicamente, nas suas circunstâncias, no seu momento histórico. Não foi por acaso que o constituinte de 88 se omitiu de prescrever, com a riqueza vernacular quantitativa que usou em tantos temas menores, sobre a fidelidade partidária. Não quis fazê-lo por acreditar, provavelmente, que não saímos ainda daquela zona cinzenta em que nos encontramos desde os acontecimentos de 64, ou, mais precisamente, desde quando dissolvidos os antigos partidos – resultando no abandono da vida pública por homens de estatura do nosso antigo colega Oscar Corrêa. Isso é uma realidade de que o constituinte deve ter querido prestigiar, e ao direito positivo me atendo. **Sei que o futuro renderá homenagem à generosa inspiração cívica da tese que norteou os votos dos eminentes Ministros Celso de Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches.**¹⁰²⁹

E o Min. Gilmar, agora falando por si, acrescenta:

Talvez o quadro partidário imaginado por Rezek ainda não se tenha concretizado no Brasil, mas hoje já podemos perceber, claramente, a necessidade de mudança da orientação firmada naquele julgamento. A própria realidade partidária observada no Brasil, no último decênio, faz transparecer a inadequação da interpretação sobre o princípio da fidelidade partidária que se vem fazendo ao longo de todos esses anos.¹⁰³⁰

E, adiante, conclui que a interpretação que consagra a fidelidade partidária, mesmo sem embasamento textual, “decorre da própria realidade partidária observada no Brasil após a Constituição de 1988”,¹⁰³¹ afirmando que a posição anterior do STF “justificou-se sob um contexto histórico específico”, ressaltando “a adequação da decisão a um momento político especial.”¹⁰³²

Lutando na mesma arena, o Min. Marco Aurélio vale-se do mesmo argumento para concluir em sentido oposto, isto é, para dizer que não teria ocorrido mutação constitucional quanto ao princípio da fidelidade partidária. Em seu voto, vencido, o Ministro Marco Aurélio faz observação bastante semelhante à do Min. Francisco Rezek de quase 20 anos antes, ressaltando a importância de que ocorra uma efetiva

¹⁰²⁹ Voto do Min. Francisco Rezek no MS nº 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11/10/1989, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, extraído do Voto do Min. Gilmar Mendes no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

¹⁰³⁰ Voto do Min. Gilmar Mendes no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰³¹ Voto do Min. Gilmar Mendes no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰³² Voto do Min. Gilmar Mendes no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

transformação da realidade fática para reconhecimento de uma mutação constitucional. Segundo ele,

a ênfase ao papel dos partidos políticos é inegável. E teremos ainda, no Brasil – espero viver esses dias –, partidos políticos realmente individualizados, identificáveis e não os poucos que assim operam atualmente; partidos políticos, em geral, que se façam presentes considerado um programa, uma ideologia, um objetivo a ser buscado em prol do bem coletivo.¹⁰³³

Ao decidir sobre o princípio da presunção da inocência quanto ao direito de recorrer às instâncias extraordinárias em liberdade, o Min. Gilmar Mendes observou que, no campo dos direitos fundamentais, onde as concepções de vida mais se radicalizam, a dificuldade de conciliar e acompanhar as transformações das ideologias acentuam os processos de mutação constitucional. Em suas palavras:

Não é raro que essas alterações de concepções se verifiquem, dentre outros campos, exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais. Aqui talvez se mesquem as mais diversas concepções existentes na própria sociedade e o processo dialético que as envolve. E os diversos entendimentos de mundo convivem, sem que, muitas vezes, o “novo” tenha condições de superar o “velho”.¹⁰³⁴

Por trás dessas considerações estão, certamente, as dificuldades que a interrelação entre realidade e normatividade traz consigo.

No julgamento da ADPF nº 46, em que se discutia o “monopólio” do serviço postal por parte dos Correios, o Ministro-Relator originário discorreu sobre as transformações dos modos de vida da sociedade contemporânea, relativamente às relações sociais e ao modo de circulação de produtos e informação e de prestação de serviços, bem como sobre as transformações na ideologia político-macroeconômica e de intervenção estatal na vida dos particulares, com a evolução legislativa dedicada ao tema.

¹⁰³³ Voto do Min. Marco Aurélio no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰³⁴ Voto do Min. Gilmar Mendes no RHC nº 93172/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 12/02/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Em razão dessas transformações, entendeu que a prestação do serviço postal não mais caberia exclusivamente à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Ao fazê-lo, o Ministro-Relator originário observa a relevância da consideração da realidade na análise da normatividade que a rege, e como a influência não é unilateral no sentido norma-fato, mas bilateral e recíproca no sentido fato-norma-fato (ou, no caso, como se tratava de processo objetivo, de interpretação em tese da Constituição, no sentido “norma-fato-norma”). Disse o Ministro-Relator originário:

A partir da idéia do “Círculo Hermenêutico” de Hans Gadamer, evidenciou-se a função co-autora do hermeneuta: na medida em que este compreende, interpreta as normas de acordo com a própria realidade e as recria, em um processo que depende sobremaneira dos valores envolvidos. Nesse sentido, o jusfilósofo Richard Palmer assevera que a tarefa da interpretação é a de construir uma ponte sobre a distância histórica a separar o sujeito do objeto da interpretação. Assim, quando o intérprete analisa um texto passado, não deve esvaziar a sua memória, nem abandonar o presente, mas levá-los consigo e utilizá-los para compreender e projetar um futuro.¹⁰³⁵

E continua afirmando a importância dessas considerações na interpretação constitucional, especialmente voltando-se o intérprete para o tempo presente e observando a realidade em que se insere,

para que se evolua de uma interpretação retrospectiva e alheia às transformações sociais, passando-se a realizar interpretação que aproveite o passado, não para repeti-lo, mas para captar de sua essência lições para a posteridade. O horizonte histórico deve servir como fase na realização da compreensão do intérprete, mas não pode levar à autoalienação de uma consciência, funcionando como escusa à análise do presente.¹⁰³⁶

A seguir, retoma o assunto, desta vez destacando a relação de mútua influência entre normatividade e realidade, frisando

¹⁰³⁵ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰³⁶ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

a necessidade de este Tribunal concretizar e realizar os preceitos constitucionais de forma ótima, o que se traduz na observância do processo dialético e ininterrupto de condicionamento entre a norma e a realidade. [...] Será que se está condenado a ficar permanentemente atrelado ao passado, ignorando que o sentido das normas também é condicionado pela evolução da vida, da vida em sociedade? A resposta é desenganadamente negativa, revelando-se um sonoro “não”.¹⁰³⁷

A seguir, o Ministro-Relator originário traça uma significativa linha do tempo, esboçando como se deu a regulamentação da prestação do serviço postal desde a primeira Constituição Republicana até os dias atuais, enfatizando as transformações ideológicas de intervenção do Estado na sociedade e na economia, desde o dirigismo econômico, liberalismo clássico, estado social, estado de bem-estar, paternalismo, até que “o pêndulo retorna à iniciativa privada, de modo a assegurar-lhe o papel protagonista na sociedade”,¹⁰³⁸ revelando a sua preferência ideológica ao dizer que “fez-se e faz-se ainda necessária a devolução das atividades que ainda são prestadas pelo Poder Público à iniciativa privada”,¹⁰³⁹ concluindo pela opção que entende mais adequada, no que se poderia chamar de um ativismo judicial perfeccionista. Tudo isso para dizer que

se no plano constitucional, à época da Primeira República, ainda no século XIX, entendia-se que somente o Poder Público poderia desincumbir-se da missão de entregar correspondências, a mesma interpretação não pode mais ser implementada nos dias atuais, sem que seja tida como destoante dos novos e benfazejos ditames constitucionais, da realidade fática e normativa.¹⁰⁴⁰

E explicitando que sua conclusão está baseada na transformação da realidade fática, questiona:

as razões que determinaram a instituição do monopólio do serviço postal permanecem vigentes? Pode a Corte olvidar as transformações

¹⁰³⁷ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰³⁸ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰³⁹ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁴⁰ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

sociais e tecnológicas que ocorreram no país nesse meio século e entender que o significado do verbo “manter”, núcleo do inciso X do artigo 21, é o mesmo de dois séculos atrás?¹⁰⁴¹

Essas perguntas são por ele mesmo respondidas, mais adiante, quando encaminha a conclusão de seu voto:

[D]iante do texto constitucional de 1988, frente às mutações operadas no Direito Administrativo brasileiro, de acordo com as inovações perpetradas no que tange aos limites de participação do Estado na economia, simplesmente não há mais espaço para se entender recepcionada a Lei nº 6.538/78, especialmente o texto do artigo 9º, no que disciplina o serviço postal como monopólio a ser explorado unicamente pela União.¹⁰⁴²

E mais adiante o Ministro elenca diversas entidades públicas criadas para dedicar-se a segmentos da economia, nos anos 30 e 40, tais como o café, o açúcar, o álcool, o malte, o sal, o pinho, o leite, as estradas de ferro, todas hoje extintas, indicando que no que tange ao serviço postal o mesmo deveria ocorrer com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. A transformação histórica é, também nesse ponto, utilizada como argumento:

Nesse rol, e por idênticas razões, não poderíamos deixar de citar a criação do Departamento de Correios e Telégrafos, por meio do Decreto nº 20.859, de 25 de dezembro de 1931, como exemplo de atividade econômica que durante certo período – respeitadas circunstâncias sociais diversas das que temos hoje – chegou a ser considerada espécie do gênero serviço público.¹⁰⁴³

É curioso o fato de que os mesmos pressupostos são expressos pelo Ministro-Relator para o acórdão dessa ADPF nº 46, embora tenha divergido diametralmente da conclusão do Ministro-Relator originário. Para o Ministro-Relator para o acórdão,

¹⁰⁴¹ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁴² Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁴³ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

[o] direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza. É do presente, na vida real, que se toma as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida em movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.¹⁰⁴⁴

O Min. Gilmar Mendes também destaca, nesse julgamento, a necessidade de a Constituição acompanhar os processos históricos de alteração da vida social, observando que

parece que a própria evolução social e econômica estaria a sinalizar, aqui, um tipo de processo de inconstitucionalização. A própria dinâmica, hoje, dos serviços [postais] estaria a indicar a participação dos atores privados e uma certa obsolescência dos dispositivos [que a vedam], pelo menos se lidos na sua literalidade estrita. [...] Parece que isso está sendo revisto pela realidade, imaginando a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.¹⁰⁴⁵

E conjectura sobre o monopólio dos Correios na prestação do serviço postal, sugerindo que, “se era de fato legítimo e constitucional, condizente até com o modelo anterior da Constituição, parece que a dinâmica dos tempos, a própria atividade plural do mercado fez um tipo de processo de inconstitucionalização.”¹⁰⁴⁶

E retificando o seu voto, proferido em sessão posterior, o Ministro Gilmar Mendes restringe o regime de exclusividade de exploração da atividade postal pelos Correios, permitindo à iniciativa privada a entrega de alguns conteúdos, destacando, ao mesmo tempo, a necessidade de atualização da normatização sobre tema, ao afirmar que

[o] Tribunal não pode ignorar a realidade, sob pena de suas decisões ficarem despidas de qualquer eficácia. É o que ocorrerá se entendermos que quaisquer atividades postais devem ser prestadas exclusivamente

¹⁰⁴⁴ Voto do Ministro-Relator para o acórdão na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁴⁵ Voto do Min. Gilmar Mendes na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁴⁶ Voto do Min. Gilmar Mendes na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

pela União. [...] Essa parece ser a interpretação possível ante o inegável **processo de inconstitucionalização**, decorrente de profunda mudança nas relações fáticas, do modelo de monopólio no sentido da prestação exclusiva, pela ECT, de **qualquer das atividades postais indicadas na Lei nº 6.538/78**.¹⁰⁴⁷

Assim, vê-se que as mesmas transformações históricas sugeriram para o Min. Marco Aurélio, a ocorrência de uma mutação constitucional para que a norma produza um significado absolutamente oposto ao anterior; para o Min. Eros Grau, a confirmação do significado original da norma; e para o Min. Gilmar Mendes, uma sutil transformação em seu conteúdo. Por isso, a transformação da realidade fática é um pressuposto extremamente relevante para a ocorrência de mutações constitucionais. Entretanto, é preciso reconhecê-las com toda a cautela, porque as mesmas transformações históricas podem, para alguns, significar mutação e, para outros, a manutenção do significado original da norma.

Na Rcl nº 4335-5/AC, em que o Ministro-Relator propôs mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República, o Min. Eros Grau trata longamente do tema relacionado à inserção da norma interpretada no contexto fático-sociológico do tempo presente. Isto é, ele propõe adaptação da normatividade à realidade, confirmando o pressuposto das mutações constitucionais sugerido nesta pesquisa.

No decorrer do voto, o Min. Eros Grau procura demonstrar o que deve ser observado para atualização do texto normativo à realidade, dizendo, em suma, que, ao atualizar o sentido da norma, “o intérprete inscreve-se na tradição do texto [...], pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar”.¹⁰⁴⁸ Isto é, para ele, além de inserir-se na moldura do direito, e além de justificar-se de maneira racional, a interpretação jurídica correta “atende ao código dos valores dominantes”.¹⁰⁴⁹ Sob essa perspectiva, o intérprete não fica restrito ao texto da norma, podendo atuar livremente dentro da “dimensão normativa”. Ou seja, “tudo andar bem,

¹⁰⁴⁷ Voto do Min. Gilmar Mendes na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

¹⁰⁴⁸ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹⁰⁴⁹ AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable*. Trad. par Geneviève Warland. Paris: L. G. D. J., 1992, p. 278, *apud* Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

harmonicamente, se a coerência interna do texto normativo for observada na sua necessária atualização à realidade.”¹⁰⁵⁰

Com isso o Min. Eros Grau parece afirmar que o limite do intérprete não é o texto, mas “a dimensão normativa” que do texto provém. A esse tema, do texto como limite (ou da falta dele) da interpretação à luz das considerações do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335-5/AC, voltar-se-á oportunamente, a seguir.

Em outro trecho de seu voto o Min. Eros Grau relaciona a realidade fática com a sua proposta de mutação constitucional. Ele afirma que “[o] crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito do sistema de controle difuso são expressivos da precariedade da paz construída no interior da sociedade civil.”¹⁰⁵¹ Com isso o Min. Eros Grau deixa transparecer que a proposta da mutação constitucional do art. 52, X, que visa à produção, só por si, de efeitos gerais e vinculantes para a própria decisão incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF, é medida de política judiciária que atende a uma necessidade política decorrente da realidade fática. E mais do que isso, a afirmativa demonstra que o efeito (multiplicação de processos idênticos e crescimento do número de litígios) tem uma causa (precariedade da paz), ambas situadas no plano da realidade, pressionando a normatividade a modificar o seu sentido.

A confirmar que o aumento da litigiosidade na cultura do cidadão brasileiro é a causa da multiplicidade de processos semelhantes, e que esse conjunto histórico recomenda a mutação constitucional do art. 52, X, no entendimento do Min. Eros Grau, verifica-se, em outros trechos de seu voto:

[d]aí a multiplicação de conflitos que operam a transposição, para o âmbito do Judiciário, de antagonismos que se revestem de múltiplas aparências, insuficientes porém para ocultar suas raízes, plantadas na oposição de interesses historicamente bem definidos. As estruturas engendradas pela modernidade são insuficientes para nos elevar à eticidade (*Sittlichkeit*) hegeliana, permeada pela racionalidade como

¹⁰⁵⁰ AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable*. Trad. par Geneviève Warland. Paris: L. G. D. J., 1992, p. 278, *apud* voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹⁰⁵¹ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

razão efetiva. [...] o Judiciário é atualmente arena em que se joga a luta de classes.¹⁰⁵²

E sob outro aspecto, o voto do Min. Eros Grau deixa transparecer a necessidade política como pressuposto da mutação constitucional que propõe. Ele observa que no caso da Rcl nº 4335-5 se está tratando da liberdade das pessoas, de cumprimento de pena em regime integralmente fechado. Afirma que “a não atribuição, à decisão do STF no HC nº 82.959, de força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional compromete o regime de cumprimento de pena, o que não se justifica a pretexto nenhum.”¹⁰⁵³ No seu entendimento, a liberdade de indivíduos é de tamanha relevância, é uma necessidade política tão grande, que justifica a mutação constitucional que ele propõe.

Essa necessidade – a de preservar a liberdade individual – foi satisfeita, nos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, proferidos após o do Min. Eros Grau, mediante a concessão, de ofício, de *habeas corpus*, confirmando a liminar concedida pelo Ministro-Relator, nada obstante tenham julgado improcedente e não conhecido, respectivamente, a reclamação interposta.

E sobre a necessidade política da mutação do art. 52, X, o Min. Sepúlveda Pertence observa justamente que não a há. Isto é, para o Min. Pertence, não ocorreu uma mutação constitucional do art 52, X, também porque não há necessidade política dessa transformação. Segundo ele,

reduzir-se a nada o papel do Senado – que todos os textos constitucionais subseqüentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram – parece-me ir, com todas as vênias, além da marca. De resto, o decreto de mutação constitucional proposto já não tem mais, hoje, por si, nem o desafio de emprestar maior eficácia às decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵² Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹⁰⁵³ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹⁰⁵⁴ Voto do Min. Sepúlveda Pertence na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo I.

referindo-se, logo em seguida, à prerrogativa que a Constituição de 1988 outorgou ao Supremo de produzir decisões com efeitos vinculativos e eficácia *erga omnes* tanto no controle objetivo de constitucionalidade, como no subjetivo, neste caso através da edição de súmula vinculante.¹⁰⁵⁵

E por outro motivo o Min. Sepúlveda Pertence entende que a proposta de mutação constitucional é contrária à necessidade política visualizada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Ele decidiu

julgar improcedente a reclamação que, a meu ver, é o grande risco tsunâmico – eu diria – do Supremo Tribunal de hoje, porque, sem alargamentos, ela já tende a ser brevemente a via mais frequente de acesso ao Tribunal. Não vejo necessidade de rompê-la a custo desta delicada decisão institucional de converter essa prerrogativa a que o Congresso sempre se reservou, nas sucessivas Constituições, em uma função subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos.¹⁰⁵⁶

O Min. Joaquim Barbosa concorda que não há necessidade política a justificar a mutação constitucional proposta na Rcl nº 4335-5/AC. Para ele, “desse histórico e da fascinante época que vive agora a Corte não extraio a grave conclusão de que a suspensão da execução pelo Senado Federal representa obstáculo à ampla efetividade das decisões do STF em situações como a presente”,¹⁰⁵⁷ referindo-se, também, à possibilidade de o Supremo emprestar essa ampla efetividade às suas próprias decisões através da edição de súmulas vinculantes:

¹⁰⁵⁵ Art. 102, § 2º, da Constituição da República de 1988: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” Art. 103-A, da Constituição da República de 1988: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

¹⁰⁵⁶ Voto do Min. Sepúlveda Pertence na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo I.

¹⁰⁵⁷ Voto do Min. Joaquim Barbosa na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo II.

Esse dado me basta para que se mantenha a leitura tradicional do dispositivo, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade pelo STF autoriza o Senado a determinar a suspensão de sua execução, pelas razões políticas que os Srs. Senadores entenderem pertinentes. Isto porque o dispositivo trata de uma autorização ao Senado, não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF.¹⁰⁵⁸

6.2.2 *Funções das mutações constitucionais*

Nos votos proferidos pelos ministros nos casos acima relatados também se percebe, em alguns trechos, que a argumentação utilizada se relaciona (ora confirmando, ora desconfirmando) com as funções das mutações constitucionais propostas neste trabalho, como abaixo se deixará perceber. Apenas lembrando: aqui sustentou-se que a mutação constitucional tem a função de contribuir para o equilíbrio das funções estática e dinâmica das normas constitucionais, e para aumentar a força normativa da Constituição.

Ao decidir que a EC nº 45/04 funcionaria como marco da mudança de jurisprudência sobre a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações decorrentes de acidente do trabalho, o Min. Carlos Britto explicitou que suas razões vinculavam-se ao prestígio que ele faz questão de conceder à força normativa da Constituição:

Ora, eleger a EC nº 45/04 enquanto marco da alteração jurisprudencial não significa dizer que as ações *ajuizadas* até a emenda são da Justiça comum e aquelas *ajuizadas* no dia seguinte já são da Justiça especial. Um raciocínio assim cria a idéia inexata de que antes a competência era da Justiça comum e só depois passou a ser da Justiça do Trabalho. Pior: pode levar ao argumento absurdo de que as ações *ajuizadas* na Justiça do Trabalho antes da EC nº 45/04 devem ser encaminhadas à Justiça comum estadual. Ocorre que não houve mudança de competência. Esta sempre foi da Justiça laboral. Logo, a questão se limitava ao equacionamento das ações que tramitavam perante a Justiça comum. Daí a adoção do marco temporal.¹⁰⁵⁹

Desenvolvendo a mutação constitucional que entendeu operar através de interpretação, o Ministro-Relator dos RE nº 166.791 EDv/DF observou, com base na

¹⁰⁵⁸ Voto do Min. Joaquim Barbosa na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo II.

¹⁰⁵⁹ Voto do Ministro Carlos Britto no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 450.504, j. em 21/11/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma.

doutrina de Peter Häberle,¹⁰⁶⁰ que “toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle – interpretierten – Gesetzen ‘Zeitgesetze’ – nicht nur die zeitlich befristeten*).”¹⁰⁶¹ E, mais adiante, citando diretamente o autor alemão, o Ministro-Relator referiu:

O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve, agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se *passado e futuro* estiverem nela associados.¹⁰⁶²

Com isso fica evidente, na argumentação do Ministro-Relator, que a adaptação da norma constitucional em face da mudança da realidade histórica é um imperativo do necessário equilíbrio entre as funções estática e dinâmica da Constituição, isto é, da vinculação ao passado e da conservação das tradições, de um lado, e do vislumbre ao futuro e anseio de progresso, de outro. Por isso pode-se depreender, dessa linha de argumentação, que a mutação constitucional tem por escopo equilibrar as funções estática e dinâmica da Constituição, tal como proposto na presente pesquisa.

O mesmo trecho transcrito algumas páginas acima para demonstrar que a mudança da realidade fática pressupõe a mutação constitucional, recortado do voto do Ministro-Relator do MS nº 26.603/DF, em que o STF reconheceu a existência do princípio da fidelidade partidária na Constituição de 1988,¹⁰⁶³ também serve para indicar que o reconhecimento de uma mutação constitucional passa pela necessidade de a Constituição não ficar engessada no tempo. A dinamicidade e vitalidade das normas

¹⁰⁶⁰ HÄBERLE, Peter. *Zeit um Verfassung*. In: *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Org.: DREIER, Ralf und SCHWEGMANN, Friedrich. *Nomos*, Baden-Baden, 1976.

¹⁰⁶¹ Voto do Ministro-Relator nos RE nº 166.791 EDv/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.09.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁶² HÄBERLE, Peter. *Zeit um Verfassung*. In: *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Org.: DREIER, Ralf und SCHWEGMANN, Friedrich. *Nomos*, Baden-Baden, 1976, pp. 295-6, *apud* Voto do Ministro-Relator nos RE nº 166.791 EDv/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.09.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁶³ O trecho: “as concepções em torno da natureza do mandato representativo, no moderno constitucionalismo, evoluíram no sentido de, nele, vislumbrar-se a existência de um duplo vínculo: o de caráter popular e o de índole partidária. [...] Esse novo sentido do mandato representativo conduziu ao fortalecimento da vinculação partidária, cuja realidade não pode ser desconhecida na análise do tema do mandato eletivo.” (Voto do Ministro-Relator no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.)

constitucionais sugerem que a sua aplicação acompanhem as transformações históricas, impedindo que a Constituição exerça apenas a função estática, mas proporcionando um equilíbrio entre esta e a função dinâmica.

No voto do Min. Carlos Britto desse mesmo julgamento, observou-se que o fato de a Constituição configurar um sistema, conformada por princípios, permite a adaptação das normas constitucionais à realidade constitucional, equilibrando as funções estática e dinâmica que ela exerce. Segundo o Ministro,

os princípios são os que mais conferem unidade material à Constituição, que não faria do Direito um sistema, um ordenamento, se ela própria, Constituição, não fosse um sistema, um ordenamento, além dos princípios dotarem a Constituição de uma espécie de jogo de cintura, de uma versatilidade para acompanhar as mutações do cotidiano, impedindo, muitas vezes, pela sua aplicabilidade, que se precise do recurso a uma reforma oficial, a uma emenda formal.¹⁰⁶⁴

Isso evidencia que o Ministro estava sugerindo a proposição do princípio da fidelidade partidária por uma emenda informal, por uma mutação constitucional, de modo a, adaptando a Constituição à realidade, equilibrar as suas funções estática e dinâmica.

O Min. Menezes Direito também ressaltou a importância da manutenção do equilíbrio das funções estática e dinâmica da Constituição ao ela ser interpretada pelo juiz. Realçando a pressão que a realidade fático-política exercia no julgamento da questão da fidelidade partidária, disse que

na verdade, não se trata aqui de entender que o papel do Juiz está subordinado aos critérios que são percebidos pela sociedade no rastro de emoções coletivas capazes de ocupar por inteiro o imaginário popular, mas, sim, de submetê-lo aos critérios que foram postos pelos constituintes, assim, aqueles valores e princípios que eles pretenderam fossem seguidos considerando a unidade do sistema normativo que construíram. Os Juízes não estão submetidos ao tribunal da opinião pública, mas não podem deixar de considerar a cultura do seu tempo para que a lei possa ser um instrumento de realização da Justiça.¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶⁴ Voto do Ministro Carlos Britto no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁶⁵ Voto do Min. Menezes Direito no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

No caso em que o STF reviu sua interpretação sobre a execução penal provisória e sobre o direito de recorrer às instâncias extraordinárias em liberdade, em nome do princípio da presunção da inocência, o Min. Gilmar Mendes observou as dificuldades de se conciliar as mais diversas concepções da sociedade a respeito da defesa dos direitos fundamentais, ponderando que, nesse campo, as mutações constitucionais atuam com destaque. Nesse sentido, a promulgação de nova ordem constitucional não implanta, imediatamente, o poder de suas normas. A necessidade de preservação do estado anterior recomenda uma adaptação gradual das novas ordenações, propiciando ocorrência de mutações constitucionais. E sob esse aspecto as mutações constitucionais auxiliam no desempenho das funções estática e dinâmica atribuídas à Constituição. Disse o Ministro:

É natural que esse tipo de situação se coloque de forma bastante evidente no quadro de uma nova ordem constitucional. Aqui, entendimentos na jurisprudência, doutrina e legislação tornam, às vezes, inevitável, que a interpretação da Constituição se realize, em um primeiro momento, com base na situação jurídica pré-existente. Assim, até mesmo institutos novos poderão ser interpretados segundo entendimento consolidado na jurisprudência e na legislação pré-constitucionais.¹⁰⁶⁶

O Ministro-Relator originário da ADPF nº 46, que entendeu ter havido mutação constitucional envolvendo a prestação do serviço postal, observou que sua proposta importaria manutenção da força normativa da Constituição, dizendo que

a missão do Supremo [...] é precipuamente zelar pela interpretação que se conceda à Carta a maior eficácia possível diante da realidade circundante [...] de maneira a garantir a força normativa da Constituição, o que, nos dizeres de Canotilho, significa “dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a atualização normativa, garantindo a sua eficácia e permanência.”¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁶ Voto do Min. Gilmar Mendes no RHC nº 93172/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 12/02/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁶⁷ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Ele também observa, de maneira transversa, que a mutação constitucional ocorre em situações em que ao texto da Constituição não mais corresponde a realidade constitucional, dando a entender que a interpretação atualizadora de suas normas, reinsserindo-as no tempo presente, retoma a sua eficácia, contribuindo para a sua força normativa:

A indiferença quanto ao cumprimento desses princípios hermenêuticos pode ocasionar um recorte drástico e indesejado, considerados o dispositivo constitucional e a realidade, configurando-se o que Pablo Lucas Verdú convencionou chamar de ‘mutação constitucional’, hipótese em que a Carta Federal fica obsoleta, fragilizada, caduca.¹⁰⁶⁸

Embora tenha divergido da posição final do Ministro-Relator originário, entendendo que o serviço postal não pode ser realizado pela iniciativa privada, o Ministro-Relator para o acórdão também relacionou a importância da atualização da normatização da Constituição para a manutenção da sua força normativa. Afirmou:

Hesse sustenta que a Constituição está condicionada pela realidade histórica, razão pela qual não se a pode separar da realidade concreta do seu tempo e a pretensão de eficácia de suas normas somente pode ser realizada se for levada em conta essa realidade. Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais. Ao intérprete incumbe, então, sob o manto dos princípios, atualizá-lo.¹⁰⁶⁹

O voto-vista do Min. Eros Grau proferido na Rcl nº 4335-5/AC, em que ele propôs que o art. 52, X, da Constituição da República sofrera uma mutação constitucional, passando a significar que ao Senado compete privativamente *dar publicidade* à suspensão de execução da lei já operada pela decisão incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo, começa por destacar duas oposições no Direito que são diretamente relacionadas entre si: aquela entre a rigidez e a elasticidade do Direito, e aquela entre a dimensão legislativa e a dimensão normativa do Direito.

¹⁰⁶⁸ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁶⁹ Voto do Ministro-Relator para o acórdão na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Ambas as oposições, por sua vez, estão ligadas às funções estática e dinâmica da Constituição, dando a entender que as mutações constitucionais passam por essa dicotomia.

No decorrer de seu voto-vista, o Min. Eros Grau deixa transparecer que, pelo menos naquele caso, dá prevalência à dinamicidade sobre estabilidade: não apenas o resultado do seu raciocínio demonstra isso, como também algumas expressões usadas no voto, como por exemplo, ao referir sobre “a necessidade de adequação da Constituição ao devir social.”¹⁰⁷⁰ Talvez nesse ponto, por desatender à função da mutação constitucional de equilibrar as funções estática e dinâmica, dando evidente (e talvez excessiva) prevalência à função dinâmica, a proposta de mutação do Min. Eros não se coadune com a Teoria das Mutações Constitucionais formulada neste trabalho. E talvez justamente por isso tal proposta tenha sofrido tantas críticas e provocado tamanha repercussão na comunidade jurídica, a demonstrar a necessidade de se estabelecer critérios mais seguros para a proposição de mutações constitucionais – o que é justamente a intenção desta pesquisa.

6.2.3 Instrumentos das mutações constitucionais

Também os instrumentos sugeridos nesta investigação como sendo aqueles através dos quais as mutações constitucionais possam vir a ocorrer estão presentes, em alguma medida – especialmente a interpretação judicial, por motivos óbvios – na argumentação constante dos votos proferidos nos casos acima relatados. Apenas para rememorar o leitor: os instrumentos que esta pesquisa sugeriu para a ocorrência de mutações constitucionais são a soberania popular, a interpretação (legislativa, judicial e administrativa) e os usos e costumes dos órgãos constitucionais. Esses instrumentos serão abaixo relacionados com os argumentos dos ministros.

No primeiro caso em que se referiu o termo “mutação constitucional”, o Supremo destacou a sua prerrogativa de possuir o “monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional”.¹⁰⁷¹ Para reconhecer a constitucionalidade da Resolução nº 21.702/2004 do TSE, o Supremo afirmou que não foi essa Resolução que estabeleceu o número de vereadores das Câmaras Municipais, mas foi ele próprio,

¹⁰⁷⁰ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹⁰⁷¹ ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

através da interpretação dada ao art. 29, IV, da Constituição da República no “caso Mira Estrela”. Segundo o Ministro-Relator,

o E. Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a resolução em causa, **nada mais fez** senão dar expansão **a uma interpretação constitucional**, que, **emanada** do Supremo Tribunal Federal, **definiu** o exato alcance **e** o preciso significado **da cláusula** inscrita **no inciso IV** do art. 29 da Constituição.¹⁰⁷²

Por isso a interpretação judicial do STF do art. 29, IV, pode ser considerada uma mutação constitucional, na medida em que construiu significado novo a texto de norma constitucional que não foi modificado.¹⁰⁷³

E mais adiante, o Ministro-Relator, valendo-se de proposta doutrinária de Francisco Campos,¹⁰⁷⁴ afirma que

no poder de interpretar, **inclui-se** a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional. **É que** – segundo a lição desse eminente publicista – *‘O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.*¹⁰⁷⁵

No mesmo caso, o Min. Joaquim Barbosa refere que a interpretação dada pelo STF ao art. 29, IV já podia ser extraída desde o texto constitucional originário. Isto é, a interpretação não modificou o entendimento anterior que ele tinha do referido dispositivo. Mas “se houve alterações, elas terão emanado das múltiplas e errôneas interpretações do dispositivo constitucional levadas a efeito ao longo dos anos pelas diversas Câmaras Municipais do País.”¹⁰⁷⁶ Sob essa perspectiva poder-se-ia afirmar que

¹⁰⁷² Voto do Ministro-Relator na ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

¹⁰⁷³ Aliás, como referido acima, na nota de rodapé nº 947, o texto até chegou a ser modificado, após a interpretação dada pelo STF, para deixá-la explícita na formulação textual do inciso IV do art. 29, reforçando tratar-se de norma constitucional extraída por via de interpretação judicial que efetivamente alterou (depois, até formalmente) a Constituição.

¹⁰⁷⁴ CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. 2., São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 403.

¹⁰⁷⁵ Voto do Ministro-Relator na ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

¹⁰⁷⁶ Voto do Min. Joaquim Barbosa na ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

a mutação constitucional do art. 29, IV teria ocorrido pela “correção” da interpretação desse dispositivo que, ao longo dos anos, vinha sendo equivocadamente aplicado pelas Câmaras Municipais. E sob esse aspecto, a interpretação dada pelo Supremo “modificou” o modo como se processava o dispositivo na realidade constitucional.

Ainda no caso da ADI nº 3.345, o Min. Gilmar Mendes expõe fundamentos que, no seu entender, legitimam o reconhecimento de uma mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República. Segundo essa mutação constitucional, as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade produzem efeitos vinculativos e contra todos.¹⁰⁷⁷ Ele referiu:

Assim, uma vez assentado que o atual sistema de jurisdição constitucional permite a atribuição de efeito vinculante à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso [no caso, o Ministro se referia à decisão proferida no “caso Mira Estrela”], não é possível aludir-se a qualquer vício da Resolução em análise.¹⁰⁷⁸

A proposta não chegou a ser focada no julgamento, tendo funcionado apenas como argumento *obiter dicta* da sua posição. Entretanto, o Min. Gilmar teve outra oportunidade para reiterar essa sua proposta de mutação constitucional quando do julgamento da Reclamação nº 4335-5/AC, cujos argumentos serão oportunamente analisados nesta pesquisa. Cabe, apenas, observar que a repercussão da posição do Min. Gilmar nesse julgamento pode ser percebida no voto da Min. Ellen Gracie que, com sutil (mas muito significativa) distinção técnica, não fala em “efeito vinculante” da

¹⁰⁷⁷ Na verdade, o Min. Gilmar Mendes vem demonstrando esse seu entendimento em diversas outras oportunidades, tanto enquanto magistrado como enquanto doutrinador, tendo, inclusive, publicado um artigo específico sobre o tema (MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, pp. 149-68, abr./jun. 2004), o qual tem grande trecho transcrito em seu voto na ADI nº 3.345, além de outras obras onde expressa seu pensamento nesse mesmo sentido (MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 32, n. 126, pp. 087-102, abr./jun. 1995. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional – O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2005. MENDES, Gilmar Ferreira. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, n. 121, pp. 185-88, jan./mar. 1994. MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Fasc. Civ., ano 88, v. 760, pp. 11-39, fev. 1999. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009). O assunto voltará a ser abordado quando da análise da proposta de mutação constitucional veiculada no julgamento da Reclamação nº 4335-5/AC, ainda em trâmite perante o STF.

¹⁰⁷⁸ Voto do Min. Gilmar Mendes na ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

decisão do caso Mira Estrela, mas em “interpretação vinculante” e em “efeitos transcendentais aos motivos determinantes da decisão”.¹⁰⁷⁹

No HC nº 86.009, em que, por via de interpretação judicial, modificou-se a competência para processar e julgar os *habeas corpus* interpostos contra decisões proferidas por Turmas Recursais de Juizados Especiais, restou explícita a adoção da tese de que a interpretação é um instrumento através do qual podem ocorrer mutações constitucionais:

Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga.¹⁰⁸⁰

E no outro caso de deslocamento de competência por força de mutação constitucional, o STF também fez questão de deixar explícita a ocorrência da mudança informal da Constituição mediante interpretação judicial:

a decisão não foi motivada pelas alterações trazidas com a EC nº 45/04; a mudança na jurisprudência do Supremo surgiu por *mutação constitucional*. Vale dizer, da redação originária do art. 114 c/c inciso I do art. 109 da Lei Maior, esta colenda Corte passou a extrair um outro sentido – o da competência da Justiça trabalhista. Sendo muito diferente do que até então extraíra (competência da Justiça comum estadual). Nesse contexto de mudança, a EC nº 45/04 foi utilizada enquanto marco exclusivamente por questão de política judiciária, no intuito de preservar ações que, albergadas na jurisprudência que se acabava de reformar, tramitavam na Justiça estadual.¹⁰⁸¹

Nos RE nº 166.791 EDv/DF, em que se reconheceu por mutação constitucional a mudança de interpretação do art. 8º do ADCT (critérios de promoções por anistia política), o STF chegou a equiparar a mutação constitucional a uma espécie de interpretação judicial evolutiva: “Entendo que talvez um dos temas mais ricos da teoria

¹⁰⁷⁹ Voto do Min. Ellen Gracie na ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁸⁰ Ementa do HC 86.009 QO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 29/08/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: 27/04/2007.

¹⁰⁸¹ Voto do Ministro Carlos Britto no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 450.504, j. em 21/11/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma. Grifo no original.

do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional.”¹⁰⁸² Confirmando essa vinculação entre interpretação judicial e mutação constitucional, o Ministro-Relator citou obras doutrinárias sobre interpretação (Karl Larenz, Inocêncio Mártires Coelho e Peter Häberle) para fundamentar sua proposta de mutação constitucional.

Sustentando a mutação constitucional que restabeleceu na ordem constitucional de 1988 o princípio da fidelidade partidária, o Ministro-Relator do MS nº 26.603/DF observou que “**não se** pode ignorar, **muito menos** desconsiderar, **o papel eminente** que a ordem jurídica **atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **em tema** de interpretação da Constituição da República.”¹⁰⁸³ E, lembrando Rui Barbosa,¹⁰⁸⁴ retomou a ideia do monopólio da última palavra em interpretação constitucional, transcrevendo trecho do discurso de Rui: “**O Supremo Tribunal Federal, Senhores, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar** o direito de errar **por último**, de decidir **por último**, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade.”¹⁰⁸⁵ Sob esse aspecto, o Ministro-Relator atribui à falibilidade humana a legitimidade do STF em instrumentalizar mutações constitucionais, mediante a interpretação que dá à Constituição. Isto é, ainda que não tenha havido, efetivamente, uma mutação constitucional, o reconhecimento de uma pelo STF precisa ser considerado presumidamente como uma verdadeira mutação constitucional, porque a alguém deve caber a competência para reconhecê-la – e, no caso brasileiro, a guarda da Constituição é tarefa precípua do STF, confirmando a sua interpretação judicial como poderoso instrumento de mutações constitucionais.

E nesse mesmo julgamento, o Min. Menezes Direito conferiu tamanha força à competência do STF de interpretar a Constituição que disse que “a Suprema Corte quando interpreta a Constituição não fica subordinada ao argumento constitucional escrito, sob pena de ofuscar a perspectiva contemporânea do sistema de valores e

¹⁰⁸² Voto do Ministro-Relator nos RE nº 166.791 EDv/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.09.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁸³ Voto do Ministro-Relator no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

¹⁰⁸⁴ No voto, o Ministro-Relator atribui a citação a Rui Barbosa dizendo tratar-se de trecho de discurso parlamentar proferido como Senador da República, em 29 de dezembro 1914, quando ironicamente hoje tanto o Senado como STF estariam em recesso, respondendo ao Senador gaúcho Pinheiro Machado.

¹⁰⁸⁵ Voto do Ministro-Relator no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

princípios que estão subjacentes na unidade representada pelo texto constitucional”,¹⁰⁸⁶ referindo-se, logo em seguida, à força dos costumes, lembrando Jellinek para dizer que “até poderia ter conteúdo de força normativa”, explicitando outro dos possíveis instrumentos das mutações constitucionais sugeridos neste trabalho. Sob esse aspecto, não ficando subordinada ao texto, à Suprema Corte é dado, mediante interpretação, extrair do sistema constitucional novos preceitos, de modo a não ofuscar a perspectiva atual do que se entende acerca desse sistema. Nitidamente se está falando de mutação constitucional.¹⁰⁸⁷

Em seu voto proferido no MS nº 26.603/DF, o Min. Lewandowski observou que a simples modificação da composição de tribunal pode ensejar a mudança da interpretação (ou pelo menos do entendimento prevalente na Corte), possibilitando a ocorrência de mutações constitucionais. Segundo ele, a mudança da interpretação do STF sobre o princípio da fidelidade partidária é exemplo, pois “não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do TSE sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição.”¹⁰⁸⁸ E tanto destaca tratar-se esse caso de mutação constitucional de uma mudança de orientação hermenêutica que refere, mais adiante, que a “perda do mandato por infidelidade partidária decorreria implicitamente do texto constitucional, vigente desde 5 de outubro de 1988.”¹⁰⁸⁹

Um complexo trecho do voto do Min. Carlos Britto, em que ele inteligentemente traça discretos delineamentos para o reconhecimento da importância dos partidos políticos no sistema eleitoral do país, justifica, ao mesmo tempo, a mutação constitucional que o Supremo Tribunal Federal, através de sua interpretação da Constituição, estava prestes a promover. Esse trecho tem embasamento teórico em dois pontos referidos neste trabalho. O primeiro deles é o da formação da Nação como ente distinto do Povo, na concepção rousseaniana de soberania popular (ou talvez “soberania

¹⁰⁸⁶ Voto do Min. Menezes Direito no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁸⁷ Este argumento do Min. Menezes Direito – e, aliás, tantos outros elencados neste capítulo – poderia ter sido incluído em qualquer dos tópicos deste capítulo em que se está tratando dos elementos da Teoria da Mutação Constitucional. Ele tanto fala na interpreta o judicial, como fala da necessidade de preserva o do equilíbrio das fun es estática e dinâmica, do sistema como limite das muta es constitucionais e da mudança da realidade histórica como pressuposto das muta es constitucionais.

¹⁰⁸⁸ Voto do Min. Ricardo Lewandowski no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁸⁹ Voto do Min. Ricardo Lewandowski no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

nacional”), iluminada pela ideologia de Emmanuel Seyès.¹⁰⁹⁰ O segundo é uma das teorias-base de Bruce Ackerman, da democracia dualista, uma firmando os compromissos constitucionais e outra os compromissos infraconstitucionais.¹⁰⁹¹ O trecho também denota, na parte final, um senso de responsabilidade e compromisso com o Direito, quando distingue a missão do Supremo do papel exclusivamente político dos representantes eleitos. Eis o trecho:

Senhora Presidente, com base nesses pressupostos, farei a leitura abreviada de meu voto, mas não sem antes dizer que uma distinção essencial entre nação e povo nos possibilita concluir que, se o Direito pós-constituição é originário dos representantes do povo – o qual confere legitimidade aos parlamentares a cada quatro anos e também às chefias do Poder Executivo –, se o povo confere essa legitimidade e se põe como instância produtora do Direito na democracia representativa, a Nação é a única produtora da Constituição originária, somente ela produz a Constituição. E a Nação é uma realidade atemporal, pois é mais que o povo. Este é uma realidade do aqui e do agora, presente, visível, próximo, ou um pouco mais distante, no entanto, é sempre passível de quantificação, de estatística. A Nação é uma linha imaginária que costura a unidade do povo de ontem, do povo de hoje e do de amanhã.

Apenas a Nação detém o poder constituinte, redundantemente dito originário – se é constituinte só pode ser originário. Só há um poder constituinte: o titularizado pela Nação. Esta produz a Constituição por efeito de um processo eletivo. A primeira legitimidade democrática é a que a Assembléia Nacional Constituinte exprime, quando eleita, para produzir a Constituição. Tudo o mais já é uma legitimidade pós-Constituição.

A legitimidade dos representantes do povo – dos parlamentares e das chefias executivas – é quadrienal, temporária, advinda de cada processo eleitoral renovado. É uma legitimidade popular.

A legitimidade do Judiciário – e, mais de perto, a do Supremo Tribunal – deflui da Constituição. O guardião da Constituição é também legítimo, porque defende uma vontade normativa nacional, depositada no Texto Magno, que é permanente e transgeracional desde o nascedouro.

São duas democracias, duas legitimidades. A nossa não é eletiva. Não fomos eleitos, mas somos os supremos guardiões da Constituição. Dessa guarda maior retiramos a nossa legitimidade.

Desse modo, interpretar e aplicar a Constituição, inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços da legítima atuação dos Poderes, não é usurpação, é isso que nos cabe fazer. E nessa medida, conforme Lourival Vilanova, cumprimos uma função política, porém com necessária fundamentação técnica ou jurídica.¹⁰⁹²

¹⁰⁹⁰ Cf. capítulo 4.1, acima.

¹⁰⁹¹ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 04-10. Cf. nota de rodapé nº 459, acima.

¹⁰⁹² Voto do Min. Carlos Ayres Britto no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Outros elementos já trabalhados nesta investigação sobre a interpretação judicial como instrumento das mutações constitucionais também foram utilizados na fundamentação do voto do Min. Gilmar Mendes no julgamento do MS nº 26.603/DF. Discorrendo expressa e especificamente sobre mutação constitucional, o Ministro trata do papel da Suprema Corte norte-americana no desenvolvimento da Constituição estadunidense, citando casos de ocorrência de mutações constitucionais aqui referidos, tais como *Plessy*, *Brown* e *Linkletter*.

O Min. Marco Aurélio divergiu da orientação majoritária por entender que “onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, muito menos para estabelecer enfoque distanciado da Constituição Federal.”¹⁰⁹³ Ironizando sobre a transformação da Constituição que o Supremo estava reconhecendo, e revelando dificuldade em aceitar a categoria da mutação constitucional pela via da interpretação judicial, disse, sendo ele próprio, na época, integrante do Tribunal Superior Eleitoral:

Senti-me, como devem [sic] ter acontecido com os demais integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, lisonjeado, no que se potencializou simples resposta a consulta formalizada, a ponto de, praticamente, proclamar-se que a Constituição, tal como elaborada em 1988, não vigorou; que essa mesma Constituição somente passou a vigor – então devo admitir que, levando em conta o precedente do Supremo de 1989, houve rebeldia, por parte do Tribunal Superior Eleitoral na resposta à consulta – a partir da resposta elaborada. O Supremo pode atuar como legislador negativo, mas não pode atuar como legislador positivo, e o estará fazendo, inspirado, é certo, na resposta do Tribunal Superior Eleitoral, ao fixar como termo inicial da eficácia, da concretude, da Constituição Federal e das demais normas regedoras da espécie a data dessa resposta.¹⁰⁹⁴

E mais adiante, reconhecendo-se vencido, afirma, quase assustada ou melancolicamente, lembrando a famosa citação do *Justice* Charles Hughes, a qual

¹⁰⁹³ Voto do Min. Marco Aurélio no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁹⁴ Voto do Min. Marco Aurélio no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Um esclarecimento se faz necessário, para compreender-se a parte final da indignação do Min. Marco Aurélio. Por razões de segurança jurídica, o STF definiu como termo inicial da vigência dessa mutação constitucional a data de publicação da Resolução nº 22.526 do TSE, que respondeu afirmativamente à consulta formulada pelo antigo PFL sobre o direito dos partidos sobre os mandatos dos parlamentares desertores. Isto é: ficou assentado que a fidelidade partidária passou a ser um princípio da Constituição de 1988 a partir dessa data.

confirma categoricamente a força da interpretação judicial como instrumento de mutações constitucionais, que “confirma-se hoje que a Constituição Federal é o que o Supremo diz que ela é.”¹⁰⁹⁵

No caso em que o STF emprestou novo significado ao princípio da presunção da inocência, estampado no art. 5º, LVII, da Constituição da República, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que a Corte estava fazendo uma grande mudança na sua orientação e, conseqüentemente, na concretização da Constituição Federal. Ele disse que

não se pode negar, porém que se está aqui, como apontado, diante de uma proposta de revisão de jurisprudência amplamente consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, que pela importância e aplicação, vinha sendo reafirmada e aplicada cotidianamente no âmbito desta e de outras Cortes do País.¹⁰⁹⁶

E concluiu destacando a importância da interpretação judicial e da doutrinária, falando sobre “a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial – uma autêntica mutação constitucional”.¹⁰⁹⁷

O Ministro-Relator originário da ADPF nº 46, votando pela ocorrência de mutação constitucional quanto ao “monopólio” da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, reforçou a legitimidade do Supremo Tribunal Federal em reconhecer mutações constitucionais mediante interpretação judicial, afirmando que

a atuação da Corte não pode ser mecânica e repetitiva das interpretações que até puderam ter feito sentido em um remoto passado, mas que não mais se coadunam com a realidade. [...] Cabe ao intérprete, no caso, proceder a uma interpretação evolutiva, reconhecendo que essas “mutações constitucionais silenciosas” funcionam, na verdade, como atos legítimos de interpretação constitucional.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁵ Voto do Min. Marco Aurélio no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁹⁶ Voto do Min. Gilmar Mendes no RHC nº 93172/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 12/02/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁹⁷ Voto do Min. Gilmar Mendes no RHC nº 93172/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 12/02/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁰⁹⁸ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Já o Min. Joaquim Barbosa, nesse mesmo julgamento, ressaltou a limitação da interpretação judicial no desenvolvimento da Constituição, em homenagem à separação dos poderes. O Ministro entende

que a possibilidade de quebra do regime de privilégio em relação ao serviço específico de entrega de correspondência comercial (no qual inclui as cobranças de débitos) deve ser tratada pelo legislador ordinário, a quem cabe estabelecer as hipóteses de prestação desse serviço pela iniciativa privada, mediante contratos de concessão e permissão. Não cabe a esta Corte substituir o papel do legislador e fixar os critérios e formas para a prestação desse serviço público.¹⁰⁹⁹

Se se entender que a atuação do legislador infraconstitucional concretiza, de alguma maneira, a Constituição, admitindo-se a interpretação legislativa como instrumento de mutação constitucional, parece que o Min. Gilmar Mendes, nesse mesmo julgamento, assim como o Min. Joaquim Barbosa no trecho acima citado, deixa a porta aberta para que o legislador transforme o modo como a Constituição estabelece a prestação do serviço postal. Segundo ele,

[q]uando a Constituição dispõe, em seu art. 21, inciso X, que cabe à União **manter** o serviço postal e, em seu art. 22, V, prescreve que compete à União **legislar** sobre o tema, ela impõe o dever constitucional (*Verfassungsauftrag*) de **proteger o núcleo essencial dessa atividade, num contexto de complexa mutação das circunstâncias fáticas. Cabe à União, portanto, tendo em vista o contexto econômico, social e tecnológico, avaliar o modelo de prestação do serviço postal em determinado cenário, com vista a preservar a universalidade e eficiência desse serviço público.** [...] Necessário que o legislador esteja atento para a implementação de modelos de prestação da atividade postal condizentes com a realidade social e tecnológica vigente, sem prejuízo do dever estatal de manter o serviço público postal (art. 21, inciso X, da CF), como, aliás, destaquei no início de meu voto.¹¹⁰⁰

No julgamento da Rcl nº 4335-5/AC, o Ministro-Relator propôs mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República. Em seu voto, a primeira observação que chama a atenção leva à conclusão de que sua proposta é a de que o STF

¹⁰⁹⁹ Voto do Min. Joaquim Barbosa na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹¹⁰⁰ Voto do Min. Gilmar Mendes na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

exerça efetivamente o papel de Poder Constituinte. É que, para ele, “a *suspensão da execução* pelo Senado Federal do ato declarado *inconstitucional* pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo *constituente* para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade.”¹¹⁰¹ Logo, para que a decisão definitiva sobre inconstitucionalidade proferida pela Excelsa Corte produza eficácia *erga omnes* por outro modo, é necessária uma nova atuação do constituinte que, no caso, considerando-se a proposta de mutação constitucional do art. 52, X, mediante interpretação judicial do STF, seria o próprio STF.

No mesmo julgamento, o Min. Eros Grau acompanha o Relator, dizendo que em casos de mutação constitucional, tal como o que estava julgando, não se faz interpretação. Faz-se mais do que isso. Diz o Min. Eros Grau que, ao propor a mutação constitucional do art. 52, X, o Ministro-Relator “não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição.”¹¹⁰²

Em se tratando de mutação constitucional, continua o Min. Eros Grau, “nem mesmo poderemos indagar de eventual subversão, ou não subversão, do texto. O que o eminente Relator afirma é mutação, não apenas uma certa interpretação do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição.”¹¹⁰³ E depois assenta: “Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação.”

Detecta-se, assim, um importante diferencial no raciocínio do Ministro Eros. Para ele, a mutação constitucional é instituto distinto e à parte da interpretação constitucional. Na verdade, a mutação seria como um “estágio avançado” da interpretação, em que o operador do direito não apenas interpreta o texto para criar a norma, mas também cria o texto (ou o enunciado normativo) do qual extrai a norma. Sob esse aspecto, à toda evidência, para o Min. Eros Grau o texto da norma

¹¹⁰¹ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Além do voto, o trecho citado pode ser encontrado em MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 149, grifos no original.

¹¹⁰² Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁰³ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

constitucional não servirá como limite das mutações constitucionais, conforme se demonstrará oportunamente, ao retomar-se, a seguir, o assunto.

A proposta do Min. Eros é de que enquanto na interpretação o intérprete vai do texto à norma, na mutação vai-se do texto a outro texto. Sob esse aspecto, pode-se dizer que esse “ir além” da “mera” interpretação pode explicar a controvérsia da proposta. Isto é, a crítica que ela tem recebido talvez se justifique se se considerar que ela ultrapassa os limites do instrumento de mutações constitucionais proposto nesta pesquisa.

Aliás, a atuação do Supremo Tribunal Federal como intérprete da Constituição possui uma característica tão especial no entendimento do Min. Eros Grau, que ele não se importa com a crítica doutrinária que antevê contra o seu posicionamento, afirmando que argumentos como a necessidade de vinculação ao texto, a convivência dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade e os efeitos das decisões que deles emanam, os efeitos do ato do Senado que suspende a execução da lei, nenhum desses argumentos deveria impedir o reconhecimento da mutação constitucional que ele propõe. Segundo entende, o Supremo Tribunal Federal possui o poder e a responsabilidade

não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, ao compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.¹¹⁰⁴

A partir desse trecho verifica-se que, na concepção do Min. Eros Grau, a atuação do STF é absolutamente legitimada para promover mutações constitucionais, confirmando o que aqui se propôs como a interpretação judicial como instrumento das mutações constitucionais, nada obstante entenda-se que, no caso da Rcl nº 4335-5/AC, a mutação constitucional proposta é ilegítima, justamente por ultrapassar os limites da “mera interpretação” e demonstra a ‘infidelidade’ da proposta ao compromisso que

¹¹⁰⁴ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

nutre a legitimidade do STF – para usar a terminologia utilizada pelo Min. Eros Grau – de guardar a Constituição.

E confirmando essa superlegitimação, o Min. Eros Grau afirma que quando o STF declara a inconstitucionalidade de um ato normativo, “seus braços alcançam o céu”,¹¹⁰⁵ referindo-se à opinião de que o Congresso não poderia legislar para conferir interpretação diversa da definida pelo STF no julgamento do HC 82.959, cuja autoridade busca ser resguardada através da Rcl nº 4335-5. E por isso, não haveria motivo para que a decisão daquele *habeas corpus* não produzisse, imediatamente, efeitos gerais e vinculantes, independentemente da intervenção do Senado.

Embasado em Karl Loewenstein, afirma que tanto o Judiciário quanto o Legislativo têm competência para, a seu modo, interpretar a Constituição (o que confirma a proposta deste trabalho de que a interpretação legislativa e a judicial podem ser instrumentos de mutações constitucionais). Contudo, quando a Suprema Corte declara inconstitucional uma norma, o Legislativo não poderia discordar dessa interpretação, tentando impor a sua própria interpretação. Nesse caso, diz ele, “o jogo termina com o último lance do Tribunal; nossos braços alcançam o céu.”¹¹⁰⁶

Tampouco aqui se concorda com a proposta do Min. Eros Grau. Entretanto, o argumento demonstra como, na sua perspectiva, a interpretação judicial do STF estaria mais do que legitimada a instrumentalizar mutações constitucionais.

No entanto, o Min. Sepúlveda Pertence discorda da posição do Min. Eros Grau. No mesmo julgamento, em voto ainda não publicado, o Min. Pertence alerta que a proposta do Ministro-Relator, de mutação do art. 52, X, da Constituição de 1988, seria uma “mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações de golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.”¹¹⁰⁷

A terminologia escolhida pelo Min. Sepúlveda Pertence para rechaçar a proposta de mutação do Ministro-Relator deixa clara a sua preocupação com a legitimidade democrática das mutações constitucionais, confirmando que a soberania popular deve

¹¹⁰⁵ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁰⁶ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁰⁷ Voto do Min. Sepúlveda Pertence na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo I.

sempre servir como lastro – e não apenas como instrumento – de tais mutações, ainda que funcionando indiretamente, em mutações operadas mediante outros instrumentos. Mais adiante, em seu voto, ele retoma essa terminologia para dizer que se trata de proposta de “decreto de mutação constitucional”.

Entendendo que a proposta de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988, extrapola os limites da possibilidade de interpretação judicial – na verdade, restringindo este meio como instrumento de mutações constitucionais –, e reconhecendo a possibilidade de o desuso de uma norma constitucional promover a sua mutação, assinalando outro dos possíveis instrumentos das mutações constitucionais aqui analisados, o Min. Joaquim Barbosa afirma:

Mas o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação (*Direito Constitucional*, p. 1102). Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva ‘*désuetude*’ do dispositivo.¹¹⁰⁸

Assumindo postura bastante mais cautelosa, entendendo desaconselhável esse protagonismo do STF no reconhecimento de mutações constitucionais, através de interpretação judicial, o Min. Joaquim Barbosa entende que a proposta de mutação formulada na Rcl nº 4335-5/AC

vai na contramão das conhecidas regras de **self restraint** que Alexander Bickel, em sua monumental obra “**The Least Dangerous Branch**”, qualificou de “**Virtudes passivas**” da justiça constitucional. Bickel preconizava que no exercício da jurisdição constitucional só restam ao Poder Judiciário 3 alternativas, isto é: a) anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional; c) não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão

¹¹⁰⁸ Voto do Min. Joaquim Barbosa na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo II.

constitucional. Essa regra de **sagesse politique**, de sabedoria política, parece-me plenamente aplicável ao caso ora em exame.¹¹⁰⁹

6.2.4 Limites das mutações constitucionais

Os limites que este trabalho aponta para a ocorrência de mutações constitucionais (que são: os limites semânticos do texto que veicula a norma constitucional; o sistema constitucional positivo; e os limites comuns às mudanças formais) também podem, em alguma medida, ser detectados nos argumentos utilizados pelos ministros em seus votos proferidos nos casos pesquisados.

Como dito acima, o Ministro-Relator da ADI nº 3.345 valeu-se da doutrina de Francisco Campos,¹¹¹⁰ para afirmar que

*[o] poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.*¹¹¹¹

De certa maneira, essa postura levada ao pé da letra indicaria que, se o STF atua como verdadeiro Poder Constituinte, então ele é ilimitado e irrestrito. Isto é, os limites que esta pesquisa acredita ter encontrado para as mutações constitucionais não se aplicariam. Na pior das hipóteses, sendo o STF equiparado ao Poder Constituinte em sentido estrito, ao menos os limites comuns estabelecidos ao Poder Reformador não se lhe aplicariam.

Ao questionar essa prerrogativa do STF, o Min. Marco Aurélio observa, em seu voto, que “até mesmo o povo, na dicção de Fábio Konder Comparato, submete-se à Constituição Federal”,¹¹¹² dando a entender que não compete ao Supremo estabelecer normas constitucionais novas pela via interpretativa, em uma postura mais minimalista e neutra.

¹¹⁰⁹ Voto do Min. Joaquim Barbosa na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo II. Grifos no original.

¹¹¹⁰ CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. 2., São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 403.

¹¹¹¹ Voto do Ministro-Relator na ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

¹¹¹² Voto do Min. Marco Aurélio na ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

O Min. Sepúlveda Pertence exerceu um papel peculiar nessa questão. No caso Mira Estrela, ele tinha ficado vencido. Entretanto, era, na ocasião, o Presidente do TSE. E foi por iniciativa dele que se editou a Resolução que fixou o número de vereadores nas Câmaras Municipais. Essa postura, além de demonstrar zelo profissional e um salutar senso de responsabilidade, demonstra verdadeiro compromisso com o arranjo institucional estabelecido pela Constituição de 1988 e com a força normativa da Constituição, por submeter o seu posicionamento pessoal à posição prevalente no STF, livrando-se de qualquer vaidade ou sentimentos menores em face da importância da Unidade do Direito na formulação do processo eleitoral.

Pois bem. Justamente o Min. Sepúlveda Pertence, que tanto reconheceu a importância da atuação do STF na formulação da ordem constitucional, submetendo-se à decisão do STF e tomando uma atitude comissiva, de modo a concretizá-la, demonstra temor em adotar essa posição mais “progressista”¹¹¹³ e relembra que o Supremo não é infalível. Diante da “elegante expressão do Ministro Celso de Mello”, segundo a qual o STF detém o monopólio da última palavra, prefere enfatizar “que esse monopólio da última palavra corresponde a uma triste responsabilidade, se for o caso, de errar por último.”¹¹¹⁴

Essa salutar preocupação do Min. Pertence traz consigo a razão de que ele pretendia não se comprometer “com toda a afirmação dogmática do ‘*transcendentalismo*’ das decisões constitucionais do Supremo Tribunal”,¹¹¹⁵ e observa, com perspicácia e ar de temor pela democracia, “que essa famosa oração de Francisco Campos – a dizer que a cada dia a Constituinte funcionava no Supremo Tribunal – é de um discurso seu na abertura dos trabalhos do Supremo Tribunal após o golpe de 1937.”¹¹¹⁶

De acordo com essas observações, muito embora a posição majoritária do Tribunal seja no sentido de que o STF detenha absoluta legitimidade para formular (e reformular) a Constituição (logo, para promover mutações constitucionais), verifica-se

¹¹¹³ Nos debates da ADI nº 3.345/DF, o Min. Marco Aurélio, observando a postura mais conservadora do Min. Sepúlveda, e dirigindo-se a ele, afirma que “Vossa Excelência não é tão progressista assim”, ao que o Min. Sepúlveda respondeu “Não sou tão progressista quanto Chico Campos.”

¹¹¹⁴ Voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹¹¹⁵ Voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifo no original.

¹¹¹⁶ Voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

que essa posição é, em alguma medida, periclitante, havendo posições mais conservadoras dentro do Tribunal, a demonstrar um benéfico equilíbrio na sua posição quanto à sua “atuação como Poder Constituinte”, talvez confirmando a hipótese desta investigação de que as mutações constitucionais possuem limites.

Isso se confirma em um trecho de voto do Min. Celso de Mello, que implicitamente opõe-se à força normativa do fático desenfreada:

A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste - enquanto for respeitada - constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.¹¹¹⁷

Ao decidir que a competência para processar e julgar as ações relacionadas a acidentes do trabalho não era mais da Justiça comum, mas sim da Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal considerou que essa mutação constitucional promoveria a harmonia do sistema constitucional quanto à regulamentação dos direitos trabalhistas. Entendeu-se, na ocasião, que a interpretação dada anteriormente, de que se tratava de competência da Justiça estadual, descuidou dos traços de direito tipicamente trabalhista que delineavam os contornos do acidente de trabalho. Por isso, com a mutação constitucional que deslocou essa competência para a Justiça do Trabalho o sistema constitucional ganhou em coerência axiológica, confirmando que esse sistema não pode ser abalado com a ocorrência de mutações constitucionais. Ao contrário, ele deverá ser melhorado, rearmonizado. Naquela oportunidade, disse o Min. Cezar Peluso:

Isso, sem cogitar da necessidade de coerência axiológica que impunha a vigente Constituição da República, ao conceber a indenização acidentária, como direito típico da condição jurídica do empregado e,

¹¹¹⁷ Voto do Min. Rel. Celso de Mello, proferida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293/DF, julgada em 06.06.1990. Coincidentemente, ou não, essa frase foi justamente proferida em decisão em que o STF refreou conduta que se encaminhava para se tornar um costume constitucional que afrontava diretamente “a letra e o espírito” da Constituição (para usar a expressão dos clássicos), isto é, impediu que se produzisse uma mutação constitucional *inconstitucional*, qual seja, a da possibilidade de reedições infinitas de medidas provisórias.

portanto, como irradicação da relação de trabalho, como se vê ao art. 7º, inc. XXVIII, da mesma Constituição.¹¹¹⁸

Ademais, os ministros entenderam que a mutação constitucional melhora a relação normativa entre o disposto no art. 109, I e art. 114, ambos da Constituição da República, cooperando, também sob esse aspecto, para a harmonia do sistema constitucional:

Essa interpretação acomoda ambas as cláusulas constitucionais [– as dos artigos 109 e 114 –], reverencia a especialização e a funcionalidade da Justiça do Trabalho, alivia a Justiça estadual e sustenta-se na necessária *unidade de convicção*, sem esvaziar o disposto no inc. VI, onde apenas se divisa a positivação, mediante relevo destinado a superar todas as dúvidas, da jurisprudência desta Corte.¹¹¹⁹

No julgamento do MS nº 26.603/DF, em que o STF reconheceu a existência do princípio da fidelidade partidária na Constituição de 1988, o Ministro-Relator observou que a resposta à Consulta nº 1.398/DF pelo TSE foi dada “**apoiando-se em fundamentos** que guardam **plena** compatibilidade com os princípios e o sistema **consagrados** pela Constituição da República”,¹¹²⁰ dando a entender que esse argumento corrobora a concretização da norma da fidelidade partidária mesmo sem suporte textual.

É como se o Ministro-Relator justificasse a ocorrência de mutação constitucional no fato de que a norma por ele encontrada, que modificou a Constituição sem mudança formal do seu texto, é acolhida pelo sistema constitucional. Visto sob perspectiva inversa, é como se ele dissesse que se essa norma contrariasse o sistema, então talvez não se pudesse concluir pela ocorrência da mutação constitucional. E nesse sentido diz-se que o STF reconheceu o sistema constitucional como um limite (ou pelo menos como um legitimador) das mutações constitucionais.

Em outro trecho desse mesmo voto, o Ministro-Relator passa a responder à crítica de que, ao reconhecer o acerto da resposta dada pelo TSE na Consulta nº

¹¹¹⁸ Voto do Ministro Cezar Peluso, no Conflito de Competência nº 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 29/06/2005 pelo Tribunal Pleno.

¹¹¹⁹ Voto do Ministro Cezar Peluso, no Conflito de Competência nº 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 29/06/2005 pelo Tribunal Pleno. Grifos no original.

¹¹²⁰ Voto do Ministro-Relator no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

1.398/DF, o Supremo Tribunal Federal estaria usurpando atribuições do Congresso Nacional. Afirmou caber ao STF a guarda institucional da Constituição, o que faz mediante a sua interpretação de modo a extrair a máxima eficácia possível, mas sempre “**em atenção e respeito** aos grandes princípios estruturantes **que informam**, como verdadeiros vetores interpretativos, **o sistema** de nossa Lei Fundamental”,¹¹²¹ como quem dissesse que a mutação constitucional reconhecida no MS nº 26.603/DF se legitimasse ao encontrar amparo nesse sistema e, conseqüentemente, respeitando-o como limite.

Praticamente todos os ministros entenderam que o princípio da fidelidade encontra amparo no sistema constitucional por força da sua relação com o sistema eleitoral de representação proporcional, segundo o qual a eleição parlamentar se dá mediante apuração do quociente eleitoral e do quociente partidário, fazendo com que as cadeiras das casas legislativas sejam preenchidas de maneira proporcional aos votos que cada legenda (e não cada candidato) recebeu.

No voto do Min. Menezes Direito proferido nesse mesmo julgamento há outro argumento que indica que se o sistema constitucional não confortasse o princípio da fidelidade partidária, então talvez a interpretação que o revigorasse usurparia atividade legislativa. Segundo ele,

não se está criando norma artificial nem se está ingressando em seara reservada ao poder de legislar. O que se está fazendo é dar uma interpretação coerente com o que se contém na Constituição para preservar-lhe os princípios estatuídos e assegurar a plenitude do exercício da soberania popular por meio da representação política.¹¹²²

Nesse julgamento, o voto do Min. Joaquim Barbosa é no sentido de não haver a mutação constitucional proposta, por não ter o Ministro conseguido encontrar na Constituição de 1988 o princípio da fidelidade partidária. Ele afirmou:

Não me parece adequado resolver a questão posta nos autos à luz de princípios supostamente implícitos na nossa Constituição. A

¹¹²¹ Voto do Ministro-Relator no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

¹¹²² Voto do Ministro Menezes Direito no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

razão para isso é muito simples. É que a meu ver, o constituinte de 1988 disciplinou conscientemente a matéria, e fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, que previa a perda do mandato nesses casos.¹¹²³

Ou seja, o Min. Joaquim Barbosa entendeu que a consciente retirada do princípio da fidelidade partidária do texto constitucional veda que se reconheça o estabelecimento implícito de tal princípio na Constituição. É como se o constituinte houvesse estabelecido texto expresso dizendo que tal princípio *não* encontrava abrigo na Constituição da República e, por isso, extraí-lo dela é como se contrariasse a texto expresso.

Curiosamente, em sentido diametralmente oposto, buscando fundamentar a presença implícita do princípio da fidelidade partidária na falta de texto que o vedasse, o Min. Carlos Britto afirmou:

Verdade – não se nega – que o nosso Magno Texto Federal se fez silente quanto essa modalidade de renúncia tácita [renúncia do mandato pelo abandono do partido político]. Não menos verdadeiro, porém, que ele também silenciou quanto a qualquer tipo de vacância que não a resultante da infringência a determinadas proibições, ou do cometimento de certos ilícitos, de pronto listados (art. 55). Somente falou de renúncia a cargo parlamentar em uma única oportunidade (§ 4º do art. 55), mas justamente para impedir a consumação de seus efeitos, quando já em curso processo tendente à perda do mandato do renunciante. A sinalizar que o problema não se resolve com a invocação do puro silêncio normativo da matéria, **porém com a falta de inclusão do tema nas hipóteses em que ela, Constituição, ressalvou situações de manutenção do mandato.** Refiro-me ao art. 56, percebe-se, **que não incluiu a desfiliação partidária do parlamentar eleito como causa de excepcional continuidade no exercício de representação político-eletiva.**¹¹²⁴

Com isso o Min. Carlos Britto busca demonstrar que se, por um lado, a Constituição não estabeleceu expressamente a perda do mandato pela desfiliação partidária, tampouco estabeleceu expressamente a manutenção do mandato nessa situação. A preocupação do Ministro está a indicar que o texto da Constituição poderia representar obstáculo ao reconhecimento dessa mutação constitucional, e justificando a

¹¹²³ Voto do Min. Joaquim Barbosa no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹¹²⁴ Voto do Min. Carlos Britto no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

ocorrência da mutação exatamente no fato de não haver texto que a limite, confirmando o que aqui se disse a respeito do texto como um dos limites impostos às mutações constitucionais.

E indicando preocupação em respeitar os limites do texto e do sistema constitucionais para ocorrência da mutação constitucional do princípio da fidelidade partidária, o Min. Cezar Peluso afirma que

por força de *imposição sistêmica* do mecanismo constitucional da representação proporcional, *as vagas obtidas por intermédio do quociente partidário pertencem ao partido*. Daí, aliás, a irrelevância absoluta da circunstância de já não constar, do ordenamento vigente, nenhum texto expresso a respeito.¹¹²⁵

O Min. Eros Grau demonstra grande reverência ao texto da Constituição ao votar pela impossibilidade de se reconhecer o princípio da fidelidade partidária no âmbito da Constituição de 1988. Redator de um dos votos vencidos, ele desassombradamente afirmou que “gostaria de dizer, enquanto cidadão, que a fidelidade partidária é conveniente etc.”, não o dizendo porque entendeu que “essa não é nossa função aqui”. E continuou, denotando postura, desta vez, minimalista na interpretação que adotou:

Estou inteiramente convicto de que, infelizmente – digo-o agora como cidadão –, o instituto da fidelidade partidária não foi contemplado a este ponto. E eu devo cumprir a Constituição. Meu compromisso é com a Constituição. Não posso ir além do que ela me autoriza a ir, porque só tenho legitimidade para me manter dentro dos seus limites, interpretando-a nos limites do texto.¹¹²⁶

O problema da relação entre texto e norma constitucionais também foi abordado, nesse julgamento, pelo Min. Gilmar Mendes: “a inexistência de dispositivo normativo expresso – ou, explicando melhor, a ausência de texto – pode ser razão única para a

¹¹²⁵ Voto do Min. Cezar Peluso no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

¹¹²⁶ Voto do Min. Eros Grau no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

conclusão, muitas vezes apodítica, sobre a inexistência de determinada norma no ordenamento jurídico?”¹¹²⁷

Ressaltou, em seguida, que na ocasião em que se formou o precedente sobre a inexistência do princípio da fidelidade partidária na Constituição de 1988, quatro ministros, vencidos, não se limitaram à expressão textual da Constituição, buscando, em interpretação sistemática, encontrar fundamento para tal princípio.

Ele retoma esse fundamento sistemático, mais adiante, para dizer que a resposta à pergunta se existe um direito dos partidos políticos às vagas por eles conquistadas segundo as regras do sistema proporcional “deve ser afirmativa. Trata-se de um direito não expressamente consignado no texto constitucional, mas decorrente do regime de democracia representativa e partidária adotado pela Constituição.”¹¹²⁸ Com isso o Ministro demonstra a sua preocupação em que a mutação constitucional proposta encontre harmonia no sistema constitucional posto, que ela se coadune com as demais normas textualmente estabelecidas ou, mais do que isso, que ela seja diretamente extraída do próprio sistema constitucional positivo.

Na ADPF nº 46, em que se discutiu o monopólio da prestação do serviço postal pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o Ministro-Relator originário não apenas entendeu que essa forma de prestação do serviço havia sofrido uma mutação constitucional por força das transformações históricas que envolveram o tema, como também se preocupou em demonstrar que essa proposta de mutação constitucional não ofenderia ao sistema constitucional posto, ao contrário, harmonizar-se-ia com ele.

O Ministro questiona “o que significa, no contexto social do momento, o verbo ‘manter’, inserido no inciso X do artigo 21?”¹¹²⁹ analisando esse verbo em cotejo com os verbos de outros incisos desse artigo os quais definem o modo como a União exercerá sua competência relativamente à prestação de outros serviços, a saber, “explorar diretamente ou mediante concessão”.

¹¹²⁷ Voto do Min. Gilmar Mendes no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹¹²⁸ Voto do Min. Gilmar Mendes no MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹¹²⁹ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Ainda observa que “a Constituição Federal é exaustiva, também, no tocante à instituição do monopólio da atividade econômica – artigos 21, inciso XXIII, e 177 da Carta.”¹¹³⁰

A seguir, afirma que

somente o intérprete mais criativo poderia concluir que o verbo ‘manter’, a compelir a União a assumir os ônus relativos aos serviços postais, significa na verdade ‘prestação direta ou mediante delegação a empresa pública, em regime de reserva de mercado’. A prevalecer esse entendimento, é dado imaginar uma interpretação extensiva, no sentido de dizer que, onde na Constituição se lê ‘manter’, leia-se ‘monopólio’, o que é absolutamente risível.¹¹³¹

Esses argumentos demonstram a preocupação do Ministro em inserir sua proposta de mutação constitucional no sistema da Constituição de 1988, isto é, demonstrar que sua proposta não desarmoniza o conjunto, não destoa, sugerindo que as mutações constitucionais precisam obedecer esse limite.

Utilizando o mesmo argumento, segundo o qual as mutações constitucionais precisam observar harmonia e coerência com o sistema constitucional positivo, mas para chegar à conclusão oposta, de que o serviço postal não pode ser considerado atividade econômica em sentido estrito, o Ministro-Relator para o acórdão da ADPF nº 46 observou que “para que empresa privada pudesse ser admitida à prestação do serviço postal, que é serviço público, seria necessário que a Constituição dissesse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal como o fazem os artigos 199 e 209 em relação à saúde e à educação.”¹¹³² Com esse raciocínio o Ministro entendeu que a interpretação que conclui que serviço postal não é serviço público não se coaduna com o sistema constitucional obstando a mutação proposta pelo Ministro-Relator originário.

Uma vez mais se vê que o mesmo argumento pode ser utilizado para reconhecer uma mutação constitucional e para dizer que uma tal não ocorreu. A tópica, nesse ponto, pode ser inimiga da mutação constitucional. Uma vez mais se extrai dessa consideração

¹¹³⁰ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹¹³¹ Voto do Ministro-Relator originário na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹¹³² Voto do Ministro-Relator para o acórdão na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

que as mutações constitucionais precisam ser verificadas com extrema cautela, somente reconhecendo-se as mutações mais evidentes e menos contestadas.

Concordando com essa visão de que o sistema constitucional não acolhe o serviço postal como atividade econômica em sentido estrito, o Min. Joaquim Barbosa afirma:

[N]ão vislumbro a pertinência no argumento de que o legislador constituinte não quis instituir o monopólio dos correios porque, se assim o desejasse, o teria incluído no art. 177 da Constituição. Entendo que esse serviço – friso, **serviço público** – não está elencado no art. 177 da Constituição justamente porque não é atividade econômica.¹¹³³

Assim ele deixa entrever que o sistema constitucional positivo deve ser considerado no reconhecimento de mutações constitucionais tal como na proposta do Ministro-Relator originário da ADPF nº 46.

Também o Min. Gilmar Mendes concluiu que o sistema constitucional impedia que se reconhecesse a mutação constitucional proposta pelo Ministro-Relator originário. Ele afirmou que

o serviço postal previsto no inciso X do art. 21 da CF é serviço público. O entendimento funda-se sobretudo em interpretação sistemática do texto constitucional. Ora, caso assim não fosse, ou seja, caso se tratasse de mera atividade econômica, que poderia admitir a atuação estatal por interesse público, não haveria necessidade do disposto no art. 21, inciso X, da CF. Seria suficiente o comando do art. 173 da CF, que se refere às hipóteses de atuação estatal direta na atividade econômica por razões de segurança nacional ou interesse coletivo.¹¹³⁴

Como visto acima, no julgamento da Rcl nº 4335-5/AC, o Ministro-Relator afirmou que a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, realizada pelo Senado Federal, seria o modo como o constituinte emprestou eficácia

¹¹³³ Voto do Min. Joaquim Barbosa na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifos no original.

¹¹³⁴ Voto do Min. Gilmar Mendes na ADPF nº 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

erga omnes às decisões incidentais de inconstitucionalidade produzidas pelo Supremo.¹¹³⁵

Nada obstante, o Ministro-Relator entendeu que o art. 52, X, da Constituição da República, que estabelece essa competência do Senado Federal, teria sofrido uma mutação constitucional, para que essa competência transmudasse-se em competência apenas de *dar publicidade* à decisão incidental de inconstitucionalidade que, na sua proposta, já teria, por si só, eficácia *erga omnes*.

E essa mutação decorreria, basicamente, pelo que se depreende da fundamentação do Ministro, de dois argumentos, ambos relacionados à interpretação sistemática da Constituição e à evolução do trato normativo do controle de constitucionalidade no Brasil. Isto é, o Ministro-Relator parece sustentar sua proposta de mutação constitucional na evolução e transformação histórica do sistema constitucional relativo ao controle de constitucionalidade, buscando submeter sua proposta de mutação ao sistema que, no caso, acabaria funcionando como limite.

Muito embora seja opinião do autor que o sistema de controle de constitucionalidade não admite a mutação constitucional proposta, tem-se que a linha argumentativa do Ministro-Relator vai no sentido de justificar tal mutação no contexto sistemático da Constituição de 1988, confirmando a proposta deste trabalho de que o sistema limita as mutações constitucionais.

O primeiro dos dois argumentos seria a prevalência do modelo concentrado de controle de constitucionalidade na vigência da Constituição de 1988, cuja decisão, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, teria superado um antigo paradigma da separação dos poderes:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), *perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle concentrado de normas*, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. [...] A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram,

¹¹³⁵ Além do voto em comento, o trecho citado pode ser encontrado em MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 149, grifos no original.

certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada.¹¹³⁶

Esse entendimento levou o Ministro-Relator a concluir que os dois modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil possuem natureza idêntica. E,

de qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.¹¹³⁷

Sob esse aspecto, entende o Ministro-Relator que a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988, decorre da maior repercussão do uso do controle concentrado de constitucionalidade desde a vigência dessa Constituição, com a sua prevalência na configuração da ordem constitucional sobre o modelo difuso.¹¹³⁸

A partir de outros pontos do voto do Ministro-Relator pode-se confirmar que sua proposta de mutação constitucional baseia-se em sua visão do sistema constitucional relativamente ao controle de constitucionalidade:

¹¹³⁶ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Além do voto, o trecho citado pode ser encontrado em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.131; e MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 155:

¹¹³⁷ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Além do voto, o trecho citado pode ser encontrado em MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 164.

¹¹³⁸ A propósito, o Min. Gilmar Mendes já havia constatado essa prevalência do modelo concentrado sobre o difuso, com a promulgação da Constituição de 1988, vários anos antes de propor a mutação constitucional do art. 52, X, em sua tese de doutoramento: “se se cogitava de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional – O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 80. (A primeira edição da obra publicada no Brasil datava de 1996, mas a tese foi defendida em 1990, tendo sido publicada no ano seguinte na Alemanha – “*Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*”, na série *Schriften zum Öffentlichen Recht*, Berlim: Duncker & Humblot, 1991).

a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto [o do art. 52, X, CF88], que se inspirava diretamente numa concepção de separação de poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada.¹¹³⁹

[...]

Quando o instituto [do art. 52, X] foi concebido no Brasil, em 1934, dominava uma determinada concepção de divisão de poderes, há muito superada. Em verdade, quando da promulgação do texto de 1934, outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, tais como o previsto na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920.¹¹⁴⁰

[...]

[P]retendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.¹¹⁴¹

[...]

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.¹¹⁴²

[...]

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade.¹¹⁴³

[...]

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidental, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.¹¹⁴⁴

[...]

¹¹³⁹ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Além do voto, o trecho citado pode ser encontrado em MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 155; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.131

¹¹⁴⁰ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁴¹ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Grifos no original.

¹¹⁴² Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁴³ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁴⁴ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Grifos no original.

Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no perfil concentrado.¹¹⁴⁵

Mas, como dito anteriormente, ao longo do voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335-5 puderam-se destacar dois argumentos básicos sobre os quais o Ministro pretendeu construir sua proposta de mutação constitucional.

O primeiro, acima demonstrado, seria o de que tal mutação decorreu da preponderância da formulação da ordem constitucional pelo STF a partir do controle concentrado de constitucionalidade, sendo que a inclusão de tal modelo na ordem constitucional de 1988 teria promovido uma modificação na concepção de separação de poderes.

O segundo argumento, que será demonstrado a seguir, diz que a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República é fruto da repercussão da decisão incidental de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo sobre as decisões de outros tribunais, especialmente quanto à dispensa da reserva de plenário (art. 97 da Constituição de 1988)¹¹⁴⁶ hoje positivada na norma do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil.¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁵ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁴⁶ “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” Aliás, diga-se de passagem que a própria norma do art. 97, da Constituição da República, que estabelece a reserva de plenário, parece ter sido originada de uma mutação constitucional decorrente de um costume da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que, não obstante a lacuna normativa sobre o assunto, somente declarava a inconstitucionalidade das leis por votação de maioria absoluta de seus membros. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 117, nota, *apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 209. Na verdade, a reserva de plenário (nos Estados Unidos costuma-se chamá-la de “*full bench*”) é mais uma “muito prudente e apropriada precaução a ser observada antes de ingressar em questões tão delicadas e tão importantes.” (COOLEY, Thomas M. *Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*. 6. ed., Boston: Little Brown, 1890, pp. 194-5, *apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade – comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.)

¹¹⁴⁷ Assim dispõem os artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil:

“Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

Sobre esse argumento, diz o Ministro-Relator:

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental.¹¹⁴⁸

Ao desenvolver esse argumento, o Ministro-Relator lembrou¹¹⁴⁹ a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 190.728.¹¹⁵⁰ Na ocasião, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade incidental de uma norma sem suscitar ao Pleno o incidente de arguição de inconstitucionalidade. Fê-lo afirmando ser dispensável a submissão da controvérsia ao Plenário, naquele caso, tendo em vista que esse órgão já se havia pronunciado sobre a inconstitucionalidade daquela norma em outro julgamento.

A partir de então, as duas turmas do STF passaram a declarar inconstitucionalidades sem instauração do respectivo incidente junto ao Pleno, desde que este já o tivesse feito em outro processo.

Adiante, o Ministro-Relator da Rcl nº 4335-5 destaca em seu voto que, em outra oportunidade, ao julgar o RE nº 191.898,¹¹⁵¹ o Supremo Tribunal Federal estendeu esse entendimento, passando a entender desnecessária a instauração do incidente de inconstitucionalidade em qualquer tribunal, quando houver posição do Pleno do STF a respeito da norma cuja inconstitucionalidade se argúi.

¹¹⁴⁸ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Além do voto, o trecho citado pode ser encontrado em MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 165.

¹¹⁴⁹ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Além do voto, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 1.133; MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 156.

¹¹⁵⁰ AI 168149 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 26/06/1995 Órgão Julgador: Segunda Turma.

¹¹⁵¹ DJ de 22.08.1997, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Essa construção judicial realizada pelo STF inspirou o legislador ordinário a incluir o atual parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil.¹¹⁵²

Além dessa faculdade de o órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade de normas já declaradas inconstitucionais pelo Pleno do STF, o Ministro-Relator destaca a repercussão da decisão do Pleno na autorização para julgamento monocrático pelo relator baseado em jurisprudência dominante do STF¹¹⁵³ e na prática de ministros do STF de declararem monocraticamente a inconstitucionalidade incidental de leis de determinados entes federados com base em decisões de inconstitucionalidade de leis de teor semelhante, porém de *outros* entes federados, proferidas pelo Pleno do STF.

Ao final de seu voto, o Ministro-Relator ressalta a adoção do instituto da súmula vinculante na sistemática do controle de constitucionalidade realizado pelo STF, afirmando que esse novo instituto teria reforçado “a idéia de superação do referido art. 52, X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal.”¹¹⁵⁴

Assim, percebe-se que ambos os argumentos utilizados pelo Ministro-Relator para justificar o que entendeu se tratar de uma mutação constitucional demonstraram a sua preocupação em inserir a nova norma que propôs no sistema constitucional positivado.

Como dito, embora se entenda que a proposta de mutação do art. 52, X, da Constituição da República, na realidade não encontra amparo no sistema constitucional positivo – ao contrário, ela rompe esse sistema – essa premissa leva à conclusão de que o sistema constitucional, no entender do Ministro-Relator, deve funcionar como limite das mutações constitucionais.

Relativamente ao texto como limite das mutações constitucionais – ou melhor: como um “*não limite*”, no caso –, o Min. Eros Grau apresenta voto-vista, nesse mesmo

¹¹⁵² Aliás, talvez se possa dizer ter ocorrido, com todo esse processo, uma mutação constitucional do art. 97 da Constituição. Através da construção judicial e, posteriormente, da interpretação legislativa, o art. 97 passou a ter um significado diferente daquele que anteriormente lhe davam, sem que o seu texto fosse modificado.

¹¹⁵³ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

¹¹⁵⁴ Voto do Ministro-Relator na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 01.02.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

juízo, acompanhando o Ministro-Relator, e questiona: “até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?”¹¹⁵⁵

E para responder a essas perguntas, o Min. Eros disserta acerca da conhecida distinção entre norma jurídica e norma de decisão; entre a interpretação como descoberta daquilo que a norma já continha dentro de si, e como construção de significado, tendo o texto interpretado apenas como ponto de partida, passando pelas pré-compreensões do intérprete, pelos fatos concretos que envolvem a aplicação do texto, pelo contexto em que o texto se insere, pela tradição da comunidade que é destinatária do texto, etc.¹¹⁵⁶

No fim dessas considerações, o Min. Eros Grau demonstra entender que o texto *não deve* limitar a ocorrência de mutações constitucionais.

Ele começa dizendo que a “mutação constitucional é a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação.”¹¹⁵⁷ Depois, afirma que “quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência.”¹¹⁵⁸ Contudo, prossegue afirmando que “na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma; porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. [...] Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.”¹¹⁵⁹

O Ministro Eros afirma categoricamente que

¹¹⁵⁵ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁵⁶ Sobre esses temas, o Ministro Eros Grau já escreveu texto doutrinário. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 015-121. Sobre o tema, também vale a pena conferir ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 23-35. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993; MÜLLER, Friederich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed., trad. Peter Naumann, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004.; ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, pp. 75-96.

¹¹⁵⁷ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁵⁸ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁵⁹ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

passamos em verdade de um texto [pelo qual] ‘compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal’, a outro texto: ‘compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.’¹¹⁶⁰

E arremata: “na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro.”¹¹⁶¹

Embora o Min. Eros Grau discorde que o texto deva funcionar como limite da mutação constitucional, ele afirma expressamente que o sistema, sim, deve limitar as mutações: “em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura no sistema.”¹¹⁶²

E ainda que, como dito, não se reconheça que a proposta de mutação do art. 52, X, da Constituição harmonize-se com o sistema constitucional positivo de 1988, essa preocupação é facilmente perceptível na argumentação do Min. Eros Grau: “Indague-se, a esta altura, se esse texto, resultante da mutação, mantém-se adequado à tradição do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A resposta é afirmativa.”¹¹⁶³

Depois do voto do Min. Eros Grau, foi a vez do Min. Sepúlveda Pertence, que proferiu voto bastante divergente. O Min. Pertence entende não ter havido a mutação constitucional do art. 52, X, anunciada, por considerar exatamente que o sistema constitucional não a comporta.

Ele retoma os argumentos utilizados por ele nos votos proferidos nos RREE nº 191.896 e 190.725, citados pelo Ministro-Relator da Rcl nº 4335-5/AC, para dizer que, embora o STF tenha reconhecido dispensável a reserva de plenário quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Supremo Tribunal

¹¹⁶⁰ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Grifos no original.

¹¹⁶¹ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁶² Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

¹¹⁶³ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído.

Federal, ainda que na via do controle incidental, disso não se segue que tal decisão produza, por si só, efeitos vinculativos com eficácia *erga omnes*, na medida em que o sistema de controle de constitucionalidade da Constituição de 1988 acolheu os dois modelos tradicionais, devendo-se preservar a ambos, enquanto assim o fizer a Constituição:

As duas regras permanecem nas constituições brasileiras subseqüentes inclusive a atual (Const. 1988, art. 52, X), convivendo com a adoção plena, mas paralela, desde a EC 16/65, do sistema de controle direto e concentrado, no âmbito do qual a eficácia *erga omnes* é efeito direto e imediato da própria decisão declaratória de inconstitucionalidade, prescindindo, por isso, da deliberação ulterior do Senado. Certo, assim, que, quando exarada incidentalmente, para resolver questão prejudicial do caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade – malgrado emanada do próprio Supremo Tribunal Federal que, mediante ação direta, poderia proferi-la com eficácia *erga omnes* –, é de eficácia relativa. A essa eficácia relativa da decisão – restrita ao âmbito objetivo e subjetivo do processo em que tomada –, soma-se, no entanto, como visto, a de constituir pressuposto necessário e suficiente a que o Senado Federal lhe empreste alcance *erga omnes*.¹¹⁶⁴

E continua o Min. Sepúlveda, reconhecendo o acerto da premissa colocada pelo Ministro-Relator – a de que o modelo concentrado vem assumindo prevalência ante o modelo difuso –, mas discordando quanto à conclusão – a de que o art. 52, X, tenha sofrido uma mutação constitucional em razão dessa prevalência. Ele afirma que o sistema constitucional positivo já oferece meios para que a decisão do STF produza efeitos vinculativos com eficácia *erga omnes*, sendo lesiva a esse sistema a confusão desses efeitos nas decisões proferidas em cada um dos modelos de controle de constitucionalidade:

Já tive a oportunidade de assinalar, várias vezes nesta Casa e em aventuras palestrantes, ser evidente que essa convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle – não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem paralelamente –, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Mas também é certo que as decisões das sucessivas Constituições têm sido de manter incólume o sistema primitivo de declaração incidente com a inovação,

¹¹⁶⁴ Voto do Min. Sepúlveda Pertence na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo I.

tipicamente brasileira, de 1934, de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais. Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto – concordo – esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado – com a permissão generosa dos dois Colegas – de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário. A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45 de 2005 [sic], veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão. De tal modo que reproduzirei no meu voto, para efeitos didáticos, o dispositivo do vigente art. 102, § 3º, que vincula, ele sim, a súmula vinculante, editada na conformidade da Lei de 2006, que a disciplinou. Vincula, nos termos da Constituição, sim, não apenas os tribunais, no que o eminente Ministro Gilmar Mendes, cada vez mais religioso, chama de efeitos transcendentais, mas este restrito aos tribunais que tenham de enfrentar a mesma questão de inconstitucionalidade. E tenho dúvidas se até aí seria vinculante, porque a dispensa da remessa ao Plenário da argüição de inconstitucionalidade não impede o tribunal inferior de alterá-la enquanto não dotada a jurisprudência do Supremo Tribunal de efeito vinculante, que, ou decorre, no nosso sistema, de decisões nos processos objetivos de controle direto, ou decorrerá da adoção solene, pelo Tribunal, da súmula vinculante.¹¹⁶⁵

Também entendendo o sistema constitucional positivo como limite às mutações constitucionais, o Min. Joaquim Barbosa acompanha o Min. Sepúlveda Pertence e diverge da proposta de mutação constitucional do art. 52, X:

Reforça minha convicção a circunstância, revelada pelo próprio relator, de que o STF não depende mais do Senado para atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso. Isso justamente porque, se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito.¹¹⁶⁶

E mostrando que o art. 52, X complementa o sistema, tornando, em verdade, ainda mais eficaz o controle de constitucionalidade, continua:

¹¹⁶⁵ Voto do Min. Sepúlveda Pertence na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo I.

¹¹⁶⁶ Voto do Min. Joaquim Barbosa na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo II.

para a eficácia das decisões da Corte vejo o dispositivo como um complemento, não como obstáculo. Imagino situações, mesmo que residuais, em que um caso, por suas circunstâncias muito próprias, suscite a declaração de inconstitucionalidade *in concreto*. E que a Corte, em casos contemporâneos àquele outro não encontre a repetição daquelas circunstâncias que levaram à declaração de inconstitucionalidade – encerrando assim a atuação da Corte. Admita-se, nesse cenário, que o Senado julgue conveniente suspender a execução da norma para que um caso isolado como o analisado pelo STF se repita. Essa hipótese, mesmo que venha a ocorrer uma vez só no futuro justifica, a meu ver, a manutenção da interpretação atual.¹¹⁶⁷

O Min. Joaquim Barbosa conclui que o art. 52, X, na interpretação tradicional, não ofende ao sistema constitucional positivo, pois “em nada limita o exercício por essa Corte da sua missão de guarda da Constituição.”¹¹⁶⁸

Mas além do sistema como limite a essa proposta de mutação, o Min. Joaquim Barbosa entende que o texto da norma contida no art. 52, X, da Constituição impede o reconhecimento dessa mutação. “Ainda me impressiona, ademais, mesmo com toda essa revolução no controle de constitucionalidade, a literalidade da previsão contida no art. 52, X, presente no texto constitucional e em relação ao qual não há qualquer disposição contrária ou conflitante.”¹¹⁶⁹ Para ele, a proposta de mutação encontra “obstáculo intransponível na literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição”, que se trata, a propósito, de uma “literalidade quase ‘ofuscante’”.¹¹⁷⁰

Por tudo isso, verifica-se que a polêmica proposta de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988, é travada sobre os elementos teóricos da mutação constitucional: dois ministros entendem haver mutação (um dizendo extraí-la do sistema, outro “libertando-a” dos limites semânticos do texto); dois entendem não haver mutação (seja pela falta de amparo na soberania popular, seja pela falta de necessidade

¹¹⁶⁷ Voto do Min. Joaquim Barbosa na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo II.

¹¹⁶⁸ Voto do Min. Joaquim Barbosa na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo II.

¹¹⁶⁹ Voto do Min. Joaquim Barbosa na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo II.

¹¹⁷⁰ Voto do Min. Joaquim Barbosa na Rcl nº 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferido em 19.04.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento ainda não concluído. Voto ainda não publicado. Cf. Anexo II.

política, ou por extrapolar o texto da norma mutada, ou ainda por não ser compatível com o sistema de controle de constitucionalidade positivado).

Resta aguardar o posicionamento dos demais ministros para se estabelecer em definitivo e com maior clareza os contornos que o STF vai dar a este instituto que, pouco a pouco, ocupa cada vez mais espaço na sua jurisprudência.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 4335-5 será muito importante para fixação desse panorama da Teoria da Mutação Constitucional. E por isso mesmo ela é muito aguardada.

CONCLUSÃO

O Direito, e especialmente o Direito Constitucional, propõe-se a muito mais do que simplesmente estabelecer normas deontológicas. As proposições jurídicas não são estritamente racionais, elaboradas no plano do idealismo platônico e da perfeição sobrehumana.

As normas jurídicas distinguem-se, por exemplo, das regras de xadrez. Regras como estas últimas podem ser estabelecidas conforme a estrita vontade de seu idealizador. Antes de aplicar-se, o dever-ser é absolutamente desconectado do ser. A única relevância da realidade reside após o estabelecimento da regra: ocorrendo o suporte fático hipotético, a norma deve incidir. Esse é o condicionamento total do ser pelo deve-ser. Não há situação em que a previsão hipotética ocorra e a consequência normativa deixe de incidir.

O mesmo não sucede com as normas jurídicas. Elas não apenas estabelecem o dever-ser sobre um ser que lhe é indiferente.

As instituições jurídicas não são meras instituições constitutivas (como são as regras do jogo de xadrez). Elas não simplesmente criam comportamentos que não seriam possíveis sem a existência dessas regras (como o xeque-mate, que não existiria sem as regras do jogo de xadrez). Instituições jurídicas são regulatórias, ou seja, elas existem não simplesmente para criar novos tipos de comportamento, mas para regular comportamentos que pre-existem.¹¹⁷¹

Por isso, o ser é relevante na formulação da norma jurídica; ele é considerado antes mesmo do estabelecimento do dever-ser. As normas jurídicas não constituem comportamentos; elas regulam-nos. O ser preexiste ao dever-ser, que precisa levá-lo em consideração, com suas peculiaridades, no momento de se estabelecer, se é que pretende efetivamente regulá-lo.

Essa peculiaridade das normas jurídicas de serem regulatórias, e não apenas constitutivas, submetem-nas, gostando-se disso ou não, à força irracional e desregrada

¹¹⁷¹ ATRIA, Fernando. *On law and legal reasoning*. Oxford: Hart, 2001, pp. 43-9, *apud* MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. (Principles and Coherence in Legal Reasoning). *University of Edinburgh School of Law Working Paper Series*, 2009/08 (SSRN, 2009). Cópia eletrônica obtida em <http://ssrn.com/abstract=1371140>, acesso em 15.05.2010, p. 30.

da própria realidade, ou melhor, das demais instituições sociais que, para além do Direito, tentam exercer um papel regulatório da vida em sociedade.

Dado o elevado caráter político das normas constitucionais, que precisam trabalhar com os valores mais antagônicos e interesses mais divergentes, abrigando os mais diversos modos de vida e incompatíveis – pelo menos em tese – preferências econômicas, religiosas e sociológicas, tem-se que as normas constitucionais sofrem especial influência das forças regulatórias extrajurídicas na sua formulação e aplicação (e conseqüentemente, na sua *reformulação*). “[N]ão se trata apenas de uma suposta dualidade entre o *ideal constitucional* e a *realidade sociopolítica*; há toda uma *idealidade já presente na faticidade dos processos políticos e sociais*.”¹¹⁷²

Não é preciso estar repisando muitos fatos para demonstrar que essa verdade intuitiva de que, em questões tão fundamentais, as doutrinas desempenham papel secundário, quando as forças políticas dominantes têm interesses opostos.

A conseqüência dessa verificação é que o órgão constituinte quando elabora a constituição, não age como um ente racional, desvinculado da realidade social, reproduzindo no papel quanta fantasia lhe apresente a imaginação. O trabalho do órgão constituinte, se há de ser duradouro, tem de respeitar as condições sociais objetivas em que se realiza. A afirmação doutrinária de que o poder constituinte é soberano e conseqüentemente tudo pode é desmentida pela observação sociológica.¹¹⁷³

A possibilidade de a norma constitucional não ter força suficiente para regular a realidade e acabar, em meio a essa queda de braço, cedendo diante dessa realidade, sendo por ela modificada, não é algo que apenas recentemente se tenha constatado.

A Constituição norueguesa de 17 de maio 1814 estabelecia, no § 112, que o processo de mudança de suas normas deveria se iniciar “quando a experiência mostra[r] que alguma parte da atual constituição do reino da Noruega necessita ser modificada [...]”¹¹⁷⁴.

¹¹⁷² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 175. Grifos no original.

¹¹⁷³ NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, jun./1946, p. 15.

¹¹⁷⁴ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, pp. 178-9.

E ainda antes disso, uma das primeiras constituições modernas – a Constituição burguesa-revolucionária da França, de 1791 – já previa, no art. 1º do Título VII (“Da revisão dos decretos constitucionais”),¹¹⁷⁵ que a experiência poderia revelar a inconveniência de algumas normas constitucionais, expressamente preferindo limitar a reforma constitucional apenas aos meios nela previstos, como quem reconhece que, não fazendo essa limitação, a Constituição poderia ser reformada por outros meios.

Mas a história mostra que não basta refrear a realidade com uma vedação deontológica. Isto é, não basta afirmar, no papel que se chama “Constituição”, que as normas constitucionais não serão modificadas pela experiência, ou que apenas os meios formalmente nela previstos serão admitidos para a sua reforma. A história mostra que, por vezes, essa vedação se efetua somente de direito, mas não de fato. Por vezes, como visto, a realidade efetivamente transforma a Constituição.

Porém, não é necessário – e nem recomendável – que a Constituição seja refém da realidade, ou uma marionete sua, que pode ser manipulada de um lado para o outro conforme desejarem os caprichos dos fatores regulatórios extrajurídicos. Por isso é conveniente refletir, testar, racionalizar e sistematizar os meios informais através dos quais a Constituição é modificada. Por isso é relevante estabelecer-se uma Teoria da Mutação Constitucional.

Más bien habría que decir, después de lo anterior[,] que hay mutaciones constitucionales permitidas y exigidas por la Constitución. Son, precisamente, complemento y ampliaciones del sistema significativo propuesto por ella de manera ideal, y hay mutaciones constitucionales, que por cierto no son intencionadas o deseadas por la Constitución, pero que no pueden impedirse ni suprimirse: son mutaciones del sistema de sentido propuesto por ella o de algunas instituciones normatizadas de intenciones manifestadas en el sistema. Sin embargo, todas estas mutaciones siguen sus propios caminos, son constelaciones de la política práctica y de la vida real del Estado. En concreto no dependen de si las normas, o institutos jurídicos, que experimentan la mutación, se conciben como rígidas o elásticas, es

¹¹⁷⁵ O texto do dispositivo é o seguinte: “A Assembleia Nacional Constituinte declara que a nação tem o direito imprescritível de mudar sua Constituição e, não obstante, considerando que é mais conforme ao interesse nacional *usar unicamente dos meios previstos na própria Constituição para reformar os artigos que a experiência fizer perceber inconvenientes*, decreta que isso será remediado por uma assembleia revisora na forma seguinte.” Grifou-se. Versão livre. No original: “Article 1^{er}. - L'Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution ; et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de révision en la forme suivante:” Disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-1791.asp>, acesso em 28.06.2012.

decir como opuestas o propensas a mutaciones. La explicación de las dos clases de mutación constitucional es idéntica: se apoyan en la peculiaridad axiológica del derecho constitucional, en la insuficiencia de las normas constitucionales, frente a las necesidades vitales del Estado, en su normativización elástica, en la naturaleza teleológica del Estado, en la autogarantía de la Constitución y en la imposibilidad de fiscalizar los órganos supremos del Estado.¹¹⁷⁶

Nesse sentido, mutação constitucional consiste em uma modificação do significado de determinada norma constitucional, sem que se recorra aos mecanismos constitucionalmente previstos para sua reforma formal e, portanto, sem alteração de seu texto. Isso se dá, em síntese, na medida em que a norma constitucional tem a pretensão de conformar os fatos sociais ao seu mandamento, mas não é imune nem às resistências que eles podem oferecer, nem aos chamados “fatores reais do poder” que contra ela se opuserem. Sob esse aspecto, a alteração de significado dos fatos históricos regulados pelas normas constitucionais produz a alteração no significado dessas mesmas normas; conseqüentemente, é a modificação no efeito que essas normas geram ao incidirem sobre esses fatos mudados que dá azo, ao cabo, às mutações constitucionais.

Porém essas mutações não têm o condão de transfigurar a Constituição. Isto é, ainda que muitas normas constitucionais possuam, em um dado momento, alcance e significados distintos daqueles que originalmente continham, a Constituição, enquanto “forma” do Estado, enquanto seu estatuto regulatório, permanece, dando-lhe aspirações de continuidade e sensação de desenvolvimento estável. Com isso, além do mais, os indivíduos que compõem esse Estado são ligados não apenas no espaço, mas também no tempo, reforçando a sua identidade e senso de pertencimento e de “comum-idade”.

A Constituição do Estado não é, por isso, em primeiro lugar, processo mas produto, não atividade mas forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida. Assim como em uma melodia “transportada” [*rectius*: “transposta”] mudaram os “elementos” [*rectius*: “notas”] e, não obstante, a melodia se considera idêntica, assim também na sucessão e na coexistência dos cooperadores que mudam vê-se como a Constituição persiste como unidade diferenciável.¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁶ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 176.

¹¹⁷⁷ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296.

Há quem sustente, no que tange às mutações constitucionais, que aquilo que se modifica sempre conserva seu núcleo essencial, ainda que com um conteúdo modificado.¹¹⁷⁸ A proposição é coerente. Se o que muda não deixa de existir, mas apenas é modificado, caso desaparecesse por completo a existência anterior à modificação não se poderia falar em “mutação constitucional”, mas em “inovação constitucional”. Mais do que isso. Não se poderia chamar de “modificado” o que, em verdade, nunca existiu; nem de “mutação constitucional” o que não estava incluído, anteriormente, na Constituição.

De acordo com essa concepção, somente pode ser considerada uma mutação constitucional a transformação de sentido preexistente de uma norma constitucional; jamais a inclusão de um sentido anteriormente inexistente no bojo da Constituição.

Porém, definir se um sentido que se extrai da Constituição “já estava lá”, ou se “nunca esteve”, é tarefa que demanda considerações tópicas e subjetivas que, por isso mesmo, não deve servir como critério para afirmar ou refutar a ocorrência de mutações constitucionais. Além disso,

[n]ão há nenhum conteúdo de significação que, ao cabo de um tempo maior ou menor, não haja experimentado uma mudança na sua significação, mais ou menos importante. [...] Não se pode sustentar que o preceito jurídico “ainda está aí, embora se tenha obtido d’ele algo diferente”, isto é, sua significação, o seu conteúdo de sentido converteu-se, certamente, em uma coisa diferente, mas “o seu ser objetivo” continua sendo o mesmo. A formação de sentido não tem, pois, outro ser senão o seu modo de ser concreto, senão a significação atual que a acompanha.¹¹⁷⁹

Por isso, quer se trate de um sentido subjetivo inovador, quer transformador, o sentido objetivo que o envolve há de ser o mesmo: a Constituição, cujo papel é, antes ou depois da mudança, o mesmo. E por isso se pode falar, em ambos os casos, de mutação constitucional.

O fato é que a Constituição muda. E deve mudar. Porém, os meios formais de mudança da Constituição não possuem apenas vantagens.

¹¹⁷⁸ HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 112.

¹¹⁷⁹ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, pp. 69-70.

O modelo formal de promulgação de emendas constitucionais tem entre suas virtudes o estabelecimento claro e inconfundível de que a Constituição mudou. Isto é, quando uma emenda constitucional é formalmente promulgada, não há quem possa afirmar que a Constituição não tenha mudado.

Mas o formalismo só alcança essa clareza e certeza de estruturação ao custo de duas pressuposições: a de que a substância da Constituição sempre acompanha sua forma, e a de que toda mudança formal da Constituição é resultado de um movimento fomentado pelo Povo do qual “emana todo o poder”.¹¹⁸⁰

Isto é, o modelo formal de mudança da Constituição pressupõe que toda vez que a Constituição houver sido materialmente modificada, mover-se-ão os mecanismos de alteração da forma da Constituição, para que forma e conteúdo andem em compasso. E ele também pressupõe que toda vez que a Constituição assume uma nova forma, isso se dê em razão de uma alteração em seu conteúdo.

Entretanto, nenhuma dessas presunções deve ser assumida inadvertidamente. O formalismo estabelece um vínculo entre esses elementos da mudança constitucional material (a vontade do Povo, titular do Poder Constituinte, e a mudança do conteúdo da Constituição) e um critério formal qualquer – como, por exemplo, a aprovação, em dois turnos, por três quintos dos membros de cada uma das Casas Legislativas.¹¹⁸¹ Mas a confiança nessas duas pressuposições, a saber, de que esse critério formal de mudança constitucional é vinculado às causas materiais de mudança da Constituição produz dois riscos.¹¹⁸²

O primeiro risco é o do *falso positivo*: aqui o sistema formal sinaliza que o Povo falou mesmo quando os portadores da iniciativa não mobilizaram, na verdade, o apoio sustentado e considerável que os princípios dualistas exigem para uma nova solução constitucional. Isso é ruim, e qualquer sistema normativo formal deve ser concebido para torná-lo improvável.

Conforme esse risco diminui, inevitavelmente cresce o risco de *falsos negativos*. Ao tornar mais difícil que uma coalizão momentânea de um interesse especial venha a transvestir-se de Povo, o obstáculo formalista pode vir a sufocar a expressão de movimentos constitucionais que tenham obtido o apoio continuado de uma maioria

¹¹⁸⁰ Cf. art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988.

¹¹⁸¹ Cf. art. 60, § 2º da Constituição da República de 1988.

¹¹⁸² ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, pp. 29-30.

decisiva e sustentada após anos de debate mobilizado profundamente penetrado na consciência de cidadãos ordinários.¹¹⁸³

Esses riscos podem ser minimizados se entre a absoluta rigidez formal da Constituição e a sua total flexibilidade houver um mecanismo intermediário de vinculação entre a norma constitucional e a realidade constitucional. Ou melhor: entre o dever-ser constitucional e o ser constitucional.

As mutações constitucionais, sob esse aspecto, podem funcionar como uma ponte entre o total anacronismo da Constituição e a sua absoluta fragilidade ante o furacão das forças regulatórias extrajurídicas.

Aliás, as mutações constitucionais, que são fruto da crise da normatividade da Constituição, devem buscar, paradoxalmente, a superação dessa crise, devolvendo à Constituição o seu papel regulador da vida estatal. E não o contrário: as mutações constitucionais não podem acentuar a crise da normatividade da Constituição.

Essa crise, vivenciada na Alemanha da primeira metade do século XX, e os perigos da desintegração da Constituição e, com ela, do Estado, foram reduzidos por Klaus Stern em quatro ameaças:

la dinamización, personalización, oligarquización o ideologización del poder del Estado son los peligros para la destrucción de la Constitución. Contra ello hay que reforzar la fuerza normativa de la constitución y darle efectividad. La política no puede disponer descrecionalmente ni sobre el derecho ni sobre el Derecho Constitucional.¹¹⁸⁴

O conflito entre o Direito Constitucional e a política produzem, para Klaus Stern, conceitos que, no seu entender, mais obscurem do que esclarecem o problema,

¹¹⁸³ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 29. Grifos no original. Versão livre. No original: “The first danger is the *false positive*: here the formal system signals that the People have spoken even though the supporters of the initiative have not in fact mobilized the sustained and considered support that dualist principles require of a new constitutional solution. This is a bad thing, and any formal rule system should be designed to make it unlikely. As this risk diminished, it inevitably increases the risk of *false negatives*. By making it hard for a momentary special interest coalition to impersonate the People, the formalist’s obstacle course may stifle the expression of constitutional movements that have won the continuing support of a decisive and sustained majority after years of mobilized debate penetrating deeply into the consciousness of ordinary citizens.”

¹¹⁸⁴ STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 243.

como “realidade constitucional” (em oposição a direito constitucional), “força normativa do fático” ou até mesmo as próprias mutações constitucionais. Para ele,

tales conceptos son simplemente índice de falta de coincidencia e inseguridad en la fuerza del derecho, que puede eventualmente conducir en el caso de la Constitución a fenómenos peligrosos y latentes de disolución o infiltración, en los cuales de acuerdo con la esencia del Derecho Constitucional se trata siempre de la sustancia específica del Estado, de su máxima potencia. Sabiendo lo que una Constitución significa, no debe ser interpretada de manera formalista, ni doctrinaria, ni estricta, sino con seriedad.¹¹⁸⁵

E é isso que as mutações constitucionais devem oferecer à dogmática constitucional: seriedade. Não se deve trabalhar com essa categoria levemente, como se sozinha pudesse salvar a Constituição da sua crise. Ela apenas exerce um módico papel nesse salvamento. Isso não significa, contudo, que se deva banir da dogmática constitucional os conceitos que Stern reputa serem agravantes da crise da Constituição. Ao contrário, incluí-los no repertório conceitual da Teoria da Constituição permite trabalhar com eles, de modo a controlá-los e dar-lhes significado coerente com o que se espera e se deseja da Constituição e do Direito Constitucional. Afinal, como o próprio K. Stern afirmou, é preciso que haja um consenso básico sobre as decisões de ordem e de valor contidas na Constituição.¹¹⁸⁶ E “espantar” a mutação constitucional juntamente com os conceitos que lhe formataram a existência impediria a obtenção desse consenso.

Já a tradição constitucional estadunidense é bastante diferente, e possui características relevantes para a compreensão completa do fenômeno das mutações constitucionais.

O fato de a Constituição estadunidense contar com mais de dois séculos de vigência é sintomático de uma cultura jurídico-constitucional que promove situações até inusitadas para com um documento político-jurídico como é a Constituição: os norte-americanos nutrem um *sentimento* em relação à sua Constituição. Ela representa mais do que o “estatuto do Estado”. Ela representa o passado e os ideais que iluminaram o momento de sua promulgação. E a sua duração tão longa faz com que ela represente,

¹¹⁸⁵ STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 244.

¹¹⁸⁶ STERN, Klaus. Ob. cit., p. 245.

simultaneamente, o futuro e os ideais prospectivos que iluminam os interesses presentes.

Referindo-se à Constituição dos Estados Unidos da América, Karl Loewenstein afirma existirem diversos graus entre o comprometimento e a indiferença do povo em relação à sua Constituição, com uma tendência de que o tempo trabalhe a favor do comprometimento.

Solamente por el hecho de estar en vigor durante largo tiempo una constitución ejerce una poderosa influencia educativa. La forma y manera de su adaptación a los cambios sociales tiene igualmente repercusiones en la conciencia constitucional del pueblo; frecuentes enmiendas pueden llegar a producir el estado de indiferencia. No hay ningún paralelo con la constitución americana que, por encima de su algo gastado simbolismo como mito nacional, há prestado durante más de siglo y medio, y sigue prestando, un incalculable servicio al adaptar pacíficamente el proceso del poder a la competición de las fuerzas sociales, tal como están representadas por partidos y grupos pluralistas.¹¹⁸⁷

Loewenstein também observa – o que não será questionado aqui – que essa longa durabilidade e grande maleabilidade da Constituição norteamericana se deve a fatores sociológicos não encontrados na Europa, como os fatos de os Estados Unidos desenvolverem-se pacificamente, sem agressões externas até a era atômica, haver constante alteração dos partidos políticos que assumem o poder central, e apresentarem condições favoráveis de elevado desenvolvimento econômico, pelo menos até a quebra da bolsa de Nova Iorque.

Seja como for, o fato é que a Constituição dos Estados Unidos conta com 225 anos de idade, e a promulgação de 27 emendas até esta data. E, apenas para traçar um paralelo, a Constituição Federal vigente, em comparação, promulgada em 1988, possui 24 anos de idade – pouco mais de um décimo da vigência da Constituição norteamericana. Nesse intervalo, nossa Constituição foi emendada 70 vezes.¹¹⁸⁸ Isso corresponde a quase 03 emendas por ano. A proporção, nos Estados Unidos (225 anos e

¹¹⁸⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. Ed. Traducción y estudio sobre la obra porá Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, pp. 227-8.

¹¹⁸⁸ A frequência é tão alta que se deixou para fixar esse número na data de encerramento do presente trabalho: 31 de julho de 2012: a qualquer momento uma nova emenda pode ser promulgada. Considerou-se, aqui, como sendo a última a Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012.

27 emendas) é de 01 emenda a cada 8,33 anos. Se o ritmo fosse esse no Brasil, hoje nós teríamos menos de 03 emendas promulgadas.

A partir dessa perspectiva pode-se intuir, para dizer o mínimo, que nossa Constituição é grandemente mais flexível do que a dos Estados Unidos, e que nosso mecanismo de produção de emendas constitucionais vem sendo utilizado muito mais frequentemente do que o dos americanos.

Sem que com isso se negue a recomendação teórica de que as constituições não devem ser reformadas muito frequentemente, o fato é que o Brasil vem formando, paulatinamente, uma tradição de reformas constitucionais constantes.

Conseqüentemente, pode-se dizer que, se houver necessidade de modificação do cânone constitucional brasileiro, a história tem mostrado que aqui se terá mais facilidade em realizar uma mudança formal no texto da Constituição, via de regra, do que nos Estados Unidos.

Logo, se nos Estados Unidos a modificação do cânone constitucional sem alteração de texto já é tarefa realizada ao custo de um longo e profundo processo de mudança política e social, como se percebeu nesta pesquisa, esse processo deve ser ainda mais longo e profundo no Brasil para que se possa aceitar a mudança informal da nossa Constituição. Sob outra perspectiva, na medida em que a Constituição brasileira modifica sua forma com muito mais facilidade do que a norteamericana, conclui-se que as modificações informais da Constituição devem ser mais escassas aqui do que lá. E esse é um indicativo importante da tradição jurídico-constitucional brasileira a ser aplicada ao tema das mutações constitucionais.

Evidentemente, muitos outros elementos diferenciam as circunstâncias norte-americanas das brasileiras: a tradição do sistema jurídico (*common law* vs. *civil law*), a conformação do texto constitucional (sintético vs. analítico), as diferenças de desenvolvimento econômico, político, intelectual e cultural da população em geral, etc.

Não obstante, pode-se admitir essa comparação, desde que observadas essas profundas distinções, como um termômetro para a aplicação da Teoria das Mutações Constitucionais no Brasil.

As especificidades da forma de raciocinar o Direito de uma determinada comunidade jurídica, a sua tradição político-jurídico-constitucional e a técnica

legislativa e modo de reforma da Constituição adotados são decisivos para que se tenha uma Constituição propensa ou não a mutações constitucionais.

Causas humano-psicológicas y de técnica legislativa producen, juntas, el efecto que la mutación de la Constitución sólo ocurre en raras ocasiones. Así se comprueba en la práctica de los Estados Unidos, en Francia y en el Imperio [sic] Alemán. Sin embargo, no hay que pensar que ello entrañe una importancia extraordinaria de la Constitución, su continuo seguimiento y que sea una prueba de su capacidad dominadora, efectiva, de la vida estatal. Sabemos que en América se conoce la práctica de la interpretación de la Constitución y de los *usages of the Constitution*, en el Imperio alemán la práctica de la reforma material de la Constitución y de las leyes especiales, y en Francia, donde las normas constitucionales sólo cuentan con 25 artículos, además algunos de ellos y en parte los más importantes, son ya obsoletos. Cuando una reforma de la Constitución es infrecuente entonces allí se dan mutaciones constitucionales.¹¹⁸⁹

Sempre se pode questionar se determinada mutação constitucional poderia ser realizada mediante modificação formal do texto constitucional. Vale dizer, visto que os Estados Unidos demonstram desenvolver com seriedade temas altamente polêmicos e diretamente relevantes para todos os cidadãos de seu país, porque enraizados no centro dos valores éticos e morais desses cidadãos e dessa sociedade, tais como liberdade, privacidade, solidariedade contratual e iguadade racial, não se pode admitir passivamente que o Brasil não tenha a capacidade de articulação política para definir os rumos que pretende dar à sua Constituição.

É preciso, pois, verificar o fenômeno constitucional brasileiro de modo a entender em que medida e de que modo as mutações constitucionais têm espaço para desempenhar um papel relevante – tarefa essa que, por motivos óbvios, não se pretende esgotar nestas poucas páginas. Apenas a título ilustrativo veja-se um exemplo marcante na experiência constitucional brasileira.

O § 3º do art. 192 da Constituição da República dispunha o seguinte:

As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima

¹¹⁸⁹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 163. Grifos no original.

deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Desde o início de sua vigência, uma verdadeira enxurrada de ações foi ajuizada visando à revisão de contratos cujas taxas excediam o limite estabelecido pela norma. Contudo, a economia nacional não estava preparada para trabalhar com tais patamares, sendo a norma totalmente incoerente com a realidade.

No fim, argumentos consequencialistas acabaram justificando a interpretação dada pelo STF a esse dispositivo, segundo a qual ele não seria em nenhuma medida autoaplicável, demandando lei que o regulamentasse.

Apenas o fato de existir, ali, no corpo da Constituição, o texto de uma norma tão relevante que não poderia ser aplicado, gerou tanta insegurança jurídica que nem mesmo a decisão proferida pelo STF na ADI nº 4,¹¹⁹⁰ que sufragou o entendimento da não autoaplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição de 1988, foi suficiente para aplacar a enorme quantidade de ações judiciais de revisão de contratos e restabelecer a ordem constitucional. Nem a revogação formal desse dispositivo normativo, com a extirpação de seu texto do corpo das normas constitucionais, através da Emenda Constitucional nº 40 de 2003, foi suficiente. O Supremo viu-se obrigado a editar o Enunciado nº 648 de sua Súmula¹¹⁹¹ e, posteriormente, a Súmula Vinculante nº 7,¹¹⁹² para tentar restabelecer a segurança jurídica.

Embora tenha havido enorme incongruência entre a realidade econômica do país (especialmente em 1988, quando o texto veio à lume) e o programa constitucional acerca da taxa de juros reais do Sistema Financeiro Nacional, não se cogitou, na oportunidade, em afirmar-se uma “mutação constitucional” do art. 192, § 3º. Fez-se questão de reformar a Constituição. Seria esse um indício da tradição jurídico-constitucional brasileira quanto às mutações constitucionais?

Mais uma lição pode ser extraída desse exemplo.

¹¹⁹⁰ ADI 4 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 07/03/1991 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹¹⁹¹ “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.”

¹¹⁹² A Súmula Vinculante n. 7 possui teor idêntico ao do Enunciado n. 648 da Súmula “comum” do STF.

Certamente qualquer brasileiro gostaria de pagar juros tão baixos. Mas o direito constitucional não pode se ater aos anseios românticos e caprichosos que refogem à realidade para saciar apenas o ego, a emoção ou até mesmo a razão e, no caso dos juros, deixar que o bolso – literalmente – pague a conta. É preciso assumir compromissos realizáveis, concretizáveis, passíveis de serem levados adiante. Mutações constitucionais atraem para o plano do realismo e da aplicabilidade o que se encontrar no plano romântico – inaplicável e, por isso mesmo, inaceitável, em se tratando de constitucionalidade.

Uma última lição a partir do antigo art. 192.

A taxa de juros reais não podia se regulada pelo que dispunha o § 3º do art. 192 da Constituição. Sob hipótese alguma se conseguia implantar o programa estabelecido naquela norma constitucional. Isso acabou promovendo a reforma da Constituição para extirpar o texto da norma cuja regulação não alcançava a realidade.

A lição: se determinada realidade não mais puder ser regulada por determinada norma, e se a proposta de mutação constitucional que atualize o significado dessa norma não couber dentro dos limites de seu texto, só resta ao jurista incentivar o processo de emenda formal da Constituição, com modificação do texto que veicula a norma. Em outras palavras, uma mutação constitucional não solucionaria o problema do art. 192, § 3º, porque a realidade era tão distinta da normatividade que não se podia afirmar sequer que a norma, do jeito (texto) que estava, havia apenas “mudado”. Foi necessária a reforma da Constituição, com a mudança (no caso, exclusão) do texto.

Nesse sentido, Konrad Hesse preconiza que

[a] finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito.¹¹⁹³

Em situações como essa, a reforma da norma constitucional se impõe até mesmo em razão da manutenção de sua força normativa. É que a Constituição não é apenas um

¹¹⁹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 23.

reflexo da sociedade. Ela é, ao mesmo tempo, dirigente, reguladora. Ela deve pautar a vida social.

Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente.¹¹⁹⁴

Por isso mesmo, as mutações constitucionais não se impõem à realidade constitucional, tal como uma norma constitucional tradicional. Em vez disso, elas acompanham as mudanças da realidade regulada. Nesse sentido, elas são o seu efeito, e não sua causa. Isto é, elas não transformam a realidade; elas são a própria transformação da realidade, alçada ao plano da normatividade. Sob esse prisma, as mutações constitucionais não antecedem ou causam a mudança na realidade fática: elas seguem-nas por trás. Com efeito, assim como as mudanças sociais se dão ao longo de grandes intervalos de tempo, as mutações constitucionais que as seguem são

alterações que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.¹¹⁹⁵

Até mesmo para as modificações formais da Constituição é recomendável o transcurso de certo lapso temporal e a confirmação, mais ou menos consensual, de que a realidade reclamava uma mudança normativa.

Quando ocorre grave desequilíbrio entre a Constituição e os fatos, ou se apura omissão insanável por exegese, é que se legitima a reforma, com o cuidado de não adular-se o sistema, na sua letra e no seu espírito.

¹¹⁹⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 34. Cf., também, STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 336.

¹¹⁹⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 09.

Em tese, tal situação requer decurso de tempo e a ocorrência de fenômenos e circunstâncias indicativos da necessidade de norma inovadora.¹¹⁹⁶

Mais ainda no caso das mutações constitucionais, cujas incertezas demandam ainda maior cautela, o tempo também deve funcionar como um fator importante.

Mesmo no espaço das lacunas constitucionais, ou melhor, onde a Constituição deixou de regular expressamente, que seria um espaço presumivelmente mais afeto a mutações constitucionais mais aceitáveis, poder-se-ia dizer preferível a reforma formal da Constituição.¹¹⁹⁷

Com efeito, há grande dificuldade em se obter consenso a respeito da ocorrência (ou mesmo da sua afirmação como categoria teórica) de mutações constitucionais. Paradoxalmente, a sua admissão e acolhimento pela dogmática constitucional pode significar, como sugeriu K. Stern, acima, um grave risco para a ordem jurídica e política nacional. Especialmente em tempos de neoconstitucionalismo, ativismo judicial, principiologia jurídica e pós-modernismos relativistas.

Essa desorientação e perplexidade de intérpretes que continuamente se arredam do texto para abraçar-se, em face das peculiaridades de cada situação, a um sentido concreto da norma, ou a uma valorização da regra normativa pelo sistema ou ainda a uma pretensa interpretação ‘conforme a Constituição’, esse largo teto debaixo do qual se abrigam todas as soluções possíveis e imprevisíveis, apenas traduz a dificuldade desesperadora e angustiante de transmutar o Estado social ou de justicialismo num Estado de Direito, preservador do patrimônio clássico das garantias individuais. [...] [Isso configura] uma volta pura e simples a uma interpretação subjetivista, aquela preferida dos sistemas autoritários ou das formas políticas que emergem de um espasmo revolucionário e fazem do novo direito a base constitutiva do ordenamento social reformado, com assento numa Constituição que lhe serve apenas de respaldo formal.¹¹⁹⁸

Em razão dessas dificuldades e da necessária delicadeza ao se lidar com categoria teórica tão controversa, a presente pesquisa se propõe a oferecer elementos que auxiliem na detecção de verdadeiras mutações constitucionais, e na expurgação das

¹¹⁹⁶ MARINHO, Josaphat. Constituição e instabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 136, out./dez. 1997, p. 65.

¹¹⁹⁷ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 56.

¹¹⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 484.

regulações extrajurídicas usurpadoras de seu papel social, blindando, contra estas, a Constituição.

Para tanto, após um esboço histórico e sociológico dos contextos em que surgiram os questionamentos acerca da mutação constitucional, tentou-se estabelecer alguns critérios que deverão ser profusamente desenvolvidos pela comunidade científica, a bem do pleno desenvolvimento da Teoria das Mutações Constitucionais.

De acordo com esses critérios, as mutações constitucionais ocorrerão a partir de determinados pressupostos, com vistas a exercer determinadas funções, mediante a intervenção de determinados instrumentos e observando determinados limites.

Os pressupostos das mutações constitucionais são aqueles que consideram o Direito como uma ciência cultural aplicada regulatória. Isto é, para que se admita a ocorrência de mutações constitucionais, de modo a incluir-se essa categoria teórica dentro do objeto investigativo do Direito, dever-se-á considerar o Direito em sua relação com a sociedade que regula; dever-se-á admitir a influência da realidade social no estabelecimento e concretização das normas jurídicas, e a influência das forças sociais regulatórias extrajurídicas na formulação dessas normas. Dever-se-á, também, reconhecer que a mudança da realidade fática sobre a qual a norma jurídica incide impõe que essa incidência se dê levando em consideração tal mudança. A aplicação de uma norma “velha” sobre uma realidade “nova” torna o Direito anacrônico, produzindo resultados indesejados. A mutação constitucional pressupõe que a realidade social modificada demanda uma alteração da norma que a regula. Sem essa alteração, não apenas o Direito, mas a própria realidade social por ele regulada perde: para que haja mutação constitucional, deve haver necessidade política de alteração da norma.

Verificados esses pressupostos, propõe-se, neste trabalho, que as mutações constitucionais devem auxiliar a Constituição a equilibrar as suas duas funções básicas, que são promover a estabilidade social e garantir o avanço e amadurecimento das instituições. Vale dizer, enquanto normas jurídicas de formulação rígida e textura aberta, as normas constitucionais conservam o passado, ao mesmo tempo em que permitem o progresso ao futuro. E a função das mutações constitucionais é intermediar essa relação de estabilidade e dinamicidade das normas constitucionais. Isto é, permitir que as normas constitucionais não engessem a vida, mas também impedir que a vida atrole e desvirtue as normas constitucionais. Com isso, a Constituição ganha, também, em sua força normativa. As mutações constitucionais adaptam a Constituição à

realidade, permitindo que ela retome o protagonismo da regulação estatal. Sob esse aspecto, é função das mutações constitucionais aumentar a força normativa da Constituição, enquanto equilibra as suas funções estática e dinâmica da regulação da vida estatal.

Os instrumentos através dos quais as mutações constitucionais podem ocorrer são, em primeiro lugar, a manifestação de vontade sustentada no tempo e articulada no espaço do titular de todo o poder, que é o Povo. Ao arrolar-se a soberania popular como instrumento das mutações constitucionais está-se dizendo que o Povo não se limita a formas. Quando estiver claro o seu interesse de assumir novos compromissos constitucionais, não deve haver rigidez que o impeça, sob pena de ruptura do Estado, o que é sempre mais penoso do que a sua transformação. Disse-se que a soberania popular, além disso, funciona como lastro dos demais instrumentos das mutações constitucionais. Isto é, para que possam se sustentar os outros meios através dos quais as mutações constitucionais aparecem, é preciso concordância e suporte do Povo. Assim, verificado o amparo da soberania popular – ou pelo menos a sua não rejeição –, os demais instrumentos das mutações constitucionais podem se implementar: a interpretação que se dá às normas constitucionais e os usos e costumes práticos e efetivos daqueles que as interpretam. Por isso, os instrumentos através dos quais as mutações constitucionais podem ocorrer são, em segundo lugar, a interpretação judicial, legislativa e administrativa das normas constitucionais, e os usos (ou desusos) e costumes através dos quais os órgãos constitucionais atuam na prática.

Mas deixar as mutações constitucionais sem limites mais ou menos claros e precisos é deixar o estabelecimento das normas constitucionais à mercê da realidade social. Isto é, se as normas constitucionais precisam acompanhar as transformações históricas que a realidade social enfrenta, elas também possuem vocação para regular essa realidade social e justamente direcionar essas transformações. E por isso é preciso estabelecer limites para as mutações constitucionais. Nesse contexto, o presente trabalho propõe que as mutações constitucionais sejam limitadas: (a) pelo espaço semântico comportado pelos textos que veiculam as normas constitucionais – isto é, a mutação constitucional não pode se opor clara e diretamente ao sentido de linguagem técnica e comum versado no texto da norma constitucional; (b) pelo sistema constitucional positivo – ou seja, não basta que a mutação constitucional não contrarie diretamente uma norma constitucional específica: ela precisa ser admitida suave e harmonicamente

pelo conjunto das normas constitucionais positivadas, colaborando para a coerência e coesão desse sistema, e não o conturbando; e (c) pelos limites comuns às mudanças formais da Constituição – vale dizer, os critérios que vedam a reforma pelo procedimento previsto na própria Constituição com mais razão devem impedir a mudança por procedimento alheio a ela, pois, se nem o texto pode mudar em certas circunstâncias, menos ainda se deve admitir, sob essas mesmas circunstâncias, a mudança da Constituição sem mudança do texto – até porque admiti-lo seria burlar os limites estabelecidos ao Poder Reformador formal.

Tudo isso para tentar estabelecer critérios científicos que venham a contribuir para o domínio desse fenômeno que a muitos ainda causa estranheza ou, pior, indiferença. As mutações constitucionais, pois, compõem uma categoria teórica especial que deve ser incorporada à dogmática constitucional, especificamente no plano da Teoria da Constituição. Essa categoria posiciona-se dentro do estudo das reformas da Constituição, ao lado das emendas e das revisões constitucionais.

E o que torna esse tema tão interessante é o fato de que as considerações que o envolvem não são feitas apenas segundo uma perspectiva positivista, ou apenas de acordo com pressupostos jusnaturalistas ou sociologicistas. Elas podem ser enfrentadas a partir de qualquer desses pontos de vista teóricos, pois em todos eles, antes de se resolver o problema da aplicação do direito, é preciso definir o que é o direito. Significa dizer que é preciso estabelecer qual norma jurídica é “válida”, isto é, qual norma incide coercitivamente sobre determinado suporte fático. E a tese da validade aplica-se para qualquer pressuposto jusfilosófico (desde o mais positivista até o mais jusnaturalista), na medida em que ambos adotam como critério de validade do Direito a sua recepção pela sociedade, a sua aceitação como norma, a sua percepção, por parte da sociedade que ela regula, como uma norma cogente, como uma norma “válida”.¹¹⁹⁹

Também por isso é preciso avançar nos estudos das mutações constitucionais: para que não se trabalhe com normas constitucionais estabelecidas textualmente que, ao fim e ao cabo, não sejam exatamente as normas jurídicas “válidas” a regular determinada realidade. Afinal, somente pode produzir efeitos jurídicos uma norma considerada “válida”. E a consideração sobre a validade de uma norma somente pode ser desenvolvida no contexto da argumentação jurídica e da justificação.

¹¹⁹⁹ Sobre a “tese da validade”, cf. MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 67-79.

Com efeito, é sobremaneira importante verificar o modo como o guardião da Constituição de 1988, por ela mesma eleito, o Supremo Tribunal Federal, lida com essa categoria. Vale dizer, o modo como o STF verifica se determinada norma constitucional textualmente estabelecida é norma “válida” é um dos enfrentamentos possíveis que torna prática a relevância teórica do tema.

Afinal, no constitucionalismo democrático não importa apenas *quem* decida, mas também *como* se decide.¹²⁰⁰ A competência para distribuir o Direito o juiz já tem, pelo só fato de ser juiz. Mas isso quer dizer que ao juiz não basta julgar, porque isso só afirma a competência (atribuição) que já é inerente a seu cargo. É preciso julgar *bem*, ou, ao menos, satisfatoriamente. A tarefa da administração da justiça exige não só poder (“competência formal”), mas também saber (“competência material”).¹²⁰¹ Embora o Tribunal que exerce jurisdição constitucional seja competente (no sentido de possuir atribuição) para fixar o conteúdo da Constituição coercitivamente,

nem por isso ele está acima da Constituição, à qual deve sua existência. Por isso, é fundamental para o cumprimento do objetivo do Tribunal, assim como para o processo constitucional como um todo, o *modo como se resolve o problema* [grifou-se] da interpretação constitucional. O *objetivo da interpretação* [grifo no original] é chegar ao resultado constitucionalmente “correto” através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão.¹²⁰²

Sob esse aspecto, “a questão passa a ser como proteger o legislativo e texto, seu produto. [...] [Porque o] constrangimento a fundamentar, componente essencial do

¹²⁰⁰ Eis a acesa oposição entre duas ideologias (que até poderiam ser bem representadas pelo *decisionismo* de Carl Schmitt e o *constitucionalismo discursivo* de Robert Alexy) exposta em ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, pp. 75-96.

¹²⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 418.

¹²⁰² HESSE, Konrad. *A interpretação constitucional*. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103.

Estado democrático e das funções do judiciário, não parece ser levado muito a sério, mormente nas últimas instâncias.”¹²⁰³

À metade do século passado, Karl R. Popper já asseverava que o dilema no fundo não é ‘quem deve comandar’, mas ‘como se controla a quem comanda’ [...] Ainda que se tenha sido legitimamente investido do poder, não é dito que as ações de quem o exerce sejam, por si só, justificadas.¹²⁰⁴

Quer-se, com isso, fazer objeção a uma “dogmática judicialista”, segundo a qual a cúpula do Judiciário não pode contradizer a Constituição só porque a Constituição afirma que quem dá a última palavra sobre o conteúdo do texto constitucional é o Judiciário.¹²⁰⁵ Afinal, “o movimento constitucionalista fez parte de um processo de racionalização do poder, mas, sobretudo, da sua limitação.”¹²⁰⁶

Na presente pesquisa, verificou-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal lança mão de alguns dos elementos que compõem a Teoria da Mutação Constitucional aqui proposta. Fá-lo, contudo, de maneira um tanto quanto incipiente e, no mais das vezes, acidental.

Embora se tenha verificado, na argumentação jurídica presente nos votos que lidaram com as mutações constitucionais, a presença de alguns dos seus elementos teóricos, não se verificou um enfrentamento intencional, na maioria dos casos, que buscasse a sustentação ou a refutação teóricas da ocorrência de mutações constitucionais.

A maioria dos argumentos diretamente relacionados às mutações constitucionais diz respeito às mudanças da realidade fática como pressuposto das mutações engendradas e ao reforço da legitimação do Supremo Tribunal Federal para, através de sua interpretação constitucional, instrumentalizar tais mutações.

¹²⁰³ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, pp. 95-6.

¹²⁰⁴ PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição, in: Nicola Picardi, *Jurisdição e Processo*. Org. e trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2. A obra de Popper mencionada é “*The open society and its enemies*”.

¹²⁰⁵ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 89.

¹²⁰⁶ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na constituição brasileira de 1988 – e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006, p. 03.

A Teoria da Mutação Constitucional deve oferecer mais do que isso. Ela deve contribuir tanto para a operacionalização prática das mutações constitucionais com que o Supremo Tribunal Federal (ou qualquer outro instrumentador das mutações) se deparar. E deve, também, oferecer arcabouço teórico racional para a fiscalização crítica da afirmação de ocorrência de mutações constitucionais por parte dele (e dos demais instrumentadores). Ela deve auxiliar a comunidade jurídica a lidar com as incongruências entre norma e realidade constitucionais. A finalidade é encontrar o fundamento e o propósito das mutações constitucionais, torna-las intersubjetivamente controláveis.

Em certo sentido *“las mutaciones constitucionales no sólo son algo impuesto forzosamente por el Estado en cuanto realidad vital de la Constitución como su regulación jurídica, sino que son en parte queridas y favorecidas por la Constitución misma.”*¹²⁰⁷

Por isso, engana-se quem pensa que a formulação teórica das mutações constitucionais e a sua inclusão no catálogo conceitual da dogmática constitucional põe em risco a ordem constitucional, por expô-la à desenfreada força normativa dos fatos, comprometendo de vez a segurança jurídica e algumas das conquistas mais caras da democracia representativa e do constitucionalismo moderno ou do positivismo escrito e da deontologia jurídica.

Ao contrário, desistir dessa teorização é que expõe a ordem constitucional a tais riscos, porque deixa fora da observação, do controle e da racionalidade fenômenos que, quer se teorize a seu respeito, quer não, estão dados.

Por outro lado, de maneira nenhuma a Teoria das Mutações Constitucionais pode esquecer do papel normativo da Constituição, o qual se tentou observar nesta pesquisa.

Porque afinal,

[a]lém dessa regulação da estrutura estatal, a Constituição determina os procedimentos que devem possibilitar a resolução de conflitos, procedimentos através dos quais há de se desenvolver o processo de formação de unidade política e por meio dos quais a decisão das

¹²⁰⁷ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 163.

questões em aberto submeta-se a regras claras, compreensíveis e, quanto possível, asseguradoras de um resultado adequado. A importância dessas prescrições é tanto maior quanto mais aberta se mantém a Constituição em suas determinações de conteúdo, porque acima da necessária abertura material em face de objetivos diferentes, se estabelece, não obstante, uma forma estável para a consecução desses objetivos, alcançando-se, assim, aquele efeito estabilizador e de distensão indispensável para uma abertura de conteúdo.¹²⁰⁸

Em suma,

[u]ma Constituição precisa, para ser Constituição, isto é, algo mais que uma relação factícia e instável de dominação, para valer como ordenação conforme o direito, uma justificação segundo princípios éticos de direito. [...] A existencialidade e a normatividade do poder constituinte não se acham, certamente, em oposição, mas condicionam-se reciprocamente.¹²⁰⁹

Permitir que apenas a normalidade dos fatos da vida constitucional de uma nação modifique a sua normatividade é prejudicial à vida política e, em geral, estatal.

A segurança do tráfico e a segurança jurídica reclamam em alto grau uma sujeição a um plano e uma previsibilidade das relações sociais. Só se pode chegar a esta intensa e ampla racionalização, naquilo em que não baste o tradicional geograficamente limitado, fazendo que as relações sociais, singularmente as políticas, econômicas e militares, vejam-se submetidas em medida crescente (tanto em sua matéria como a respeito do território) a uma ordenação unitária, isto é, que sejam normadas de modo planificado desde um centro e, por isso mesmo, normalizadas.¹²¹⁰

Sob esse aspecto, “planejamento” e “liberdade” só se encontram em oposição se concebidos como abstrações sem entidade. Na realidade social a liberdade humana tem que ser sempre organizada.¹²¹¹

Com efeito, a pretexto de adaptar a Constituição à realidade não se pode descuidar do seu papel normatizador. Mas esse papel também não pode sufocar a

¹²⁰⁸ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90.

¹²⁰⁹ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 327.

¹²¹⁰ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 300.

¹²¹¹ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 321.

necessidade de adaptação ao tempo presente das normas constitucionais estabelecidas no passado.

Em tempos atuais, tempos da “absolutização do relativo”, o risco é para a segurança jurídica. Não se sabe qual é o Direito, ou quais são os direitos. Não se sabe quais são suas fontes. Não há critério seguro em que se possa confiar. Traumas psicossociais como medo e insegurança se proliferam. Falar em mutação constitucional, nesse contexto, tem aparência de agravar esse risco.

Contudo, se é certo que a segurança jurídica é uma necessidade antropológica, que perpassa o tempo e o espaço, se é certo que o homem tem o anseio de dominar o mundo que o cerca, de prever as consequências de seus atos e assegurar-se contra quaisquer imprevistos, também é certo que a capacidade de estabelecer esse tipo de segurança está muito além da condição humana. A vida é muito mais vasta do que se possa apreender.

Não se quer, com isso, sugerir o abandono de toda e qualquer tentativa de estabelecer segurança jurídica. Ao contrário. Apenas se está afirmando que é somente através de atos humanos, através da vida, da vontade, da disciplina, que se pode estabelecer a segurança jurídica possível. Logo, estabelecida a tensão entre a vida e o direito, em que este está nas mãos daquela, a luta contra a vida através do direito é vã. Mas sempre se pode canalizar essa energia não para refrear a vida, mas para tentar estabelecer critérios menos arbitrários, mais ou menos seguros, através dos quais a vida perpassa o direito. A busca não é pela segurança jurídica, mas pela racionalidade da insegurança jurídica.

Na frase “a Constituição é norma ou realidade”, é preciso substituir a conjunção alternativa por uma conjunção aditiva: a Constituição é norma *e* realidade.

É certo que a Constituição precisa ser maleável ante a realidade. Mas também é certo que ela precisa ser dirigente em relação a ela. Ela precisa rememorar o passado e fincar os pés no presente, mas manter os olhos no futuro; estabilizar e dinamizar; ordenar e progredir. Aliás, é exatamente isso que se espera da Constituição da República Federativa do Brasil: “ordem e progresso”.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The Holmes lectures: the Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, may, 2007, n. 7, pp. 1.737-812.

_____. *We the People: Foundations*. V. 1, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

_____. *We the People: Transformations*. V. 2, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003, pp. 75-96.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade* – comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ATALIBA, Geraldo. Constituinte e referendun. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 76/70, out.-dez./1985, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 415-8.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade* – ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

AYRES BRITTO, Carlos. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BAINI, Gustavo Martins. Aspectos da responsabilidade extracontratual da Administração Pública na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – sujeição ativa e passiva. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre, ano XXXVIII, n. 122, pp. 075-112, jun./2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 59-60/46, jul.-dez./1981, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 969-1.002.

BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, s. d.

BARBOSA GOMES, Joaquim B. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 40, n. 158, pp. 97-125, abr./jun. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional, in: Eduardo Ribeiro Moreira, Marcio Pugliesi (coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 209-26.

BARTH, Fernanda Daniela. *O mandado de injunção e a omissão legislativa inconstitucional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle jurisdiccional de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed., coord. de trad. João Ferreira. Brasília: UNB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional – a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRYCE, James. *A comunidade americana*. Volume 1. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1959. Título do original norteamericano: “*The american commonwealth*” (1888).

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 57, v. 187, fascículos 679 e 680, pp. 18-22, jan.-fev./1960.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANARIS, Claus-Whilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 (traduzido da 2ª edição alemã, de 1983).

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 165-211.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do contrôle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, pp. 39-44, jul./set. 2001.

_____. *Interpretação constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Emenda e revisão na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 93/125, jan.-mar./1990, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 861-7.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed., New York: Oxford University Press, 1991.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. Original alemão: *Die Verfassungswandlung*. Berlin und Leipzig, 1932.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Harmínio A. Carvalho. 3. ed., São Paulo: 1998.

DWORKIN, Ronald. Do values conflict? A hedhehog's approach. *Arizona Law Review*, Isaac Marks Memorial Lectures. n. 43, 2001, pp. 251-60.

_____. Equality, democracy and constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, v. XXVIII, n. 2, 1990.

_____. *Freedom's law – the moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A revisão constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 29, nº 114, pp. 05-20, abr.jun./1992.

_____. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. 1., 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O poder constituinte*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRIEDRICH, Carl J. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática* (en Europa y America). Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 6. ed., São Paulo: Editora Vozes, 2004.

GARCIA, Maria. Exercício do poder constituinte derivado – noções de um poder constituinte não originário. O poder constituinte instituído. Poder constituinte de revisão ou reformador. O poder constituinte decorrente. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, RDCI 11/31, abr.-jun./1995, in: Clèmerson Merlin Clève e

Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 519-45.

GARCIA, Maria. Opinião pública e a interpretação da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, RDCI 54/53, jan.-mar./2006, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1.021-31.

GOLDSTEIN, Laurence (editor). *Precedent in law*. New York: Oxford University Press, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*. Volume 1. Tradução da 4ª edição alemã: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist – a commentary on the Constitution of the United States*. New York: The Modern Library, 1937.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Sôbre a Constituição dos Estados Unidos*. Trad. E. Jacy Monteiro (título original norte-americano: “Hamilton, Madison and Jay – On the Constitution”). São Paulo: IBRASA, 1964.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 2. ed., tradução da 2ª edição inglesa (1994), por A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HECK, Luís Afonso. O controle normativo no direito constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais*, Fasc. Civ., São Paulo, ano 91, v. 800, pp. 57-64, jun. 2002.

HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Original alemão: *Staatslehre* (1934).

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. Conceito e peculiaridade da Constituição. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 073-100.

_____. Concepto y cualidad de la Constitución. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón (original alemán: “Begriff und Eigenart der Verfassung.”) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional. Trad. Carlos dos Santos Almeida. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 01-22.

_____. Limites da mutação constitucional. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 147-71.

_____. Límites de la Mutación Constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección). Traducción de Pedro Cruz Villalón, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 85-112.

_____. A interpretação constitucional. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 101-22.

_____. La interpretación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección). Traducción de Pedro Cruz Villalón, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 33-57.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Série Clásicos Políticos. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Trad. Christian Förster. Rev. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Original alemán: *Verfassungsänderung und Verfassungswaandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek*. Berlin Verlag von O. Härig, 1906.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prologo por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoría general del estado*. 3. ed., México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933 - versão para eBook: eBooksBrasil.com, 2009. Extraído do original: *Über Verfassungswesen: zwei Vorträge und ein offenes Sendschreiben*. Berlin: 1862.

LEWIS, C. S. Hamlet: the prince or the poem?, in: C. S. Lewis, *Selected Literary Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, pp. 88-105.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*: e outros estudos sobre a coisa julgada. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

LIMA FILHO, Francisco das C. Alteração das cláusulas pétreas e o poder constituinte evolutivo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, ano 70, n. 1, pp. 130-41, jan./jun. 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. Ed. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Retórica e estado de direito – uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINHO, Josaphat. Constituição e instabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 136, pp. 63-70, out./dez. 1997.

MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal, in: Hartmut Maurer. *Contributos para o direito do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, Tradução: Luís Afonso Heck, pp. 281-304.

_____. Jurisdição constitucional, in: Hartmut Maurer. *Contributos para o direito do estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 217-280.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*. 22. ed. Atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 32, n. 126, pp. 087-102, abr./jun. 1995.

_____. *Jurisdição constitucional* – O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional* – O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, n. 121, pp. 185-88, jan./mar. 1994.

_____. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Fasc. Civ., ano 88, v. 760, pp. 11-39, fev. 1999.

_____. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, pp. 149-68, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA LIMA, Rosah Russomano. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1964.

MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica ('Principles and Coherence in Legal Reasoning'). *University of Edinburgh School of Law Working Paper*

Series, 2009/08 (SSRN, 2009). Cópia eletrônica obtida em <http://ssrn.com/abstract=1371140>, acesso em 15.05.2010.

MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 80/245, out.-dez./1986, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 435-61.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. Ed. Brasília: UnB, 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed., trad. Peter Naumann, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Quem é o povo - a questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Neumann. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. O senado federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. *Revista de informação legislativa*, v. 47, n. 187, pp. 193-200, jul./set. de 2010 – Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois, v. 3.

NETO. Agostinho Ramalho Marques. *Neoliberalismo e gozo*. Versão modificada pelo autor de conferência proferida sob o título *A banalização da lei: com que Direito podemos contar hoje?*, por ocasião do Congresso Brasileiro de Direito e Psicanálise, sob o tema “A Lei em Tempos Sombrios”, promovido pela Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória e pela Faculdade de Vitória. Vitória/ES, 29 de maio de 2008.

NUNES LEAL, Victor. Poder constituinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 43, v. 106, fascículo 916, pp. 11-19, jun./1946.

ORTEGA Y GASSET, José. Ideas y creencias, in: *Obras completas*. Madrid: Revista de Occidente, 1964, t. 5, pp. 383-94. Versão digital obtida em <http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/ortega.pdf>, acesso em 14.02.2012.

OYHANARTE, Julio. Sobre la interpretación de las normas constitucionales. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RDP 2/9, out.-dez./1967, in: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. Vol. I – Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1.003-12.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PAIVA, Domingos Augusto. O controle de constitucionalidade na França. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 144, pp. 197-210, out./dez. 1999.

PERISSINOTTO, Renato M. Hannah Arendt, poder e a crítica da "tradição". *Lua Nova* [online]. 2004, n. 61, pp. 115-38. Extraído do Portal da CAPES, no link http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100007&lng=pt&nrm=iso, acesso em 02 de janeiro de 2010.

PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, in: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 1-27.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Defesa, guarda e rigidez das constituições. Capítulos 1 e 2. *Revista de Direito Administrativo*. v. 5, pp. 01-25, s. 1., julho 1946.

_____. *História e prática do habeas corpus – direito constitucional e processual comparado*. 1. t., Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Tratado das ações*. Ação, classificação e eficácia. T. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *O mandado de injunção nos julgados do Supremo Tribunal Federal*. 1995, 193 f. Dissertação (Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1995.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n. 188, pp. 69-91, out./dez. 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves. Coleção L&PM Pocket, v. 631, 1ª reimpressão. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Série Colección Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Publico, v. VIII. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s. d. Original alemão: *Verfassungslehre*. Bonn, 1927

SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo. In: *XVII Encontro Preparatório do CONPEDI: cidadania e efetividade dos direitos*, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, pp. 3.321-41. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf>, acesso em 12 de junho de 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na constituição brasileira de 1988 – e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006.

SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Introduzione di Gustavo Zagrebelski. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988. Originais alemães: *Verfassung und Verfassungsrecht*. München-Leipzig 1928; *Integrationslehre*, Berlin 1956; e *Integration*, Stuttgart-Berlin 1959.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança – análise doutrinária dos anais do Senado e da Jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 177, pp. 75-82, jan./mar. 2008.

STERN, Klaus. *Derecho del estado de la republica federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito, trad. Peter Naumann, in: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 505-15.

STRECK, L. L.; CATTONI, Marcelo; LIMA, M. M. B. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)*, v. 10, p. 37-57, 2007.

TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. 2008, 332 f. Tese (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – livre-docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

TRIBE, Laurence. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [sine loci], año 20, n. 50, pp. 105-35, enero-abril 2000.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979.

VIEIRA, Paulo Rodrigues. O Conselho Constitucional francês: ator da lei, mas nunca seu autor! *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 28, n. 109, pp. 311-20, jan.-mar./1991.

VIEIRA, Paulo Rodrigues. O controle de Constitucionalidade na França. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 26, n. 102, pp. 309-24, abr.-jun./1989.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JURISPRUDÊNCIA (do Supremo Tribunal Federal)

ADC 12 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 20/08/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

ADI 4 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 07/03/1991 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

ADI 293 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 06/06/1990 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

ADI 2797 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 15/09/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

ADI 2931 / RJ - RIO DE JANEIRO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 24/02/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

ADI 3345 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 25/08/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

ADI 3510 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 29/05/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

ADI 4277 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 05/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

ADPF 132 / RJ - RIO DE JANEIRO ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 05/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 25 e 26.4.2012. Acórdão não publicado até a data de encerramento da pesquisa. Dados obtidos através do Informativo nº 663, de 23 a 27 de abril de 2012, do Supremo Tribunal Federal.

ADPF 46 / DF - DISTRITO FEDERAL ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU Julgamento: 05/08/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

ADPF 54 QO / DF - DISTRITO FEDERAL QUESTÃO DE ORDEM NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 12/04/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

AI 168149 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 26/06/1995 Órgão Julgador: Segunda Turma.

CC 7204 / MG - MINAS GERAIS CONFLITO DE COMPETÊNCIA Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 29/06/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

HC 3536 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. OLIVEIRA RIBEIRO Julgamento: 06/05/1914 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

HC 72366 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA Julgamento: 13/09/1995 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

HC 77626 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 30/03/1999 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: 25/06/1999.

HC 82959 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 23/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

HC 84078 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 05/02/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

HC 86009 QO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 29/08/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: 27/04/2007.

HC 86834 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 23/08/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

HC 87585 / TO - TOCANTINS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

HC 90450 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/09/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma.

HC 91361 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/09/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma.

HC 92566 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

HC 94695 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/09/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma.

HC 96772 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 09/06/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma.

Inq 687 QO / SP - SÃO PAULO QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 25/08/1999 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

MI 107 QO Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 23/11/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: 21/09/1990.

MI 670 / ES - ESPÍRITO SANTO MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

MI 712 / PA - PARÁ MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

MS 20916 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 11/10/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

MS 20927 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 11/10/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

MS 23405 / GO – GOIÁS MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 22/03/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

MS 26602 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 04/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

MS 26603 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 04/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

MS 26604 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 04/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Rcl 1880 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG.NA RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 07/11/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

RCL Nº 4335-5 / AC – ACRE RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento iniciado em 01.02.2007 (ainda não concluído). Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

RE 166791 EDv / DF - DISTRITO FEDERAL EMB.DIV.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 20/09/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

RE 174161 EDv-ED / DF - DISTRITO FEDERAL EMB.DECL.NOS EMB.DIV.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 20/09/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

RE 197917 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 06/06/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

RE 349703 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

RE 421938 AgR / DF – DISTRITO FEDERAL AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 09/05/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma.

RE 450504 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 21/11/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma.

RE 466343 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

RE 598099 / MS - MATO GROSSO DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 10/08/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Resolução TSE nº 21.702. Petição nº 1.442, Classe 18ª - DISTRITO FEDERAL (Brasília). Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, publicada em 02 de abril de 2004.

Resolução TSE nº 22.526. Consulta nº 1.398, Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília). Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 27.03.2007.

RHC 93172 / SP - SÃO PAULO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 12/02/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Súmula nº 394 – COMETIDO O CRIME DURANTE O EXERCÍCIO FUNCIONAL, PREVALECE A COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, AINDA QUE O INQUÉRITO OU A AÇÃO PENAL SEJAM INICIADOS APÓS A CESSAÇÃO DAQUELE EXERCÍCIO (CANCELADA). Data de Aprovação Sessão Plenária de 03/04/1964 Fonte de Publicação DJ de 8/5/1964, p. 1239; DJ de 11/5/1964, p. 1255; DJ de 12/5/1964, p. 1279.

Súmula nº 648 – A NORMA DO § 3º DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO, REVOGADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 40/2003, QUE LIMITAVA A TAXA DE JUROS REAIS A 12% AO ANO, TINHA SUA APLICABILIDADE CONDICIONADA À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR. Data de Aprovação Sessão Plenária de 24/09/2003 Fonte de Publicação DJ de 9/10/2003, p. 3; DJ de 10/10/2003, p. 3; DJ de 13/10/2003, p. 3.

Súmula Vinculante nº 7 – A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. Data de Aprovação Sessão Plenária de 11/06/2008 Fonte de Publicação DJe nº 112 de 20/6/2008, p. 1. DOU de 20/6/2008, p. 1.

Súmula Vinculante nº 7 – A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. Data de Aprovação Sessão Plenária de 11/06/2008 Fonte de Publicação DJe nº 112 de 20/6/2008, p. 1. DOU de 20/6/2008, p. 1.

ANEXOS

Anexo I – Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Reclamação 4335-5/AC, proferido em 19.04.2007.

19/04/2007

PLENÁRIO

RECLAMAÇÃO 4.335 ACRE

VOI O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE -

Senhora Presidente, como vou, com a imprudência da idade, ousar dissentir, peço vênias aos eminentes Colegas para antecipar o meu voto.

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

No RE 191.896, quando desenvolvi minha adesão ao voto do eminente Ministro Ilmar Galvão, no RE nº 190.725, hoje aqui

RECL 4.335 / AC

recordados, nos quais se declarou dispensável a reserva de plenário nos outros tribunais, quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que na via do controle incidente, depois de outras considerações, procurei lembrar o que de todos é sabido:

“A adoção no Brasil, com a Federação e a República, do sistema americano de controle difuso e incidente da constitucionalidade das leis sofreu profundamente - como em outros ordenamentos de matriz romanista - carência do dogma do stare decisis, que, nos Estados Unidos, superou de fato os inconvenientes e riscos da eficácia teoricamente restrita ao caso concreto e às partes do litígio da declaração incidenter de inconstitucionalidade: “uma vez não aplicada pela Supreme Court por inconstitucionalidade - atesta Cappelletti (O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, trad. Fabris, 1984, p. 86) - “ uma lei americana, embora permanecendo “on the books”, é tornada a “a dead law”, uma lei morta.

Esses riscos e inconvenientes - presentes em todos os países que o tem ensaiado - da transplantação a regimes da civil law do método americano de controle incidente (Cappelletti, ob.cit., p. 76) - contornou-os primeiramente a Síria, onde a prática jurisprudencial construiu o poder de o próprio Tribunal Federal conferir eficácia erga omnes à

Rci 4.335 / AC

declaração em casos concretos de inconstitucionalidade de leis cantonais (Cappelletti, ob.cit.p. 79; M. Fromont, *La Justice Constitutionnelle dans le Monde*, Dalloz, Paris, 1996, p. 51).

O Brasil não chegou a tanto. Mas, desde a Constituição de 1934, criou mecanismo próprio, tendente a dar eficácia universal às declarações judiciais de inconstitucionalidade, prestando homenagem, contudo, à ortodoxia da separação dos poderes: outorgou-se ao Senado a competência para “suspender a execução (...) de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (Const. 1934, art. 91, IV).

O instituto - desaparecido na Carta do Estado Novo - reaparece na Constituição de 1946, que, entretanto, tornou explícita a limitação de seu alcance, como se impunha às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal (art. 64), mantendo, de resto, a exigência originária do texto de 1937 (art. 96), do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 200).

As duas regras permanecem nas constituições brasileiras subsequentes inclusive a atual (Const. 1988, art.

Rcl. 4.335 / AC

52, X), convivendo com a adoção plena, mas paralela, desde a EC 16/65, do sistema de controle direto e concentrado, no âmbito do qual a eficácia erga omnes é efeito direto e imediato da própria decisão declaratória de inconstitucionalidade, prescindindo, por isso, da deliberação ulterior do Senado.

Certo, assim, que, quando exarada incidentalmente, para resolver questão prejudicial do caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade - malgrado emanada do próprio Supremo Tribunal que, mediante ação direta, poderia proferi-la com eficácia erga omnes -, é de eficácia relativa.

A essa eficácia relativa da decisão - restrita ao âmbito objetivo e subjetivo do processo em que tomada -, soma-se, no entanto, como visto, a de constituir o pressuposto necessário e suficiente a que o Senado Federal lhe empreste alcance erga omnes."

Traço outras considerações no sentido da decisão que, então, se tomou e que, depois, se consolidaria no Tribunal a partir do acórdão do Ministro Ilmar Galvão de dispensar a reserva de Plenário nos demais tribunais, se já houvesse decisão incidente do Supremo declaratória da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo de que de cuidasse.

Rcl. 4.335 / AC

Mas, partir daí, a reduzir-se a nada o papel do Senado - que todos os textos constitucionais subseqüentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram - parecem-me ir, com todas as vênias, além da marca.

De resto, o decreto de mutação constitucional proposto já não tem mais, hoje, por si, nem o desafio de emprestar maior eficácia às decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal.

Já tive oportunidade de assinalar, várias vezes nesta Casa e em aventuras palestrantes, ser evidente que essa convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle - não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem paralelamente -, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Mas também é certo que as decisões das sucessivas Constituições têm sido de manter incólume o sistema primitivo de declaração incidente com a inovação, tipicamente brasileira, de 1934, de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais.

Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto - concordo - esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado - com a permissão generosa dos dois Colegas - de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário.

Rcl 4.335 / AC

A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45, de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão. De tal modo que reproduzirei no meu voto, para efeitos didáticos, o dispositivo do vigente art. 102, § 3º, que vincula, ele sim, a súmula vinculante, editada na conformidade da Lei de 2006, que a disciplinou. Vincula, nos termos da Constituição, sim, não apenas os tribunais, no que o eminente Ministro Gilmar Mendes, cada vez mais religioso, chama de efeitos transcendentais, mas este restrito aos tribunais que tenham de enfrentar a mesma questão de inconstitucionalidade. E tenho dúvidas se até aí seria vinculante, porque a dispensa da remessa ao Plenário da arguição de inconstitucionalidade não impede o tribunal inferior de alterá-la enquanto não dotada a jurisprudência do Supremo Tribunal do efeito vinculante, que, ou decorre, no nosso sistema, de decisões nos processos objetivos de controle direto, ou decorrerá da adoção solene, pelo Tribunal, da súmula vinculante. Esta, sim, vinculante de todos os demais órgãos do Poder Judiciário, salvo o próprio Supremo Tribunal, e dos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

Homenageio o brilho incomum de ambos os votos que me precederam, mas peço vênias aos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau

Rcl 4.335 / AC

para julgar improcedente a reclamação que, a meu ver, é o grande risco tsunâmico – eu diria – do Supremo Tribunal de hoje, porque, sem alargamentos, ela já tende a ser brevemente a via mais freqüente de acesso ao Tribunal. Não vejo necessidade de rompê-la a custo desta delicada decisão institucional de converter essa prerrogativa a que o Congresso sempre se reservou, nas sucessivas Constituições, em uma função subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos.

E como temos feito, e eu tenho feito numerosas vezes, dado que permaneço fiel à Súmula nº 691? Como tenho feito, no caso, julgando improcedente a reclamação, eu concedo **habeas corpus** de ofício, para que o juiz da execução examine os demais pressupostos da progressão de regime postulada pelo reclamante.

É o meu voto, Senhora Presidente.

Anexo II – Voto do Ministro Joaquim Barbosa na Reclamação 4335-5/AC, proferido em 19.04.2007.

19/04/2007

PLENÁRIO

RECLAMAÇÃO 4.335 ACRE

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhora Presidente, não obstante os argumentos expostos pelo eminente relator, peço vênias para dele divergir especificamente sobre a leitura proposta para o art. 52, X, da Constituição Federal.

O eminente relator sustenta que se tornou obsoleta a necessidade da atuação do Senado Federal para que se suspenda a execução da norma declarada inconstitucional pela Corte.

Realmente há fortes razões, aqui expostas pelo relator, para reconhecer-se que a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em controle de constitucionalidade, tem se afirmado por um vigoroso esforço jurisprudencial e legislativo no desenvolvimento de novos mecanismos que aperfeiçoam o sistema concebido no texto original da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, basta verificar a dimensão que assumiu a reclamação para o STF após o precedente da Rcl-AgRg 1880, e a edição das leis sobre a

RECL 4.335 / AC

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a súmula vinculante, sem contar, obviamente, as alterações das normas constitucionais referentes à ADI e à ADC.

Mas desse histórico e da fascinante época que vive agora a Corte não extraio a grave conclusão de que a suspensão da execução pelo Senado Federal representa obstáculo à ampla efetividade das decisões do STF em situações como a presente.

Primeiro, as próprias circunstâncias do caso concreto são bem esclarecedoras. O que suscita o interesse da reclamante não é a omissão do Senado Federal em dar ampla eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal. O que a motiva é a infeliz recalcitrância de um juiz em relação à orientação desta Corte. O anacronismo patológico, no caso, não é do art. 52, X, da Constituição, mas do juiz que exerce a autoridade reclamada – portanto, do próprio Poder Judiciário.

Receio que, no caso, em que aparentemente estamos a lidar com atos de um juiz que parece estar convicto de que é seu dever julgar contrariamente à orientação do Supremo Tribunal Federal enquanto não vier a suspensão do ato pelo Senado, a resposta da Corte dará ao desafio uma dimensão que ele não tem.

RCI 4.335 / AC

Em resumo, a decisão diverge da orientação da Corte, como tantas outras, e basta verificar que o *habeas corpus* concedido liminarmente pelo relator resolve a questão.

Nesse ponto, creio que a solução mais adequada ao atual sistema é conhecer da reclamação como *habeas corpus*, confirmar-se o *habeas* de ofício, e determinar a remessa de cópia integral dos autos ao tribunal competente, para que proceda como de direito.

Reforça minha convicção a circunstância, revelada pelo próprio relator, de que o STF não depende mais do Senado para atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso. Isso justamente porque, se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito.

Esse dado me basta para que se mantenha a leitura tradicional do dispositivo, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade pelo STF autoriza o Senado a determinar a suspensão de sua execução, pelas razões políticas que os Srs. Senadores entenderem pertinentes. Isto porque o dispositivo trata de uma autorização ao Senado, não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF.

RCL 4.335 / AC

Ainda me impressiona, ademais, mesmo com toda essa revolução no controle de constitucionalidade, a literalidade da previsão contida no art. 52, X, presente no texto constitucional e em relação ao qual não há qualquer disposição contrária ou de sentido conflitante.

Por esse aspecto, restaria o argumento do relator sobre a ocorrência, no caso, de mutação constitucional. Mas o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação (*Direito Constitucional*, p. 1102). Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a conseqüente e definitiva “*désuetude*” do dispositivo. Ora, em relação a esse último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006, Resoluções do SF de nº 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução nº 2).

RCI 4.335 / AC

Concluo, Sra. Presidente, que para a eficácia das decisões da Corte vejo o dispositivo como um complemento, não como obstáculo. Imagino situações, mesmo que residuais, em que um caso, por suas circunstâncias muito próprias, suscite a declaração de inconstitucionalidade *in concreto*. E que a Corte, em casos contemporâneos àquele outro não encontre a repetição daquelas circunstâncias que levaram à declaração de inconstitucionalidade – encerrando assim a atuação da Corte. Admita-se, nesse cenário, que o Senado julgue conveniente suspender a execução da norma para que um caso isolado como o analisado pelo STF se repita. Essa hipótese, mesmo que venha a ocorrer uma vez só no futuro justifica, a meu ver, a manutenção da interpretação atual.

Por fim, noto, com a devida vênia, que a proposta do eminente relator, além de encontrar obstáculo intransponível na literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição, vai na contramão das conhecidas regras de self restraint que Alexander Bickel, em sua monumental obra "The Least Dangerous Branch", qualificou de "Virtudes passivas" da justiça constitucional. Bickel preconizava que no exercício da jurisdição constitucional só restam ao Poder Judiciário 3 alternativas, isto é: a) anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua

RCL 4.335 / AC

compatibilidade com o texto constitucional; c) não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão constitucional. Essa regra de *sagesse politique*, de sabedoria política, tão importante para a vitalidade da democracia constitucional, parece-me plenamente aplicável ao caso ora em exame, sobretudo por a norma em causa, a par da sua literalidade quase “ofuscante”, em nada limita o exercício por essa Corte da sua missão de guarda da Constituição.¹

Assim, do exposto, peço vênia para discordar do relator, para não conhecer da reclamação, mas conhecer do pedido como *habeas corpus*, confirmando-se a liminar, e determinar a remessa de cópia integral dos autos ao tribunal competente, para que proceda como de direito.

¹ V. sobre o tema, Cláudio Ari Mello, “Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, Porto Alegre, 2004, Livraria do Advogado, p.203.