

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

ADRIANO SANT'ANA PEDRA

TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:
LIMITES E POSSIBILIDADES DAS MUDANÇAS INFORMAIS
DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA TEORIA DA
CONCRETIZAÇÃO

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2009

ADRIANO SANT'ANA PEDRA

TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:
LIMITES E POSSIBILIDADES DAS MUDANÇAS INFORMAIS
DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA TEORIA DA
CONCRETIZAÇÃO

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Doutor André Ramos Tavares.

SÃO PAULO

2009

BANCA EXAMINADORA

Para Roberta
eu dedico este trabalho
e o meu coração.

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta tese consolida mais um degrau em minha vida acadêmica. Ao longo do caminho, muitos obstáculos tiveram que ser superados, o que não seria possível sem a ajuda de Deus e de muitas pessoas.

Agradeço primeiramente a Ele, pelas permanentes bênçãos que recebo, e também à minha família, por tudo o que representa na minha vida. Agradeço, especialmente neste momento, aos meus pais pela formação que me foi dada, aos meus irmãos pelo exemplo a ser seguido, ao meu filho pela alegria de todas as horas e à minha esposa pelo apoio incondicional na realização dos meus sonhos.

Gostaria de deixar registrado o meu sincero agradecimento ao professor doutor André Ramos Tavares, orientador deste trabalho, pela fraternal acolhida e pela confiança depositada, pelos ensinamentos e diálogos que mantivemos, pela habitual atenção e disponibilidade e pelo exemplo de dedicação ao magistério e às letras jurídicas.

Agradeço também aos professores doutores Marcelo da Costa Pinto Neves e Roberto Baptista Dias da Silva que, juntamente com o professor orientador, compuseram a banca do exame de qualificação, por suas críticas e sugestões, que permitiram o aprimoramento deste trabalho.

Sou grato ainda aos professores do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), que muito contribuíram para a minha formação jurídica, ao transmitir saber e experiência.

Também agradeço aos meus colegas professores da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), pessoas comprometidas com a docência e com a pesquisa, pelas fecundas discussões proporcionadas pelo excelente ambiente acadêmico.

Aos meus alunos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória, agradeço o espírito crítico e a insatisfação com o argumento de autoridade, o que faz com que a aprendizagem seja recíproca.

Por fim, os agradecimentos a duas instituições que tenho a honra e o orgulho de integrar. À Faculdade de Direito de Vitória, instituição que prima pela excelência e que não mede esforços para a qualificação do seu corpo docente, pelo efetivo apoio recebido. E à Advocacia-Geral da União, que, dentro de uma louvável política de estímulo ao aprimoramento intelectual de seus membros, concedeu-me três meses de licença para capacitação.

Mais vale adquirir sabedoria do que ouro,
e é melhor adquirir discernimento do que prata.
(Provérbios – Cap.16, vers.16)

ADRIANO SANT'ANA PEDRA

**TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:
LIMITES E POSSIBILIDADES DAS MUDANÇAS INFORMAIS DA
CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA TEORIA DA CONCRETIZAÇÃO**

RESUMO

Este estudo objetiva analisar as mudanças informais da Constituição e examinar os limites a que elas estão submetidas. Ao contrário do que ocorre com as mudanças formais (reforma e revisão constitucional), as mudanças informais não estão previstas na Constituição. Mas as mudanças constitucionais ocorrem e são necessárias como meio de preservação e conservação da própria Constituição, visando ao seu aperfeiçoamento, e buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade. Isto acontece porque as normas constitucionais não podem ser consideradas perfeitas e acabadas, mas estão em uma constante situação de interação com a realidade. Não existe tratamento sistemático relativo às limitações a que se submetem as mutações constitucionais, pois há carência de trabalhos que enfrentem especificamente o tema. A hipótese proposta é que a mutação constitucional deve ocorrer dentro dos limites traçados pela força normativa e pela supremacia da própria Constituição. Para o desenvolvimento deste trabalho, é necessário considerar que a norma constitucional não se confunde com o texto da Constituição, mas é o resultado de um processo de concretização, metodologicamente estruturado. De acordo com a teoria da concretização, as normas constitucionais resultam da conexão entre o programa normativo (*Normprogram*), ou seja, a sua expressão literal, e o âmbito normativo (*Normbereich*), entendido como a realidade circundante, o que resulta na norma de decisão. As mutações constitucionais ocorrem a partir das alterações havidas no âmbito normativo e comportadas pelo processo de concretização. A abordagem metodológica seguida propõe a análise dos meios legítimos para ocorrerem as mutações constitucionais. Através de processo dedutivo, analisam-se quais mudanças informais da Constituição são comportadas pelo programa normativo, pelo âmbito normativo e pela norma de decisão. A técnica de pesquisa utilizada é a documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Os resultados obtidos com a pesquisa permitem avaliar as limitações que se impõem às mutações constitucionais, assim como associá-las aos elementos integrantes da norma. Os limites identificados e analisados neste trabalho são a elasticidade do texto, as decisões vinculantes do Tribunal Constitucional, a vedação de abolição de cláusulas pétreas, a vedação de retrocesso para direitos e garantias fundamentais (programa normativo), as restrições transcendentais, a aceitação legítima pela comunidade (âmbito normativo), a racionalidade das decisões, a competência conferida a outro órgão e a irretroatividade dos efeitos da nova interpretação (norma de decisão).

PALAVRAS-CHAVE: Abertura Constitucional; Âmbito Normativo; Concretização Constitucional; Interpretação Constitucional; Mutação Constitucional; Norma de Decisão; Programa Normativo.

ADRIANO SANT'ANA PEDRA

**CONSTITUTIONAL MUTATION THEORY:
THE LIMITS AND POSSIBILITIES OF INFORMAL CONSTITUTIONAL
CHANGES FROM CONCRETION THEORY**

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the informal constitutional changes and to further examine the limitations to which they are submitted. In opposition to what occurs with formal changes (constitutional amendments), informal changes are not foreseen by the Constitution. Nevertheless, constitutional changes occur and are necessary as means of preservation and conservation of the Constitution, purposing its perfection, and seeking, through a dialectical process, to attain harmony with society. This is due to the fact that constitutional norms are not to be considered perfect and complete, but are yet in a constant state of mutual interaction with reality. There is no systematic treatment related to the limitations to which constitutional mutations submit existing in fact a shortage of works that deal specifically with the theme. The proposed hypothesis is that constitutional mutation must occur within the limits set by the normative force and by the supremacy of the Constitution itself. For the development of this work, it is necessary to consider that the constitutional norm does not confound with the Constitution text, but it is the result of a concretion process, methodologically structured. According to the concretion theory, constitutional norms result from the connection between the normative program (*Normprogram*), that is, its literal expression, and the normative ambit (*Normbereich*), understood by the surrounding reality, which results in a decision norm. Constitutional mutations occur from the existing alterations in the normative ambit and contained by the concretion process. The followed methodological approach proposes the analysis of legitimate ways for constitutional mutations to occur. Through deductive process, the informal constitutional changes that may be contained by the normative program, by the normative ambit and by the decision norm are analyzed. The applied research technique is the bibliographic research, jurisprudential and legislative. The obtained results with the research enables us to evaluate the limitations that are imposed to constitutional mutations, as well as associating them to the elements that integrate the norm. The identified and analyzed limits in this work are the elasticity of the text, the binding orders of the Constitutional Court, the prohibition of abolition of perpetual clauses, the prohibition retreating to fundamental rights and writs (normative program), the transcending restrictions, the legitimate acceptance by the community (normative ambit), the rationality of the decisions, the authority conferred to another institution and the non-retroactivity of the effects of the new interpretation (decision norm).

KEY WORDS: Constitution Opening; Normative Ambit; Legal Concretion; Constitutional Interpretation; Constitutional Mutation; Decision Norm; Constitutional Mutation; Normative Program.

ADRIANO SANT'ANA PEDRA

**THÉORIE DE LA MUTATION CONSTITUTIONNELLE:
LIMITES ET POSSIBILITÉS DES CHANGEMENTS INFORMELS DE LA
CONSTITUTION À PARTIR DE LA THÉORIE DE LA CONCRÉTISATION**

RÉSUMÉ

Le but de cette étude est d'analyser les changements informels de la Constitution et d'examiner les limites auxquelles ils sont soumis. À l'inverse de ce qui arrive aux changements formels (réforme et révision constitutionnelle), les changements informels ne sont pas prévus dans la Constitution. Pourtant, les changements constitutionnels se produisent et sont nécessaires en tant que moyen de préservation et de conservation de la Constitution elle-même, visant à son perfectionnement et cherchant, dans un processus dialectique, à atteindre l'harmonie avec la société. Cela se passe parce que les normes constitutionnelles ne peuvent pas être considérées parfaites et achevées puisqu'elles sont, constamment, dans une situation d'interaction avec la réalité. Il n'existe pas de traitement systématique relatif aux limitations auxquelles se soumettent les mutations constitutionnelles étant donné que des travaux spécifiques sur ce sujet font défaut. L'hypothèse proposée ici c'est que la mutation constitutionnelle doit se produire dans des limites tracées par la force normative et par la suprématie même de la Constitution. Pour le développement de ce travail, il faut considérer que la norme constitutionnelle ne se confond pas avec le texte de la Constitution mais qu'elle est le résultat d'un processus de concrétisation méthodologiquement structuré. D'après la théorie de la concrétisation, les normes constitutionnelles résultent de la connexion entre le programme normatif (*Normprogram*), c'est-à-dire, son expression littérale, et le champ normatif (*Normbereich*), compris comme la réalité environnante, ce qui a, comme résultat, la norme de la décision. Les mutations constitutionnelles se produisent à partir des altérations survenues au champ normatif et contenues dans le processus de concrétisation. L'abord méthodologique qui se suit propose l'analyse des moyens légitimes permettant que les mutations constitutionnelles aient lieu. Par le moyen du processus déductif, on analyse quels changements informels de la Constitution comportent le programme normatif, le champ normatif et la norme de décision. La technique de recherche utilisée ici c'est la recherche bibliographique, jurisprudentielle et législative. Les résultats obtenus par ce travail permettent d'évaluer les limitations qui s'imposent aux mutations constitutionnelles ainsi que de les associer aux éléments intégrants de la norme. Les limites identifiées et analysées dans cette étude sont l'élasticité du texte, les décisions contraignantes du Tribunal Constitutionnel, l'interdiction d'abolition de clauses intangibles, l'interdiction de recul concernant les droits et les garanties fondamentaux (programme normatif), les restrictions transcendantes, l'acceptation légitime par la communauté (champ normatif), la rationalité des décisions, la compétence conférée à un autre organe et la non-rétroactivité des effets de la nouvelle interprétation (norme de décision).

MOTS-CLÉS: Ouverture Constitutionnelle; Champ Normatif; Concrétisation Constitutionnelle; Interprétation Constitutionnelle; Mutation Constitutionnelle; Norme de Décision; Programme Normatif.

ADRIANO SANT'ANA PEDRA

**TEORÍA DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL:
LÍMITES Y POSIBILIDADES DE LOS CAMBIOS INFORMALES DE LA
CONSTITUCIÓN A PARTIR DE LA TEORÍA DE LA CONCRETIZACIÓN**

RESÚMEN

El presente estudio tiene como objetivo analizar los cambios informales de la Constitución y examinar los límites a los cuales están sujetos. Al contrario de lo que ocurre con los cambios formales (reforma y revisión constitucional), los cambios informales no están previstos en la Constitución. No obstante, estos cambios constitucionales ocurren y son necesarios como medio de preservación y conservación de la propia Constitución, permitiendo su perfeccionamiento y procurando, mediante un proceso dialéctico, alcanzar la armonía con la sociedad. Esto sucede porque las normas constitucionales no pueden ser consideradas perfectas y definitivas, puesto que están en una situación de interacción con la realidad. No existe tratamiento sistemático relativo a las limitaciones a que se someten las mutaciones constitucionales, ya que no existen trabajos que enfrenen específicamente el tema. La hipótesis propuesta es que las mutaciones constitucionales deben ocurrir dentro de los límites trazados por la fuerza normativa y por la supremacía de la propia Constitución. Para el desarrollo de este trabajo, es necesario considerar que la norma constitucional no se confunda con el texto mismo de la Constitución, pero que sea el resultado de un proceso de concretización, metodológicamente estructurado. De acuerdo con la teoría de la concretización, las normas constitucionales resultan de la conexión entre el programa normativo (*Normprogram*), o sea, su expresión literal, y el ámbito normativo (*Normbereich*), entendido como la realidad circundante, que da como resultado la norma de decisión. Las mutaciones constitucionales ocurren a partir de las alteraciones habidas en el ámbito normativo, y comportadas por el proceso de concretización. El abordaje metodológico que sigue, propone un análisis de los medios legítimos para que ocurran las mutaciones constitucionales. A través de proceso deductivo se analizan cuales son los cambios informales comportados por el programa normativo, por el ámbito normativo y por la norma de decisión. Las técnicas de pesquisa utilizadas, son la bibliográfica y la jurisprudencial. Los resultados obtenidos con tal pesquisa, permiten avalar las limitaciones que se oponen a las mutaciones constitucionales y las asocia a los elementos integrantes de la norma. Los límites identificados y analizados en el presente trabajo son, la elasticidad en el texto, las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional, la limitación de la abolición de cláusulas pétreas, la veda de la retroactividad de los derechos y garantías fundamentales (programa normativo), las restricciones trascendentales, la aceptación legítima por la comunidad (ámbito normativo), la racionalidad de las decisiones, la competencia conferida a otro órgano y la irretroactividad de los efectos de la nueva interpretación (norma de decisión).

PALABRAS CLAVES: Apertura Constitucional, Ámbito Normativo, Concretización Constitucional, Interpretación Constitucional, Mutación Constitucional, Norma de Decisión; Programa Normativo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	–	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADC-MC	–	Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	–	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIn-AgR	–	Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIn-Mc	–	Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	–	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	–	Advocacia-Geral da União
AI	–	Agravo de Instrumento
AI-AgR	–	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
Cf.	–	Conferir
CF	–	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CN	–	Congresso Nacional
CNJ	–	Conselho Nacional de Justiça
CNTS	–	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
CPI	–	Comissão Parlamentar de Inquérito
DJ	–	Diário de Justiça
DOU	–	Diário Oficial da União
EC	–	Emenda Constitucional
HC	–	<i>Habeas Corpus</i>
J.	–	Julgado em
Min.	–	Ministro
MS	–	Mandado de Segurança
MS-MC	–	Medida Liminar em Mandado de Segurança
p.	–	página(s)
PEC	–	Proposta de Emenda Constitucional
RE	–	Recurso Extraordinário
REsp	–	Recurso Especial
Rel.	–	Relator
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
STF	–	Supremo Tribunal Federal
TSE	–	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL	18
1.1 INTERPRETAÇÃO E (CON)TEXTO	18
1.1.1 A linguagem jurídica e as suas peculiaridades	21
1.1.2 A superação da crença da neutralidade do intérprete	28
1.1.3 A interpretação dentro do contexto	40
1.2 TEXTO NORMATIVO E NORMA	48
1.3 ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO	56
1.3.1 Constituição aberta	56
1.3.2 Sistema normativo aberto de princípios e regras	65
1.4 CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA	72
1.5 CONCRETIZAÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	95
2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	103
2.1 TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS	103
2.2 A ESCOLA ALEMÃ DE DIREITO PÚBLICO E A ORIGEM DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	108
2.2.1 Paul Laband	110
2.2.2 Georg Jellinek	112
2.2.3 Hermann Heller	117
2.2.4 Rudolf Smend	121
2.2.5 Hsü Dau-Lin	127
2.3 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	135
2.3.1 A superação da ideia de mutação constitucional como um problema	135
2.3.2 A mutação constitucional como um meio legítimo de mudança informal da Constituição	138
2.3.3 Alteração no âmbito normativo e mutação constitucional	144
2.4 MEIOS DE REALIZAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	150
2.4.1 Interpretação constitucional oficial e interpretação constitucional não-oficial	153
2.4.2 Mutações constitucionais por meio da interpretação legislativa	157
2.4.3 Mutações constitucionais por meio da interpretação administrativa	163
2.4.4 Mutações constitucionais por meio da interpretação judicial	169
2.4.5 Mutações constitucionais por meio das práticas constitucionais	176
3 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	196
3.1 A SUPREMACIA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	198
3.2 LIMITES CONCERNENTES AO PROGRAMA NORMATIVO	203
3.2.1 Elasticidade do texto	203
3.2.2 Decisões vinculantes do Tribunal Constitucional	213
3.2.3 Vedação de abolição de cláusulas pétreas	222
3.2.4 Vedação de retrocesso para direitos e garantias fundamentais	232
3.3 LIMITES CONCERNENTES AO ÂMBITO NORMATIVO	251

3.3.1 Restrições transcendent	251
3.3.2 Aceitação legítima pela comunidade	262
3.4 LIMITES CONCERNENTES À NORMA DE DECISÃO	276
3.4.1 Racionalidade das decisões	276
3.4.2 Competência conferida a outro órgão: tensões entre os intérpretes da Constituição	280
3.4.3 Irretroatividade dos efeitos da nova interpretação	296
3.5 MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL	299
CONCLUSÃO	308
REFERÊNCIAS	314

INTRODUÇÃO

Uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e se efetiva constantemente. Se forem analisadas Constituições antigas, como a dos Estados Unidos, ninguém hesitaria em concordar que palavras como liberdade e igualdade tinham um significado na formulação inicial do texto constitucional muito diferente daquele existente na prática social e política de hoje.

A mutação constitucional é um processo informal que cuida da atualização da Constituição. Na mutação, a norma constitucional modifica-se apesar da permanência do seu texto, pressupondo a não identificação entre a norma e o texto normativo.

Todavia, este fenômeno não está expressamente previsto no texto constitucional, ao contrário do que acontece com a reforma e com a revisão constitucional. E, sendo assim, não existem limites expressos no texto constitucional para a realização de uma alteração informal.

Em verdade, inexistente tratamento sistemático no tocante às limitações dos processos informais de mudança da Constituição. Embora a mutação seja recorrente nas Constituições, trata-se de um tormentoso tema ainda pouco enfrentado pela doutrina. Daí a relevância do aprofundamento dos estudos deste fenômeno, especialmente no que concerne à questão dos limites e das possibilidades das mudanças informais da Constituição, o que se justifica diante da carência de análise metódica destas limitações.

O objetivo deste estudo é, pois, identificar e analisar os limites que se impõem para as mutações constitucionais. Optou-se, nesse sentido, em realizar este estudo a partir da teoria da concretização constitucional. A fim de se emancipar de uma hermenêutica tradicional, são adotados neste trabalho algumas das proposições da metódica estruturante de Friedrich Müller. Neste contexto, toma-se o ordenamento constitucional como um sistema normativo aberto e a teoria concretista de Friedrich

Müller propõe-se a atender as demandas da sociedade contemporânea, que tem como características a diferenciação social e o pluralismo político.

Para Friedrich Müller, a norma não se confunde com o texto do preceito jurídico, mas é o resultado de um complexo processo de concretização, metodologicamente estruturado, em que atuam, além do referencial linguístico do comando jurídico, outros elementos constitutivos da normatividade, notadamente as circunstâncias fáticas relacionadas ao caso concreto.

Segundo a teoria da concretização, as normas constitucionais resultam da conexão entre o *programa normativo* (*Normprogramm*), ou seja, a sua expressão literal, e o *âmbito normativo* (*Normbereich*), entendido como a realidade circundante. Devido ao fato de o *âmbito normativo* estar sujeito a alterações ao longo do tempo, os resultados da concretização da norma podem modificar-se, apesar de o texto normativo – e, com isso, no essencial, o *programa normativo* – permanecer o mesmo. Dessa forma, as mutações constitucionais ocorrem a partir das alterações havidas no âmbito normativo e devem ser aferidas no processo de concretização das normas constitucionais.

Sob este marco teórico, a hipótese proposta é que a mutação constitucional deve ocorrer dentro dos limites impostos pela força normativa e pela supremacia da própria Constituição. A partir daí, é possível abordar a questão que este trabalho objetiva responder acerca dos limites e das possibilidades das mutações constitucionais.

A abordagem metodológica seguida propõe a análise dos meios legítimos para ocorrerem as mutações constitucionais. Para alcançar os desideratos almejados, será utilizado o método dedutivo, método de abordagem que parte de premissas gerais para obter conclusões específicas. A partir da teoria da concretização será possível explicar a ocorrência de mudanças informais da Constituição.

Convém destacar que, no método dedutivo, não se explicam as premissas, mas sim a relação entre estas e a conclusão que acarretam, o que é feito neste trabalho. Dessa forma, por meio de processo dedutivo, analisam-se quais mudanças informais

da Constituição são comportadas pelo programa normativo, pelo âmbito normativo e pela norma de decisão.

A análise das mutações constitucionais é feita levando-se em consideração precipuamente o ordenamento constitucional brasileiro, mas sem perder de vista o que ocorre em outros países, e, para tanto, são igualmente aplicados os procedimentos histórico e comparativo. Na esteira destes procedimentos, a técnica de pesquisa utilizada é a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica de obras brasileiras e estrangeiras e da pesquisa documental de constituições, leis, julgados e atos de natureza administrativa.

O estudo desdobra-se em três capítulos, seguidos da conclusão.

No primeiro capítulo, percorrem-se as bases da teoria da concretização constitucional. Constatase que o processo interpretativo não é apenas cognitivo, mas fundamentalmente volitivo. No paradigma atual, há a superação de uma concepção tradicional, em que a interpretação era compreendida apenas como a descoberta do sentido do texto normativo, para uma outra concepção, na qual se verifica um processo criativo de produção de norma, ou seja, o que se tem é uma *atribuição* e não uma *descoberta* de um significado preexistente do enunciado linguístico. Isto porque, como em qualquer processo de conhecimento, a relação sujeito-objeto vem condicionada pela atuação recíproca de um sobre o outro.

Neste contexto, é imprescindível fazer a distinção entre texto normativo e norma. A estrutura da norma constitucional apresenta-se determinada pelo programa normativo e pelo âmbito normativo, e a conexão entre ambos irá resultar na norma de decisão. Toda esta análise permite constatar a relação existente entre concretização e mutação constitucional.

Em seguida, no segundo capítulo, examinam-se os processos informais de mudanças na Constituição, que se prestam a mantê-la em harmonia com a realidade. O início deste capítulo é dedicado a estudar a origem da teoria da mutação constitucional, conferindo como a doutrina alemã ocupou-se do assunto, desde o século XIX, ao perceber a ocorrência de mudanças silenciosas nas normas

constitucionais. Isto permite verificar a diferença de compreensão existente atualmente em relação àquela época, superando, assim, a concepção da mutação constitucional como um problema.

É preciso, então, estudar a natureza da mutação constitucional e a sua relação com as mudanças na realidade. Simplesmente dizer que a mutação constitucional implica uma modificação no conteúdo das normas, que, conservando o mesmo texto, adquirem um significado diferente, pode representar uma aproximação esclarecedora do fenômeno da modificação informal da Constituição, mas dista muito de uma explicação definitiva. A descrição reducionista da mutação constitucional como mudança de significado da norma sem que se altere o texto constitucional é insuficiente para descrever o fenômeno e esconde a complexidade do tema. Em razão desta complexidade, e também da divergência existente na doutrina, torna-se indispensável analisar detidamente como a mutação se realiza, sistematizando os meios encontrados na prática constitucional.

Contudo, a mutação constitucional somente pode ocorrer dentro de limites estabelecidos pela normatividade da Constituição, os quais estão relacionados aos seus elementos constitutivos.

Estes limites são analisados no terceiro capítulo deste estudo. A partir da teoria da concretização, são identificados e analisados como limites às mutações constitucionais: (i) a elasticidade do texto; (ii) as decisões vinculantes do Tribunal Constitucional; (iii) a vedação de abolição de cláusulas pétreas; (iv) a vedação de retrocesso para direitos e garantias fundamentais; (v) as restrições transcendentais; (vi) a aceitação legítima pela comunidade; (vii) a racionalidade das decisões; (viii) a competência conferida a outro órgão e (ix) a irretroatividade dos efeitos da nova interpretação.

Estes limites às mutações constitucionais são imprescindíveis, pois, se, por um lado, a Constituição precisa se conformar à realidade, por outro, deve-se ter a prudência de assegurar a supremacia normativa da Constituição.

1 CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 INTERPRETAÇÃO E (CON)TEXTO

Ninguém discorda que a expressão *in claris non fit interpretatio*¹ é hoje reputada absolutamente anacrônica. Apesar da resistência de alguns poucos², a interpretação é imprescindível em qualquer hipótese, independentemente de quanta clareza haja.

De certa forma, esta teoria está fundada na utopia de que existem clareza e precisão na maior parte dos textos normativos. Jean-Louis Bergel³ escreve que, classicamente, se ensina que um texto só deve ser interpretado quando for obscuro, impreciso ou ambíguo e que, quando a lei for clara, ela deve ser aplicada sem que se recorra à interpretação. Esta doutrina leva à distinção entre a aplicação direta dos textos claros e a interpretação dos textos obscuros, que demandariam um certo esforço do intérprete na busca do seu significado.

Deve-se destacar que, em algumas situações, a clareza é sustentada com fins ideológicos. A bandeira exegética do *in claris non fit interpretatio*, ainda mantida por alguns autores, reflete uma hierarquia entre as fontes do direito, fazendo com que a lei se imponha sobre a criação dos juízes⁴.

Merece registro ainda que uma Constituição é aprovada por um grande número de pessoas, sendo que nem todas a compreenderam da mesma maneira, e não se pode dizer que determinada intenção de um constituinte é a mesma (ou ainda mais importante) que outra.

¹ “Na claridade da lei, não há necessidade de interpretação”.(Brocardo jurídico).

² A. Castanheira Neves reconhece “uma surpreendente sobrevivência dessa tese”. Ressalta ainda que “a exigência da interpretação, ou a sua necessária mediação em toda a problemática realização concreta do direito devia fazer com que se considerasse já hoje obsoleta a tese da exclusão da interpretação desde que a fonte interpretada se exprimisse num texto claro e inequívoco: *in claris non fit interpretatio, interpretatio cessat in claris*, como o exprimiam os juristas medievais”. (NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003, t. I, p. 14-15)

³ BERGEL, Jean-Louis. **Méthodologie juridique**. Paris: PUF, 2001, p. 233.

⁴ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2004, p. 86.

É verdade que há textos normativos que estão redigidos clara e precisamente, mas até mesmo esses necessitam ser interpretados para melhor esclarecimento do seu conteúdo, pois “uma norma jurídica não é desde já aplicável como o quer um positivismo com base na clareza do texto de norma”⁵. Eros Roberto Grau destaca que “os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza –, mas também porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios”⁶. Neste sentido, posiciona-se Karl Larenz.

Seria um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente “obscuros”, “pouco claros” ou “contraditórios”; pelo contrário, em princípio todos os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação. Esta sua necessidade de interpretação não é um “defeito” que pudesse remediar-se em definitivo mediante uma redação tão precisa quanto possível⁷.

Parece muito clara a prescrição contida em uma placa no jardim com os dizeres “é proibido pisar na grama”. Mas será que isto pode levar alguém a pensar que não é vedado andar de bicicleta sobre a grama, ou ainda pisar na parte do jardim onde somente há flores? Também parece que existe muita clareza no regimento de um edifício em que se proíbe a entrada de animais. É possível imaginar que está proibida a entrada de todos os animais, inclusive os racionais (nós mesmos!) e aqueles que não trarão quaisquer transtornos à vida em condomínio, como, *v.g.*, peixinhos de aquário? É evidente que a resposta a estas indagações é negativa.

A particularidade dos casos concretos proporciona diferenças que demandam uma adequada interpretação. Como sustenta Friedrich Müller⁸, uma norma pode parecer suficientemente clara diante de um determinado caso, mas “já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente destituída de clareza”⁹.

⁵ SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 417.

⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 283-284.

⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 62.

⁹ *Ibidem*, p. 62.

A necessidade de interpretação decorre de que o sistema jurídico deixa várias possibilidades em aberto, não contendo ainda qualquer decisão sobre a questão de “saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixar antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto”¹⁰. Dessa forma, mesmo que as normas jurídicas sejam adequadamente formuladas, “podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas”¹¹.

Convém acrescentar ainda que a suposta clareza não é uma propriedade do texto, mas fruto da interpretação. “Note-se que até para se afirmar que uma lei é clara é necessário interpretá-la”¹². Nesse sentido, é a lição de Riccardo Guastini:

Poder-se-ia acrescentar que a própria distinção entre textos “claros” e textos “obscuros” é discutível, no sentido de clareza e obscuridade, se observarmos bem, não serem qualidades intrínsecas de um texto que precedem a interpretação: são, elas próprias, fruto de interpretação, entendida em sentido lato como atribuição de significado a um texto. Isto por duas razões: antes de tudo, porque é somente depois de haver interpretado um texto que se poderá dizer se ele é claro ou obscuro. Além disso e, principalmente, em relação à própria clareza ou obscuridade do texto pode haver controvérsia: um texto pode revelar-se claro para uma pessoa e obscuro para outras¹³.

Segundo Konrad Hesse, a tarefa da interpretação constitucional é “encontrar o resultado constitucionalmente ‘exato’ em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade”¹⁴. Em se tratando da Constituição, a atividade interpretativa ganha ainda maior relevo e magnitude, mormente em razão de sua textura aberta. “A abertura do texto constitucional enterrou, de uma vez por todas, a noção de que somente o texto legal que não fosse claro deveria ser interpretado”¹⁵.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 392.

¹¹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 139.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 155.

¹³ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 135-136.

¹⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 55.

¹⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008, p. 84.

1.1.1 A linguagem jurídica e as suas peculiaridades

As normas jurídicas são constituídas a partir de palavras que têm características próprias da linguagem natural. Isto não é uma circunstância meramente accidental, tampouco deve ser vista como um defeito grave ou como uma insuficiência do Direito. O uso da linguagem natural é necessário para que as normas jurídicas sejam compreendidas pelo maior número possível de pessoas. A função social do Direito estaria seriamente comprometida se as normas jurídicas fossem formuladas de maneira que apenas um pequeno grupo de iniciados pudesse compreendê-las. Por isso, afirma Genaro R. Carrió, “é legítimo dizer que as normas jurídicas não apenas se valem da linguagem natural, mas também, em certo sentido, devem fazê-lo”¹⁶.

Para disciplinar a conduta humana, o legislador utiliza signos linguísticos para expressar o sentido daquilo que deve ser. O legislador, então, vale-se de vocábulos da linguagem cotidiana.

Como nosso aparato linguístico não é rico o suficiente, nem haveria vantagem alguma em sê-lo, não dispomos de uma palavra para cada objeto individual, para cada fato concreto, para cada propriedade de cada objeto individual ou fato concreto, etc. [...] É aqui, no uso de palavras gerais, que são palavras classificadoras, em que se encontra a raiz de certas incertezas que podem frustrar uma comunicação linguística¹⁷. (Tradução nossa)

O texto constitucional é composto por palavras, que são símbolos convencionais. Ao contrário do que ocorre com a Física ou com a Matemática, por exemplo, que se utilizam de uma linguagem própria¹⁸, o Direito vale-se de uma linguagem natural –

¹⁶ Para conferir credibilidade, segue texto original: “Por ello es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, *tienen* que hacerlo”. (CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2006, p. 49)

¹⁷ Para conferir credibilidade, segue texto original: “Como nuestro equipo lingüístico no es lo suficientemente rico, ni habría ventaja alguna en que lo fuera tanto, no disponemos de una palabra para cada objeto individual, para cada hecho concreto, para cada propiedad de cada objeto individual o hecho concreto, etcétera. [...] Es aquí, en el uso de palabras generales, que son palabras clasificadoras, donde se halla la raíz de ciertas incertidumbres que pueden, y suelen, frustrar una comunicación lingüística”. (*Ibidem*, p. 27)

¹⁸ Em verdade, o uso de uma linguagem própria não afasta a complexidade. A necessidade de conhecer a verdade simples e singular perturbou o matemático Kurt Gödel, que queria saber se era possível formular uma afirmação matemática (uma equação) capaz de conter em si toda a verdade. O

como o português, o inglês, o francês, o espanhol, o italiano e o alemão. Isto ocorre não só em razão da inexistência desta linguagem própria, mas também porque a linguagem jurídica possui uma função social. Uma linguagem própria seria ininteligível para a maioria das pessoas, que não obstante deveriam se portar de acordo com o ordenamento jurídico. Da mesma forma, escreve Karl Larenz que “o legislador serve-se da linguagem corrente porque e na medida em que se dirige ao cidadão e deseja ser entendido por ele”¹⁹. Contudo, é preciso registrar a lavra de Carlos Maximiliano, para quem

a palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida, a forma não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias ideias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto²⁰.

Manuel Atienza afirma que provavelmente é impossível eliminar toda a vagueza de nossos conceitos, em especial quando “o veículo dos mesmos é a linguagem natural (castelhano, catalão, inglês [...]) e não uma linguagem artificial construída com o propósito de eliminar, no possível, a vagueza e as imprecisões em geral (a linguagem científica)”²¹.

teorema de Gödel afirma que o que quer que tentemos dizer em linguagem humana, em qualquer tipo de linguagem, há de ser sempre parcial. Tal teorema afeta os próprios fundamentos da nossa existência comum na sociedade. Afeta os motivos que damos e os que buscamos para explicar nossos atos, assim como os motivos que nos dispomos a aceitar como explicação dos atos alheios. Afeta os fundamentos do valor e de nossa tolerância para com os valores alheios. (GÖDEL, Kurt. **On formally undecidable propositions of principia mathematica and related systems**. Trad. B. Meltzer. New York: Dover, 1992). Além disso, Boaventura de Sousa Santos comenta que “se as leis da natureza fundamentam o seu rigor no rigor das formalizações matemáticas em que se expressam, as investigações de Gödel vêm demonstrar que o rigor da matemática carece ele próprio de fundamento”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 70)

¹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 451. Ademais, prossegue o autor: “A linguagem jurídica é um caso especial da linguagem geral, não é uma linguagem simbolizada, completamente desligada dela. Isto tem como consequência, como já repetidamente sublinhamos, que não é capaz de alcançar a exatidão de uma linguagem simbolizada, de maneira que os seus termos continuam a necessitar de interpretação”.

²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 29.

²¹ A lavra original do professor de Alicante: “en especial cuando el vehículo de los mismos es el lenguaje natural (castellano, catalán, inglés...) y no un lenguaje artificial construido a propósito para eliminar en lo posible la vaguedad y las imprecisiones en general (el lenguaje científico)”. (ATIENZA, Manuel. **Introducción al derecho**. 2. ed. Cidade do México: Fontamara, 2000, p. 19)

É possível verificar, dessa forma, possíveis ausências de interseção entre linguagem e realidade, porque nem sempre as palavras se referem a um e somente a um objeto real. Os termos da linguagem natural apresentam, de um modo geral, algumas características que impossibilitam o acesso a uma significação plena. E essas “incertezas designativas/denotativas dos termos da linguagem natural são estudadas pela Filosofia da Linguagem Ordinária como problemas de *vagueza* e *ambiguidade* dos termos gerais”²².

Assim, ocorre a *ambiguidade* quando uma palavra é utilizada com mais de um significado. Trata-se de um caso particular de incerteza designativa, pois um único termo possui mais de um conjunto de propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos claramente distintos.

Assim, por exemplo, o termo “manga” é ambíguo, porque designa uma fruta ou uma parte do vestuário. Este tipo de ambiguidade denomina-se *homonímia*. A ambiguidade apresenta-se, também, sob a forma de *polissemia*, que se refere aos casos onde um mesmo termo designa um conjunto de significados designativos conectado metaforicamente. Assim, a palavra “pesado” pode referir-se tanto a este livro como uma tonelada de ferro, podendo também ser empregada para designar uma pessoa cansativa. Além dos significados figurativos, pode-se tratar de um tipo de ambiguidade chamado *processo-produto*, que ocorre quando se aplica o mesmo significante para referir-se tanto a uma atividade como ao resultado da mesma. Dessa forma, é chamada ciência a atividade exercida pelos cientistas e, ao mesmo tempo, o resultado desta atividade (discurso). No campo jurídico, temos, por exemplo, a palavra “contrato” aplicada à atividade de contratar e ao documento resultante desta atividade. Por vezes também se fala de ambiguidade para os casos de *anfibologia*. Uma palavra ou grupo de signos é anfibológico quando se pode precisar as características designativas com independência do contexto de uso (contém um alto grau de incerteza ao nível de sua significação de base, o que permite uma relativa multiplicidade dos campos denotativos aos quais pode ser aplicado)²³.

Dessa forma, é possível dizer que a *ambiguidade* refere-se à *intenção*, haja vista que uma palavra ambígua possui vários significados diferentes, correspondentes a denotações distintas.

²² WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 76.

²³ *Ibidem*, p. 78. Para Warat, “alguns autores, geralmente, fornecem como exemplos de expressões anfibológicas os enunciados contidos nos horóscopos, que não deixam de ser fórmulas tópicas ou estereotipadas”.

Outra incerteza significativa que nos exige a atenção é a *vagueza* ou *vaguidade*. Um palavra é vaga quando não se pode dizer, em certos casos, se ela se aplica ou não ao objeto. Nesse sentido, a *vagueza* refere-se à *extensão*.

Nos termos vagos, não há uma regra definida para a sua aplicação. Existe um estado de indeterminação da palavra. A vagueza pode ser considerada como “a incapacidade de determinarmos se a linguagem da realidade social está abrangida pelo conceito de uma palavra. Por outro giro: é a impossibilidade de aplicarmos determinada palavra à linguagem da realidade social”²⁴.

Os critérios através dos quais se pretende explicar o significado de um termo da linguagem natural não permitem decidir, em todos os casos, “os limites precisos para sua denotação, devendo os usuários decidirem pragmaticamente se incluem ou não determinadas situações, objetos ou subclasses de termos dentro da denotação”²⁵.

Genaro R. Carrió explica que carece de sentido falar de limites precisos. A dúvida “origina-se quando não sei bem onde termina o campo de aplicação da palavra ‘X’ e este caso parece estar localizado nas proximidades das linhas limítrofes, cuja localização não posso precisar”²⁶.

Existem zonas de *certeza positiva*, zonas de *certeza negativa* e zonas de *incerteza*. Há situações em que as palavras aplicam-se perfeitamente à linguagem constitutiva do real (zonas de certeza positiva) e há outras situações em que a inaplicabilidade é manifesta (zonas de certeza negativa). Todavia, em determinados casos, a aplicabilidade da palavra é incerta (zonas de incerteza).

Há um foco de intensidade luminosa onde se agrupam os exemplos típicos, aqueles diante dos quais não se duvida que a palavra é aplicável. Há uma zona de obscuridade em torno, onde estão situados todos os casos em que não se duvida que a palavra não é aplicável. O trânsito de uma zona para a outra é gradual; entre a luminosidade total e a obscuridade total há uma

²⁴ MOUSSALEM, Tárék Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 55.

²⁵ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 76.

²⁶ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2006, p. 31. Para conferir credibilidade, segue o texto original: “se origina en que no sé bien dónde termina el campo de aplicación de la palabra ‘X’ y este caso parece hallarse en las proximidades de esos desdibujados linderos, cuya ubicación no puedo precisar”.

zona de penumbra sem limites precisos. Ela não começa nem termina em nenhum lugar, mas, paradoxalmente, existe. As palavras que usamos diariamente para aludir ao mundo em que vivemos e a nós mesmos carregam consigo esta imprecisa aura de imprecisão²⁷. (Tradução nossa)

Nas palavras de Alf Ross, a referência semântica da palavra possui uma zona central sólida em que “sua aplicação é predominante e certa, e um nebuloso círculo exterior de incerteza, no qual sua aplicação é menos usual e no qual se torna mais duvidoso saber se a palavra pode ser aplicada ou não”²⁸. Assim, exemplifica Genaro R. Carrió que é sabido “o que quer dizer ‘jovem’ ou ‘calvo’”. Não se trata aqui de um problema de ambigüidade. O problema é outro: carece de sentido perguntar a partir de qual idade precisamente deixa-se de ser jovem, ou quantos cabelos deve-se ter para não ser calvo”²⁹.

As palavras que aparecem nas normas jurídicas para aludir a fatos, acontecimentos ou atividades humanas, e proporcionar diretrizes ou critérios para guiar ou julgar estas últimas, têm, pois, uma zona de penumbra, quer dizer, são real ou potencialmente vagas. A vagueza evidencia-se no caso marginal ou atípico. Na sua presença, quem trata de orientar sua conduta segundo a regra, ou apreciar o comportamento alheio à luz dela, sente-se desconcertado³⁰.

Convém destacar, porém, que a imprecisão das palavras não ocorre apenas em relação aos espectros contínuos. A imprecisão também acontece quando se pretende aplicar a palavra a situações ou objetos que não exibem todas as características designativas explicitadas pelas regras de uso. “As regras de uso não proporcionam propriedades designativas precisas pelo fato de que nenhuma

²⁷ Para conferir credibilidade, segue o texto original: “Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo en que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión”. (CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2006, p. 34)

²⁸ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 142.

²⁹ Para conferir credibilidade, segue o texto original: “ya sabemos lo que quiere decir ‘joven’ o ‘calvo’. No se trata aquí de un problema de ambigüedad. El problema es este otro: carece de sentido preguntarse a qué precisa edad se deja de ser joven, o cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo”. (CARRIÓ, Genaro R. *Op. Cit.*, p. 31, nota 27)

³⁰ Para cotejo, eis o texto original: “Las palabras que aparecen en las normas jurídicas para aludir a hechos, sucesos o actividades humanas, y proporcionar pautas o criterios para guiar o juzgar estas últimas, tienen, pues, una zona de penumbra, es decir, son actual o potencialmente vagas. La vaguedad se pone de manifiesto al caso marginal o atípico. En su presencia, quien trata de orientar su conducta según la regla, o apreciar el comportamiento ajeno a la luz de ella, se siente desconcertado”. (*Ibidem*, p. 52)

linguagem pode prever o surgimento de situações ou objetos inéditos³¹. Esta possibilidade de incorporar a denotação de um termo às situações inéditas é chamada de *textura aberta da linguagem*.

Dessa forma, utilizando um conceito também invocado por Herbert L. A. Hart³², os textos jurídicos oferecem-se como uma *textura aberta* (“*open texture*”), significando uma abertura tanto no sentido de indeterminação conotativa – porque são sempre função de um contexto de significação – quanto no sentido de indeterminação denotativa – porque são sempre função de um contexto de aplicação³³. Com efeito, “a textura aberta representa uma potencial vaguidade e, portanto, traz com ela uma certa indeterminação e imprevisibilidade³⁴. Nesse sentido é a lavra de Genaro R. Carrió:

Esta característica de vagueza potencial que a linguagem natural necessariamente exhibe foi chamada por Waismann de “textura aberta da linguagem”. Carnap alude ao mesmo fenômeno quando fala de “vaguidade intencional³⁵”.

Muitas palavras não são consideradas vagas, porque não suscitam dúvidas na nossa mente. Todavia, “todas as palavras que usamos para falar do mundo que nos cerca, e de nós mesmos, são, ao menos, *potencialmente vagas*”³⁶, pois suas condições de aplicação não estão determinadas em todas as direções possíveis. Sempre é possível imaginar circunstâncias, suposições ou casos diante dos quais o uso não dita nem a aplicação nem a não aplicação do termo. Além disso, “um texto

³¹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 77.

³² Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 140-141. Para o autor, “seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*”.

³³ NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003, t. I, p. 23.

³⁴ STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 118.

³⁵ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2006, p. 35. Para conferir credibilidade, segue a lavra original: “Esta característica de *vaguedad potencial* que los lenguajes naturales necesariamente exhiben ha sido llamada por Waismann ‘la textura abierta del lenguaje’. Carnap alude al mismo fenómeno cuando habla de ‘vaguedad intencional’.”

³⁶ *Ibidem*, p. 34. Segue o texto original: “todas las palabras que usamos para hablar del mundo que nos rodea, y de nosotros mismos, son, al menos, *potencialmente vagas*”.

que na sua letra ou à luz da experiência parecia claro, pode obscurecer-se face à provocação de um caso novo”³⁷. Por isso, Herbert L. A. Hart afirma que “as línguas naturais, como o inglês, têm irredutivelmente uma textura aberta”³⁸.

Deve-se mencionar ainda que determinadas palavras, além de servirem para transmitir informações, prestam-se também como portadoras de um alto grau de significado emotivo. Assim, explica John Langshaw Austin que “a precisão na linguagem aclara o que foi dito, seu *significado*. O carácter explícito, em nosso sentido, aclara a *força* das expressões, ou ‘como temos que tomá-las’.”³⁹ Isto ocorre porque, dentre outras⁴⁰, a linguagem exerce a função emotiva quando utilizada para manifestar sentimentos e emoções. Nestas hipóteses, as palavras têm mitigadas sensivelmente a sua carga informativa (v.g., a palavra “liberdade”).

O texto constitucional tem como fundamental característica a presença de preceitos indeterminados, polissêmicos, sintéticos e abstratos. Isto exige uma atividade mais ampla do intérprete, na medida em que as normas constitucionais precisam ter o seu conteúdo delimitado. É possível dizer que, de certa forma, “existe uma relação inversamente proporcional entre a clareza do texto da norma e o poder de interpretação conferido ao operador jurídico”⁴¹. A textura aberta significa a existência de áreas em que “muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”⁴².

É impossível evitar a textura aberta da linguagem. E, mesmo que isto fosse possível, não seria desejável ou aconselhável. Herbert L. A. Hart expõe que é “a incapacidade

³⁷ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 105.

³⁸ Para conferir credibilidade, segue a versão em espanhol: “La precisión en el lenguaje aclara qué es lo que se ha dicho, su *significado*. El carácter explícito, en nuestro sentido, aclara la *fuera* de las expresiones, o ‘como hay que tomarlas’”. (HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 141)

³⁹ AUSTIN, John Langshaw. **Cómo hacer cosas con palabras**. Trad. Genaro R. Carrió e Eduardo A. Rabossi. Barcelona: Paidós, 2004, p. 121.

⁴⁰ Função descritiva, função diretiva (ou prescritiva) e função operativa.

⁴¹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 104.

⁴² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 148.

humana para antecipar o futuro que está na raiz desta indeterminação”⁴³. Além disso, todas estas peculiaridades da linguagem têm o condão de permitir a constante atualização das normas jurídicas⁴⁴. Assim, se, por um lado, as incertezas significativas da linguagem jurídica dificultam sobremaneira a tarefa do intérprete; por outro, permitem a evolução da norma jurídica sem a alteração das palavras do texto normativo.

1.1.2 A superação da crença da neutralidade do intérprete

A dogmática clássica encontrou, nas codificações do século XIX, o ambiente propício para desenvolver um modelo de interpretação fundado em uma concepção abstrata do Direito. No Iluminismo, havia assentada a ideia de que os textos normativos deveriam ter clareza e segurança jurídica absoluta, através de uma elaboração rigorosa, para que se pudesse garantir uma irrestrita univocidade às decisões judiciais e aos atos administrativos. Dessa forma, o positivismo jurídico não foi apenas uma tendência científica, mas esteve ligado à necessidade de segurança por parte da burguesia.

Com a Revolução Francesa tem lugar o movimento de codificação do direito, logo desvirtuado para um formalismo excessivo. De qualquer maneira, com as grandes codificações, o jusnaturalismo e seu direito natural, os costumes e todas as demais fontes do direito até então reconhecidas são (eliminadas e) reduzidas à palavra escrita e positivada nos códigos⁴⁵.

⁴³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armino Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 143.

⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 80. Para Luis Alberto Warat, “redefinir é mudar as características designativas de um termo, permitindo a alteração do campo denotativo. As redefinições no processo judiciário encontram-se sempre axiológica ou ideologicamente determinadas. O processo redefinitório é direto quando, na interpretação de uma lei, é proposta a mudança dos critérios designativos de certos termos nela contidos. Os modos diretos de redefinir apóiam-se, principalmente, na vagueza e na ambiguidade das palavras da lei. Portanto, a redefinição direta das palavras da lei apresenta-se sempre como uma definição aclaratória dos seus conteúdos. A redefinição indireta ocorre na interpretação da lei a partir de um conjunto de argumentos retóricos, por intermédio do qual são propostas, de forma velada, mudanças das propriedades designativas dos termos-chave da lei. Entre os argumentos redefinitórios mais utilizados pelos juízes, podemos citar: o recurso a teorias, as adjetivações desqualificadoras, a apreciação axiológica dos fatos, a alteração sintática das normas e o emprego de variáveis axiológicas”.

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. A Constituição aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: 2009, p. 2.

A necessidade de segurança fez com que o Direito tivesse como única morada o *Codex*, que era aplicável a toda e qualquer situação, por mais nova, estranha ou rara que fosse. “Pretendia-se com as codificações que, ao se possuir todas as leis escritas, o Direito fosse acessível (e objetivamente cognoscível)”⁴⁶. Neste contexto, o Estado legalista foi construído em torno da ideia da supremacia da lei formal escrita, e o positivismo iria afastar a interpretação e qualquer forma criadora do Direito que não fosse a própria lei. Está aí a base de uma concepção que “vê no direito e no saber jurídico um sistema neutro que atua sobre a realidade de forma a obter fins úteis e desejáveis”⁴⁷.

Todavia, os abusos praticados pelo legislador levaram a uma mudança deste modelo “legalista”, e esta concepção começou a mudar.

Demandou-se uma busca profunda por outras fontes normativas, tal como o costume e o Direito natural. Todavia, a necessidade por segurança e certeza jurídicas obstruiu um radicalismo nostálgico que levasse à abnegação dos textos escritos, em benefício total dos costumes e do romântico Direito natural puro. A solução era a Constituição dos Estados que, em sua natureza, traria a segurança inerente ao texto escrito, à qual se poderia acrescentar a influência dos costumes e dos mais idealistas valores humanos. Houve, assim, uma revolução jurídica sutil, quase que velada em comparação com a engendrada pela Revolução Francesa⁴⁸.

Além disso, o modo como o Direito é enxergado foi bastante influenciado por novas percepções nas ciências em geral. Michel Foucault⁴⁹ fala de um espaço epistemológico específico para um período particular, sugerindo que as regras implícitas no discurso delimitam e restringem diferentes disciplinas em um dado período. As comparações interdisciplinares nos alertam sobre preconceitos, e é a revelação deste conhecimento implícito que normalmente possibilita as escolhas e o progresso intelectual.

⁴⁶ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 24.

⁴⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 26.

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 39, nota 46.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Neste contexto, é possível falar em uma mudança de paradigma. O termo *paradigma* foi utilizado por Thomas Kuhn na obra *A estrutura das revoluções científicas*, publicada inicialmente em 1962. Para Thomas Kuhn, paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”⁵⁰.

Para Thomas Kuhn, a ciência progride através de grandes revoluções e a própria História não se apresenta de forma linear. Dessa forma, tanto a ciência como a História evoluem através do rompimento de paradigmas. Paradigmas são maneiras de se ver e encarar o mundo à nossa volta. São todos os conceitos e preconceitos que temos sobre tudo o que nos cerca. Esses conceitos e preconceitos nos são passados pelo meio social, que nos fazem crer que tudo isso é natural e normal. Um paradigma é composto de suposições teóricas gerais e de leis e técnicas para a sua aplicação adotadas por uma comunidade científica específica. Os cientistas articulam, desenvolvem o paradigma em sua tentativa de explicar e de acomodar o comportamento de alguns aspectos do mundo real tais como revelados através dos resultados de experiências. Ao fazê-lo, experimentarão, inevitavelmente, dificuldades e encontrarão falsificações aparentes. Se dificuldades deste tipo fugirem ao controle, um estado de crise se manifestará. Uma crise é resolvida quando surge um paradigma inteiramente novo que atrai a adesão de um número crescente de cientistas até que eventualmente o paradigma original, problemático, é abandonado. A mudança descontínua constitui uma revolução científica.

Thomas Kuhn aceita, como pressuposto, que as diferenças entre paradigmas sucessivos são, ao mesmo tempo, necessárias e irreconciliáveis⁵¹. Paradigmas sucessivos nos ensinam coisas diferentes acerca da população do universo e sobre o comportamento dessa população. Conseqüentemente, a recepção de um novo paradigma requer com frequência uma redefinição da ciência correspondente. Alguns problemas antigos podem ser transferidos para outra ciência ou declarados absolutamente “não científicos”. Outros problemas anteriormente tidos como triviais

⁵⁰ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 13.

⁵¹ *Ibidem*, p. 137.

ou não existentes podem converter-se, com um novo paradigma, nos arquétipos das realizações científicas importantes. À medida que os problemas mudam, mudam também, seguidamente, os padrões que distinguem uma verdadeira solução científica de uma simples especulação metafísica, de um jogo de palavras ou de uma brincadeira matemática. A tradição científica normal que emerge de uma revolução científica é não somente incompatível, mas, muitas vezes, verdadeiramente incomensurável com aquela que a precedeu. Quando mudam os paradigmas, muda com eles o próprio mundo.

No antigo paradigma, havia a partição cartesiana entre o *eu* e o *mundo*, entre o *observador* e o *observado*. Para René Descartes, a visão da natureza decorria de uma divisão fundamental em dois compartimentos separados e estanques, o da mente (*res cogitans*) e o da matéria (*res extensa*)⁵².

Essa visão mecanicista do mundo foi sustentada também nas ciências da natureza, tendo Isaac Newton elaborado a sua Mecânica a partir de tais fundamentos, que era alicerce da Física clássica. Deve-se considerar que os modelos que se prestam a explicar as ciências sociais possuem estreita correlação com aqueles das ciências naturais, o que se verifica “pela facilidade com que as teorias físico-naturais, uma vez formuladas no seu domínio específico, se aplicam ao domínio social”⁵³. Laurence H. Tribe anota que, no início da história da nação norte-americana, era comum, por exemplo, dizer que a Constituição de 1787 era newtoniana, com o seu equilíbrio de forças e contra-forças, seus freios e contra-pesos, estruturada como uma “máquina que caminhava por si própria”, enfrentando o futuro e suas crises⁵⁴.

Segundo a mecânica newtoniana, o mundo da matéria é uma máquina cujas operações se podem determinar exatamente por meio de leis físicas e

⁵² Ilya Prigogine anota que, dentre as circunstâncias que levaram Descartes à sua busca de certezas, é possível sublinhar “a situação trágica do século XVII, um século de instabilidade política e de guerras de religião. Era em nome de dogmas, de certezas religiosas, que os católicos e os protestantes se matavam uns aos outros. Descartes pôs-se em busca de um outro tipo de certeza, uma certeza que todos os humanos, independentemente de sua religião, pudessem compartilhar. Foi isso que o levou a fazer de seu famoso *cogito* o ponto de partida de sua filosofia e a exigir que a ciência fosse fundada nas matemáticas, o único caminho garantido para a certeza”. (PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996, p. 195)

⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 91.

⁵⁴ TRIBE, LAURENCE H. The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics. **Harvard Law Review**, v. 103, n. 1, p. 1-39, nov. 1989, p. 3.

matemáticas, um mundo estático e eterno a flutuar num espaço vazio, um mundo que o racionalismo cartesiano torna cognoscível por via da sua decomposição nos elementos que o constituem. Esta ideia do mundo-máquina é de tal modo poderosa que vai transformar-se na grande hipótese universal da época moderna.⁵⁵

Constitui um ideal iluminista de aplicação mecanicista do direito a crença de que os significados das palavras poderiam ser tão evidentes que o intérprete cumpriria sua missão tão somente fazendo uma leitura atenta das disposições que interpreta⁵⁶. Mas, como destaca Friedrich Müller, “também nas ciências naturais, a ingenuidade, no tocante ao método, de uma contraposição abstrata de sujeito e objeto do conhecimento deve ser considerada ultrapassada há bom tempo”⁵⁷.

No novo paradigma, o processo de conhecimento resulta da correlação entre *sujeito cognoscente* e *objeto cognoscível*. Todo conhecimento se faz pela interação do objeto a ser conhecido com o sujeito cognoscente, e ambos constituem um só agente do ato de conhecer⁵⁸. É possível dizer, assim, que “toda a interpretação é também, até certo ponto, uma tarefa criadora do sujeito que compreende”⁵⁹.

É preciso abandonar, pois, a ideia tradicionalmente aceita de que a interpretação é um ato praticado sem qualquer subjetividade por parte daquele que realiza tal operação. Esse (suposto) ideal (jamais alcançado) encontra-se sepultado, admitindo-se amplamente a presença de grande margem de vontade na interpretação⁶⁰.

O conhecimento coloca-se como uma transferência das características do objeto para o sujeito pensante. “A metódica das ciências naturais, bem como a hermenêutica mais recente das ciências humanas enfatizam a inserção do sujeito concretizante como cognoscente nos problemas materiais dos conteúdos

⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 64.

⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 42.

⁵⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 26. Ver também – MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mioto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Gerales Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 50.

⁵⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Ética**: do mundo da célula ao mundo da cultura. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 190.

⁵⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 521.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 77.

examinados”⁶¹. O objeto conhecido é então um produto do sujeito cognoscente e a realidade fica, assim, aprisionada às condições em que se processou o pensamento.

Para ilustrar este quadro, Boaventura de Sousa Santos recorre à teoria sinérgica do físico teórico Hermann Haken, para afirmar que

vivemos num sistema visual muito instável em que a mínima flutuação da nossa percepção visual provoca rupturas na simetria do que vemos. Assim, olhando a mesma figura, ora vemos um vaso grego branco recortado sobre um fundo preto, ora vemos dois rostos gregos de perfil, frente a frente, recortados sobre um fundo branco. Qual das imagens é verdadeira? Ambas e nenhuma. É esta a ambiguidade e a complexidade da situação do tempo presente⁶².

Assim, a ideia de neutralidade do observador não se sustenta nem mais no domínio das ciências exatas. A Física contemporânea demonstrou que é impossível observar e compreender um fenômeno sem alterá-lo fundamentalmente durante o processo. “Nas ciências físico-naturais, o regresso do sujeito fora já anunciado pela mecânica quântica ao demonstrar que o ato de conhecimento e o produto do conhecimento eram inseparáveis”⁶³. Além disso, Laurence H. Tribe “utiliza esta mudança de paradigma na Física para ilustrar a necessidade de revisar a jurisprudência constitucional”⁶⁴.

Em verdade, as ideias que permeiam a Física contemporânea⁶⁵ valem para qualquer outro campo do conhecimento teórico⁶⁶, porque o modo como se enxerga qualquer ramo da ciência está influenciado pelo paradigma atual. Por isso, Laurence H. Tribe

⁶¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 30. Ver também MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mioto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 53.

⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 58-59.

⁶³ *Ibidem*, p. 83.

⁶⁴ Cf. o original em inglês, em que o autor utiliza a terceira pessoa na parte inicial: “Professor Tribe uses these paradigm shifts in physics to illustrate the need for a revised constitutional jurisprudence”. (TRIBE, Laurence H. The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics. **Harvard Law Review**, v. 103, n. 1, p. 1-39, nov. 1989, p. 1.

⁶⁵ Convém dizer que Hans Kelsen também se valeu de grandes nomes da Física e da Matemática para discutir as suas ideias. Cf. KELSEN, Hans. **Society and nature: a sociological inquiry**. Londres: Kegan Paul, 1946.

⁶⁶ Goffredo Telles Júnior chega a afirmar que “o Direito é a ordenação quântica das sociedades humanas”. (TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 285)

acredita que “reflexões sobre certos desenvolvimentos na Física podem ajudar-nos a compreender e aperfeiçoar algumas de nossas mais profundas introspecções no importante papel que o Direito tem na formação de nossa sociedade e de nossas vidas”⁶⁷.

Vale dizer ainda que as ciências naturais não se limitam a descrever e a explicar a natureza, elas resultam da interação entre nós mesmos e a natureza, propiciando uma descrição que é revelada pelo nosso método de investigação⁶⁸. Com esta visão, o físico Werner Heisenberg escreve que “temos que nos lembrar que aquilo que observamos não é a natureza em si, mas, sim, a natureza exposta ao nosso método de questionar”⁶⁹. Isto não passou despercebido por Friedrich Müller:

Nem a ciência exata consegue objetivar integralmente o seu “objeto”. Já como tal, a medição intervém no seu objeto. Além disso, a relação de indeterminação de Heisenberg e os esforços em prol de uma teoria da preparação da medição mostram que as transformações geradas pela medição em princípio não são abarcáveis. O objeto em si também não é acessível à ciência natural. A influência da formulação da pergunta, bem como das condições do ensaio na medição relativiza a correção dos achados ao esquema conceitual, correlacionado a eles⁷⁰.

Dessa forma, o que se vê depende de como se olha. “Nossos olhos veem as quedas dos corpos, mas não veem a lei da gravidade. A lei da gravidade só pode ser ‘vista’ pela inteligência, e isto significa que a inteligência é que a formula”⁷¹. As leis físicas “são elaboração dos cientistas. Existem na inteligência, não na natureza”⁷².

⁶⁷ Segue o texto original do professor de Harvard: “I believe that reflection upon certain developments in physics can help us hold on to and refine some of our deeper insights into the pervasive and profound role law plays in shaping our society and our lives”. (TRIBE, Laurence H. The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics. **Harvard Law Review**, v. 103, n. 1, p. 1-39, nov. 1989, p. 2)

⁶⁸ Tudo o que “aprendemos” com as experiências é condicionado pelas nossas expectativas. “Ninguém descobriu um pósitron até Dirac ter sugerido a existência deste”. (GRIBBIN, John. **À procura do gato de Schrödinger**. Lisboa: Presença, 1984, p. 115)

⁶⁹ HEISENBERG, Werner. **Física e filosofia**. Trad. Jorge Leal Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 85.

⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 12. Ver também MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 37.

⁷¹ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 232.

⁷² *Ibidem*, p. 35.

A visão de que o próprio ato de observar afeta o que está sendo observado, levou o físico alemão Werner Heisenberg a demonstrar, em 1927, o *princípio da incerteza*⁷³, pois expôs as profundas diferenças entre a teoria clássica e a teoria quântica. O *princípio da incerteza de Heisenberg* expressa “a ideia de que não conhecemos do real senão o que nele introduzimos, ou seja, que não conhecemos do real senão a nossa intervenção nele”⁷⁴. Dessa forma, a Física quântica demonstra que “não é possível observar ou medir um objeto sem interferir nele, sem o alterar, e a tal ponto que o objeto que sai de um processo de medição não é o mesmo que lá entrou”⁷⁵. Com isso, “segundo os termos de Heisenberg, somos ao mesmo tempo ‘atores’ e ‘espectadores’ que podemos aprender alguma coisa da natureza”⁷⁶. Boaventura de Sousa Santos completa ao afirmar que “a ciência moderna existe num equilíbrio delicado, entre a relativa ignorância do objeto do conhecimento e a relativa ignorância das condições do conhecimento que pode ser obtido sobre ele”⁷⁷.

Sendo assim, só é possível aspirar a resultados aproximados, pois “as leis da física são tão-só probabilísticas”⁷⁸. Isso porque a hipótese fundamental da teoria quântica é que os problemas devem ser resolvidos em termos de amplitudes de probabilidade⁷⁹. O que se verifica no paradigma contemporâneo é que “as leis físicas

⁷³ “Este princípio, também chamado princípio da indeterminação, tem duas partes. A primeira é relativa à medida simultânea de posição e momento [quantidade de movimento]. Ela afirma que uma experiência não pode determinar simultaneamente o valor exato de uma componente do momento, por exemplo p , de uma partícula e também o valor exato da coordenada correspondente, x . [...] É importante notar que esse princípio não tem nada a ver com possíveis melhorias nos instrumentos que possam nos dar melhores determinações simultâneas de p e x . [...] A segunda parte do princípio está relacionada com a medida da energia E e do tempo t necessário à medida”. (EISBERG, Robert; RESNICK, Robert. **Física quântica**. Trad. Paulo Costa Ribeiro, Enio Frota da Silveira e Marta Feijó Barroso. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 98)

⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 69.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 69.

⁷⁶ PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996, p. 154.

⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 82.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 69. E Goffredo Telles Júnior complementa: “Para clareza, recordemos que a Física moderna não anunciaria, jamais, que um elétron, ou um grupo de elétrons, fará um determinado percurso. Diria, isto sim, que não sabe qual o percurso que o elétron ou o grupo de elétrons irá fazer, mas que $x\%$ de elétrons farão o percurso A ; $y\%$ farão o percurso B ; $z\%$, percurso C , não sendo possível prever quais elétrons farão este ou aquele percurso. Para a Física moderna, predeterminado é, somente, o grau de probabilidade de cada percurso”. (TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 283)

⁷⁹ Em Física quântica, é muito conhecida a experiência do *gato de Schrödinger*, uma experiência imaginária proposta pelo físico Erwin Schrödinger para mostrar as diferenças existentes entre o mundo cotidiano e o mundo quântico. No mundo quântico, os acontecimentos são regidos por probabilidades. “O famoso paradoxo do *gato de Schrödinger* surgiu na literatura em 1935

correspondem a uma nova forma de inteligibilidade que as representações probabilistas irreduzíveis exprimem”⁸⁰. Ademais, “hoje é possível ir muito além da mecânica quântica. Enquanto esta introduziu a consciência no ato do conhecimento, nós temos hoje de a introduzir no próprio objeto do conhecimento”⁸¹.

Neste contexto, o Direito não poderia ficar imune ao desenvolvimento histórico da ciência, da filosofia e da linguagem. Vale dizer que uma firme consciência do papel da interpretação constitucional irá surgir após o século XIX. E, da mesma forma que ocorre nas ciências da natureza, como a interpretação é dependente do intérprete, que é suscetível de mudanças, o que se tem no processo de concretização constitucional são meras probabilidades.

Deste modo, o pensamento jurídico contemporâneo é desafiado a construir uma nova forma de pensar e de aplicar o Direito. O descompasso existente entre os referenciais interpretativos adotados no século XIX e nas complexas sociedades contemporâneas irá gerar uma “crise”.

No paradigma anterior, dentro de uma visão absolutamente lógico-formal, a busca de soluções jurídicas dava-se a partir de um raciocínio dedutivo que tomava como premissa maior determinados axiomas rígidos do ordenamento jurídico.

A grande virada na interpretação constitucional ocorre a partir da difusão da constatação de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – não trazem sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas

(Naturwissenschaften, volume 23, p. 812), o ano do ‘paradoxo’ de EPR. Einstein acolheu esta idéia de Schrödinger como a ‘maneira mais atraente’ de mostrar a imperfeição da descrição ondulatória da realidade. [...] Schrödinger traçou-nos o seguinte quadro: uma caixa contendo uma substância radioativa, um detector de radiação (um contador Geiger, por exemplo), uma ampola de gás venenoso (gás cianídrico, por exemplo) e ainda um gato vivo. As coisas são dispostas de modo que haja cinquenta por cento de probabilidade de o detector registrar uma desintegração (fixa-se uma duração para o ensaio). Se isto acontecer, a ampola quebra-se e o gato morre. Senão, continua vivo. Antes de abirmos a caixa, não sabemos o que se passou: a desintegração radioativa dá-se ao acaso e é imprevisível exceto em termos estatísticos. [...] Até que olhemos para o interior da caixa existe um detector que registrou e não registrou uma desintegração, uma ampola intacta e quebrada e um gato vivo e morto sem estar vivo nem morto. [...] Não sabemos o que se passa no interior da caixa sem olhar para lá”. (GRIBBIN, John. **À procura do gato de Schrödinger**. Lisboa: Presença, 1984, p. 141-143)

⁸⁰ PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996, p. 49-50.

⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 90.

as situações sobre as quais incidem. Portanto, ao intérprete não cabe uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, mas este desempenha um importante papel criativo na sua concretização. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos anotam que a ideia de uma nova interpretação constitucional está ligada ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Dessa forma, a nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: “as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar”⁸².

No paradigma atual, o intérprete deixa de ser “a boca da lei”⁸³ para exercer uma atividade eminentemente constitutiva. “O papel do hermeneuta é dar vida aos textos”⁸⁴. À luz disso, o direito construído modifica constantemente o entrelaçamento da teia do espaço epistemológico. As interpretações da Constituição, que devem corresponder à realização dos anseios da sociedade, acontecem no plano jurídico-político e não podem desconsiderar, em sua análise, a existência do próprio intérprete. Esta perspectiva também é considerada por Luís Roberto Barroso:

A pretensão de neutralidade do intérprete, embora seja passível de atendimento no que toca à sua imparcialidade e impessoalidade, é inatingível na sua plenitude. Interpretar envolve, frequentemente, a escolha de valores e de alternativas possíveis. Ainda quando não atue movido por interesses de classes ou estamentais, ainda quando não millite em favor do próprio interesse, o juiz estará sempre promovendo as suas crenças, a sua visão do mundo, o seu senso de justiça. [...] Ainda quando fosse utopicamente possível libertar o juiz de suas injunções ideológicas, não seria possível libertá-lo do seu próprio inconsciente, de sua memória e de seus desejos⁸⁵.

Como a interpretação é realizada com subjetividade por aquele que desempenha tal operação, a norma jurídica é então criada, e não descoberta. Assim, a atividade

⁸² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 5, n.19, p. 51-80, mai./jun. 2003, p. 53.

⁸³ “*La bouche de la loi*”, como diz Montesquieu: “Os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175)

⁸⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 158.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 292-293.

hermenêutica não é um mero ato de reconhecimento, mas um ato de vontade, portanto, de atribuição de significado. E a norma é o desvelamento de uma situação concreta nas suas especificidades. Em virtude disso, deve-se afastar a existência de uma verdade universal e objetiva. Não há tal possibilidade, porque, no processo de compreensão, abrem-se várias possibilidades interpretativas⁸⁶. Lenio Luiz Streck também avalia o papel desempenhado pelo intérprete:

O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isto que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. E é por isto que não se pode falar, de forma simplista, em “textos jurídicos”. O texto não existe em si mesmo. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada. Do texto sairá, sempre, uma norma⁸⁷.

A partir de uma concepção paralela, em um universo jurídico, decorre que, assim como o espaço não pode se livrar do desdobramento da realidade física, o Direito também não pode extrair a si próprio das estruturas sociais, visto que “as sociedades são a imagem que têm de si vistas nos espelhos que constroem para reproduzir as identificações dominantes num dado momento histórico”⁸⁸. Cada decisão jurídica reestrutura o próprio Direito, assim como o ambiente social em que o Direito opera, porque, como toda atividade humana, o Direito está inevitavelmente inserido em um processo dialético em que a sociedade está constantemente recriando ela própria⁸⁹. Este processo interativo é percebido por Laurence Tribe.

Se o Direito é, de fato, melhor entendido em um contexto pós-newtoniano, então os tribunais não podem se dar ao luxo de decidir quem faz o que com quem, analisando tal conduta de acordo com normas pré-existentes, conferindo soluções apropriadas, e então procedendo assim embora as

⁸⁶ A este respeito, convém trazer a lição de Dimitri Dimoulis: “Constatar que alguém tem o domínio absoluto de uma situação e o observador não pode influenciar o curso dos acontecimentos não significa que o observador não pode julgar o ocorrido. O porteiro que observa pelas câmeras do circuito interno de um prédio como Penélope Chamosa agride e fere gravemente seu namorado Orfeu da Conceição dentro do elevador não pode impedir a agressão. Mas o porteiro pode entender e relatar à polícia a conduta de Penélope. Seu relato não impede a agressão nem reverte suas consequências. Mas permite reconstituir o evento e aplicar as devidas sanções contra a agressora”. (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 214-215)

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004, p. 128-129.

⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 47.

⁸⁹ TRIBE, Laurence H. The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics. **Harvard Law Review**, v. 103, n. 1, p. 1-39, nov. 1989, p. 8.

soluções apresentadas foram todas que importaram definitivamente. Ao invés, os tribunais devem levar em consideração como os processos de observação jurídica (isto é, os julgamentos) moldam tanto os juízes como os casos por eles julgados. As consequências das decisões dos tribunais – as maneiras como elas vêem o terreno jurídico – continuarão a ter efeitos continuados que remoldam a natureza do que o tribunal inicialmente tomou conhecimento para analisar, indo além daquilo que eles determinaram diretamente para alguém fazer ou deixar de fazer⁹⁰.

O intérprete da Constituição não pode simplesmente conhecer e decidir as questões sem alterar permanentemente o espaço jurídico-constitucional e social. O próprio ato de interpretar altera o contexto e as relações que estão sendo interpretadas. Pode-se dizer, assim, que o intérprete da Constituição *deforma* o próprio espaço constitucional em que ele está inserido. Dessa forma, a interpretação constitui um processo de *retroalimentação*, ou seja, um processo pelo qual se produzem modificações em um sistema por efeito de respostas à ação do próprio sistema.

Além disso, quando o intérprete adequa a lei ao contexto que circunda o caso determinado, está realizando uma tarefa prática. Como anota Hans-Georg Gadamer, “a lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas”⁹¹.

Como o texto normativo apresenta inúmeros significados, cabe ao intérprete extrair daí a norma jurídica a ser aplicada, conforme lhe parecer mais adequado à situação concreta sob a sua análise. Afinal, “em toda a interpretação existe criação de direito. Trata-se de um processo no qual entra a vontade humana. Nesse sentido, a interpretação é uma escolha entre múltiplas opções”⁹².

⁹⁰ Tradução nossa do original em inglês: “If law is, in fact, best understood through some such post-Newtonian framework, then courts do not have the luxury of deciding who did what to whom, measuring that conduct against pre-existing norms, awarding appropriate relief, and then proceeding as though the relief granted or withheld were all that ultimately mattered. Instead, courts must take account of how the very process of legal “observation” (i.e., judging) shapes both the judges themselves and the materials being judged. The results courts announce – the ways they view the legal terrain and what they say about it – will in turn have continuing effects that reshape the nature of what the courts initially undertook to review, even beyond anything they directly order anyone to do or refrain from doing”. (TRIBE, Laurence H. The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 1, p. 1-39, nov. 1989, p. 20)

⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, t. I, p. 474.

⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 264-265.

É preciso, portanto, envolver as condições de possibilidade de nosso próprio processo de compreensão, o que só se torna possível se se considerar a relação sujeito-objeto. Como afirma Celso Ribeiro Bastos, “o intérprete nunca será absolutamente neutro”⁹³. O acesso que temos aos fenômenos é sempre *mediado* e, por isso, jamais os enxergamos em suas totalidades compreensivas.

Neste sentido, é evidente que a realidade é constituída pela linguagem, que, por sua vez, cria a norma jurídica na situação concreta. Cumpre dizer ainda que, como “os sentidos são atribuíveis a partir da faticidade em que está inserido o intérprete”⁹⁴, a alteração do contexto propiciará uma mudança na interpretação.

1.1.3 A interpretação dentro do contexto

Direito e sociedade integram-se em uma relação necessária⁹⁵. O direito está diretamente relacionado ao estado da sociedade por ele representada e desempenha sua tarefa normativa de organização. Para Assier-Andrieu, o direito é uma realidade social e “é, a um só tempo, o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos”⁹⁶.

É importante compreender que toda interpretação ocorre em um determinado contexto, que não pode ser desconsiderado. Em verdade, não há texto sem contexto. A Constituição e a realidade social sempre se buscam. “A realidade fática e a normativa encontram-se em uma relação de reciprocidade”⁹⁷, e não é possível separá-las, pois se encontram mutuamente imbricadas. O texto normativo é

⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 47.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004, p. 135.

⁹⁵ Fuller, citado por Louis Assier-Andrieu, afirma que “podem-se imaginar o direito e a sociedade como as duas lâminas de uma mesma tesoura. Quem escruta apenas uma lâmina pode pensar que ela faz todo o trabalho”. (ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 5)

⁹⁶ *Ibidem*, p. XI.

⁹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150.

composto por palavras, cujos significados não são únicos, e ainda são cambiantes com o passar do tempo.

A elaboração dos textos normativos procura levar em conta experiências anteriores e reflexões em torno dos efeitos das decisões que cuidam das circunstâncias da vida. Entretanto, como esclarece Philipp Heck, o legislador não é capaz de atender a todas as expectativas.

Em primeiro lugar, sua capacidade de percepção é insuficiente. O legislador deseja fixar preceitos para o futuro. Mas o futuro não é absolutamente previsível, perceptível. A complexidade da vida moderna é quase infinita. As condições e os problemas da vida estão submetidos a uma mudança constante. Em segundo, os meios que o legislador dispõe para se expressar são limitados. Mesmo que o legislador fosse capaz de perceber todos os casos da vida, ainda assim seria incapaz de reproduzir ou expressar as suas ideias de um modo inequívoco e completo. A consequência destas dificuldades é que até mesmo a melhor lei apresenta inúmeras lacunas⁹⁸.

Acrescenta ainda Jean-Louis Bergel⁹⁹ que não se pode pensar que o legislador seja capaz de captar a infinita diversidade dos fatos sob fórmulas precisas e definitivas. Situações imprevisíveis ou excepcionais surgem em todas as matérias. Além disso, as situações diante das quais as leis foram concebidas são passíveis de sofrerem transformações. A Constituição “não pode e nem deve ser concebida como um sistema fechado ou estático, posto que a Constituição não se encontra apartada da realidade social que visa a regular”¹⁰⁰, mas, sim, como um sistema normativo dinâmico.

No tocante a isso, Gustav Radbruch anota que a interpretação jurídica

⁹⁸ Tradução nossa da versão em espanhol: “Por una parte, su capacidad de percepción es insuficiente. El legislador quiere sentar preceptos para el futuro. Pero el futuro no es absolutamente previsible, perceptible. La complejidad de la vida moderna es casi infinita. Las condiciones y los problemas de la vida están sometidos a un cambio constante. En segundo lugar, los medios expresivos del legislador son limitados. Si un legislador fuera capaz de percibir todos los casos de la vida, aún seguiría siendo incapaz de reproducir o expresar sus ideas de un modo inequívoco y completo. La consecuencia de estas dificultades es que incluso la mejor ley presenta innumerables lagunas”. (HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Trad. Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999, p. 30)

⁹⁹ BERGEL, Jean-Louis. **Méthodologie juridique**. Paris: PUF, 2001, p. 231.

¹⁰⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150.

não fica parada diante da determinação do sentido que foi pensado pelo autor da lei, se o logrou apreender. Nem poderia ficar por aí, visto ser sabido que em toda a obra legislativa intervém uma grande multiplicidade de autores e, portanto, de opiniões diferentes. [...] Ainda na hipótese de todas as opiniões colaborantes terem o mesmo sentido, nem mesmo assim se obteria necessariamente o sentido decisivo da lei¹⁰¹.

A tarefa do intérprete deve passar por uma análise sob os aspectos sintático, semântico e pragmático. O aspecto sintático preocupa-se com a conexão das palavras na estrutura da frase¹⁰², o aspecto semântico ocupa-se da relação existente entre a palavra e o objeto a que ela se refere, e o aspecto pragmático cuida da relação das palavras com o intérprete, em uma abordagem sintética.

Ludwig Wittgenstein¹⁰³ mostra que as palavras somente adquirem sentido mediante o uso compartilhado, reforçando as noções de historicidade e de intersubjetividade. Assim, o compreender é marcado por um contexto sócio-histórico, razão pela qual o significado de uma palavra depende do sentido que lhe é atribuído no seu uso social. A linguagem real da vida abre-se, então, para usos sempre novos e jogos em contínua reformulação. A fonte da vida histórica dos homens é o caos – no sentido originário da palavra grega –, ou seja, trata-se da experiência de manter-se sempre em aberto.

Neste sentido, Alf Ross salienta que

toda interpretação tem seu ponto de partida na expressão como um todo, em combinação com o contexto e a situação nos quais aquela ocorre. É, pois, errôneo crer que o ponto de partida são as palavras individuais consideradas em seu significado lingüístico natural. Este significado lingüístico é amplamente aplicável, porém tão logo uma palavra ocorre num contexto, seu campo de referência fica restrito¹⁰⁴.

¹⁰¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 230.

¹⁰² José Joaquim Gomes Canotilho ressalta que “palavras e expressões do texto da norma constitucional (e de qualquer texto normativo) não têm significado autônomo” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1203). Quando se busca a compreensão de uma frase, compreende-se o sentido de uma palavra quando considerada na sua referência à frase, e, reciprocamente, o sentido da frase depende do sentido das palavras individuais. “No processo hermenêutico existirá sempre uma relação dialética entre o todo e as partes, na medida em que o significado de um depende do significado do outro”. (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55-56)

¹⁰³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. Marcos G. Nontagnoli. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

¹⁰⁴ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 174-175.

Segundo Genaro R. Carrió, o significado das palavras dá-se em função do contexto linguístico em que aparecem e da situação humana na qual são usadas¹⁰⁵. O processo interpretativo implica sempre uma produção de sentido a partir da apropriação da tradição pelo intérprete, e a compreensão “se dá, a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete”¹⁰⁶.

Há mais. Martin Heidegger destaca o caráter temporal do ser humano, como ser histórico, marcado pela tradição cultural em que está imerso e pelas compreensões prévias que condicionam toda interpretação que realiza.

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia¹⁰⁷.

O que se tem é que a verdade humana é datada, precária e contextualizada, o que a torna passível de ser modificada. Por isso, “qualquer decisão é uma decisão historicamente situada”¹⁰⁸. Martin Heidegger também destaca que o meio no qual o intérprete está inserido será determinante na sua compreensão.

O compreender sempre diz respeito a todo o ser-no-mundo. Em todo compreender de mundo, a existência também está compreendida e vice-versa. Toda interpretação, ademais, move-se na estrutura prévia já caracterizada. Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar¹⁰⁹.

No mesmo sentido, Hans-Georg Gadamer anota que as condições existenciais do homem determinam como ele interpreta e como convive com o mundo. O sujeito

¹⁰⁵ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2006, p. 29.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004, p. 153-154.

¹⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 211-212.

¹⁰⁸ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 76.

¹⁰⁹ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, p. 213, nota 107.

apreende o sentido do mundo de acordo com a sua condição histórica. É o que escreve o professor de Heidelberg:

Na realidade, não é a história que pertence a nós mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser¹¹⁰.

Hans-Georg Gadamer constata, então, que o homem conhece a partir de “pré-conceitos”, os quais são projetados e incorporados ao que se procura conhecer. “Se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos”¹¹¹. Dessa forma, o conhecimento de um objeto implica também o conhecimento de preconceitos, o que rompe com a crença da neutralidade do método.

Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto¹¹².

Pautado nisso, Hans-Georg Gadamer promove uma reviravolta hermenêutica na Filosofia, haja vista a importância da história, da tradição e dos preconceitos para a (re)construção da ideia de verdade. Ele destaca como o problema hermenêutico revela-se a partir da relação fundamental existente entre pensamento, compreensão e linguagem. Segundo Hans-Georg Gadamer¹¹³, a linguagem possibilita toda a experiência hermenêutica e permite o entendimento sobre as coisas.

Daí é relevante considerar a questão da pré-compreensão do intérprete. A compreensão é uma atividade referencial, ou seja, ocorre através de uma constante

¹¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, t. I, p. 415-416.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 416.

¹¹² *Ibidem*, p. 75.

¹¹³ *Ibidem*, p. 461.

referência à nossa experiência. A compreensão viabiliza-se quando se compara o objeto cognoscível com aquilo que já é conhecido pelo indivíduo. Friedrich Müller exemplifica que “o que significam ‘casamento’, ‘Estado’, ‘ação’ e ‘culpa’ é algo que sempre depende de como o ser humano interpreta a si próprio e a seu mundo”¹¹⁴. Nas palavras de Karl Larenz, “o texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que ele trata”¹¹⁵. À luz disso, como o Direito é valorável, a carga axiológica inserida na pré-compreensão norteará o intérprete jurídico na consecução da sua atividade. Karl Larenz escreve acerca da relação entre o intérprete e a sua pré-compreensão:

No início do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma “pré-compreensão”, com que acede ao texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto num como noutro aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma “conjectura de sentido”. O intérprete necessita da sua para se entranhar no processo do compreender. Pode surgir como insuficiente no decurso deste processo e então terá de ser retificada por ele de modo adequado. Quanto mais longa e pormenorizadamente alguém se ocupa de uma coisa, quanto mais profundamente nela tenha penetrado, tanto mais rica será a sua pré-compreensão, tanto mais cedo se formará nele uma adequada conjectura de sentido e tanto mais rapidamente se concluirá o processo do compreender¹¹⁶.

Prossegue ainda Karl Larenz:

A pré-compreensão de que o jurista carece não se refere só à “coisa Direito”, à linguagem, em que dela se fala, e à cadeia de tradição em que se inserem sempre os textos jurídicos, as decisões judiciais e os argumentos habituais, mas também a contextos sociais, às situações de interesses e às estruturas das relações da vida a que se referem as normas jurídicas. Estas não só contêm uma regulação que aspira a validade jurídica, como também disciplinam determinadas relações sociais, processos e modos de comportamento relativamente aos quais a circunstância de serem regulados pelo Direito revela por si *um* dos aspectos sob o qual se manifestam. O jurista que não chegue a vislumbrar nada dos outros aspectos, tão-pouco chegará a compreender a sua disciplina jurídica¹¹⁷.

Todavia, a pré-compreensão deve ser tomada convenientemente, como nos adverte Hans-Georg Gadamer.

¹¹⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 125-126.

¹¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 441.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 288.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 290.

Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias¹¹⁸.

Dessa forma, o intérprete não deve deixar que a pré-compreensão impeça-o de alcançar a interpretação mais adequada do texto normativo.

Ainda acerca de como se dá o entendimento por meio da linguagem, Ludwig Wittgenstein evidencia que as palavras só adquirem sentido por meio do uso compartilhado, e também trabalha, assim como Hans-Georg Gadamer, as noções de historicidade e intersubjetividade do ser.

Neste aspecto, Cristina Queiroz destaca que a tese heideggeriana e gadameriana da historicidade da interpretação e da acentuada relação entre a hermenêutica e a linguagem – uma importante doutrina filosófica contemporânea – “confirma nos teóricos do direito a ideia de que os significados normativos podem não apenas variar no tempo como podem ainda ser interpretados de forma cambiante e diferenciada”¹¹⁹.

Como as necessidades sociais estão em permanente evolução, o texto deve ser interpretado em função das necessidades do momento e pode mudar de sentido ao longo do período em que estiver em vigor. “Dentro desta perspectiva, o intérprete pode adaptar livremente o texto às necessidades sociais de sua época buscando

¹¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, t. I, p. 405.

¹¹⁹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 151.

aquilo que seria o pensamento dos autores da lei se eles estivessem legislando hoje”¹²⁰.

Neste sentido, a norma constitucional é capaz de se adequar para corresponder às diferentes exigências variantes no tempo e produzir efeitos mesmo quando mudarem os fatos e os valores em razão dos quais veio à luz. “Através da interpretação, torna-se possível a adaptação das normas jurídicas às mudanças ocorridas no seio da sociedade, à sua natural evolução, ou até mesmo o surgimento de novos valores e ideologias”¹²¹. A este respeito, anota Karl Larenz:

Dentre os fatores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fáticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projetou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se “ajustar” às novas relações¹²².

A norma mantém-se em permanente evolução para responder às novas necessidades, aos novos problemas surgidos em razão dos novos tempos, ganhando novos sentidos que o seu elaborador não poderia ter previsto. O direito constitucional, assim, está estreitamente relacionado ao estado da sociedade por ele representada, embora dela se distinga para exercer sua tarefa normativa de organizá-la.

Deste modo, o ordenamento constitucional “é formado e conformado pela realidade”¹²³, é um sistema dinâmico que interage com a realidade fática que visa a regular. As mudanças havidas na sociedade interferem no sistema constitucional, que deve, por sua vez, acompanhar estas transformações. “Não se faz possível,

¹²⁰ Tradução nossa do texto original: “Dans cette perspective, l’interprète peut adapter librement le texte aux nécessités sociales de son époque en recherchant ce que serait la pensée des auteurs de la loi s’ils avaient à légiférer aujourd’hui”. (BERGEL, Jean-Louis. **Méthodologie juridique**. Paris: PUF, 2001, p. 118)

¹²¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 157.

¹²² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 495.

¹²³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79.

nem muito menos viável, que as normas jurídicas, principalmente as normas constitucionais, se apresentem afastadas e defasadas da realidade fática”¹²⁴.

Nesse sentido, a mutação constitucional é importante para o equilíbrio entre a dinâmica e a estabilidade, por significar, ao mesmo tempo, uma transformação substancial e uma permanência formal. E, como os termos são contextualmente utilizados com uma significação alterável, a interpretação proporciona a atualização e a vivificação constante do sentido de um dispositivo constitucional.

1.2 TEXTO NORMATIVO E NORMA

É importante estabelecer a distinção existente entre texto normativo e norma. Para que a Constituição seja aplicada, é necessário fazer a interpretação do seu texto normativo, a partir de onde será extraída a norma jurídica. “Da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo”¹²⁵.

Quanto a isso, José Joaquim Gomes Canotilho considera

texto normativo qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa, sendo, por isso, identificável, *prima facie*, como “fonte de direito” num determinado sistema jurídico. Neste sentido, diz-se que um “texto normativo” (uma “fonte de direito”) é um conjunto de enunciados do discurso prescritivo. *Discurso prescritivo* (normativo, preceptivo, diretivo) é o discurso criado para modificar o comportamento dos homens¹²⁶.

No mesmo diapasão, Riccardo Guastini chama “*texto normativo* qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso, identificável *prima facie* como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado”¹²⁷.

¹²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 145.

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1186.

¹²⁷ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24.

Concernente a isso, Paulo de Barros Carvalho enfatiza que o *enunciado* apresenta-se como um “conjunto de fonemas ou de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação”¹²⁸. Norberto Bobbio, por sua vez, entende que *enunciado* é “a forma gramatical e lingüística pela qual um determinado significado é expresso”¹²⁹, e reconhece que “o que interessa ao jurista, quando interpreta uma lei, é o seu significado”¹³⁰. Neste sentido, Robert Alexy leciona que a norma é o próprio significado do enunciado, e que toda norma pode ser expressa através de um enunciado normativo¹³¹.

É importante destacar aqui que também o direito consuetudinário pode ser expresso verbalmente e “mesmo o direito não-escrito é normativo e pode articular-se de modo teórico-normativo sob pontos de vista da ideia normativa fundamental e do âmbito normativo, podendo ser verbalmente expresso”¹³².

Apesar da existência de uma relação mútua entre texto normativo e norma, não há uma *correspondência biunívoca* entre ambos¹³³. José Joaquim Gomes Canotilho leciona que é possível haver (a) *disjunção de normas*, quando um enunciado puder exprimir uma ou outra norma; (b) *conjunção de normas*, quando um enunciado puder exprimir várias normas conjuntamente; (c) *sobreposição de normas*, quando dois enunciados puderem exprimir normas que se sobrepõem parcialmente; (d) *enunciado sem norma*, quando um enunciado não é apto para exprimir uma norma; e (e) *norma sem enunciado*, quando não há qualquer enunciado ou combinação de enunciados que impliquem em uma norma, que é produzida pelo direito mediante

¹²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 22.

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 73.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 74.

¹³¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 51-54.

¹³² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 205.

¹³³ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 34.

concretização¹³⁴, do que se conclui que “é possível extrair norma mesmo onde não haja texto”¹³⁵. No mesmo sentido, anota Humberto Ávila:

Não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. [...] Em outros casos há dispositivo mas não há norma. [...] Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. [...] Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. [...] E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro¹³⁶.

O texto constitui o ponto de partida para a formação das significações e, ao mesmo tempo, para a referência aos entes significados. “Em qualquer sistema de signos, o esforço de decodificação tomará por base o texto, e o desenvolvimento hermenêutico fixará nessa instância material todo o apoio de suas construções”¹³⁷. As normas resultam da interpretação dos textos, “interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos”¹³⁸. Ou ainda poder-se-ia dizer que interpretar, em geral, consiste em reconhecer ou atribuir um significado ou um sentido a certos signos ou símbolos¹³⁹, ou, em outras palavras, que “interpretar a Constituição é conhecê-la, não apenas em sua letra, mas também, em seu espírito, em seus significados mais profundos e em seu verdadeiro alcance”¹⁴⁰.

Dessa forma, as normas não são textos nem o conjunto deles, mas “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu

¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1187-1190.

¹³⁵ PEDRA, Adriano Sant’Ana. A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 247, p. 13-30, jan./abr. 2008, p. 19.

¹³⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30-31.

¹³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 62.

¹³⁹ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2004, p. 13.

¹⁴⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 22.

resultado”¹⁴¹. Nas palavras de André Ramos Tavares, “a interpretação do Direito é a operação intelectual por meio da qual, a partir da linguagem vertida em disposições (enunciados) com força normativa, o operador do Direito chega a determinado e específico conteúdo”¹⁴².

Deve distinguir-se entre *enunciado* (formulação, disposição) *da norma e norma*. A *formulação da norma* é qualquer enunciado que faz parte de um texto normativo (de “uma fonte de direito”). *Norma* é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições). *Disposição* é parte de um texto ainda a interpretar; *norma* é parte de um texto interpretado¹⁴³.

O texto não existe em si mesmo. O texto não tem controle absoluto sobre a interpretação que lhe será dada. “O fato é que a norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito”¹⁴⁴. Dessa forma, não há como isolar a norma de sua concretização. “Concretização da norma é *construção* da norma”¹⁴⁵. A norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do aplicador do direito, que é o intermediário entre a norma e os fatos da vida. Por outro lado, o intérprete constitucional não pode dar sentidos de forma arbitrária aos textos, pois texto e norma não estão separados. Texto normativo e norma são coisas distintas, mas não separadas – no sentido de que um possa existir sem o outro. E, “também por isto, um não contém o outro”¹⁴⁶.

Apesar da distinção entre texto normativo e norma, deve-se recorrer ao texto para se verificar o conteúdo semântico da norma constitucional. “Isto é assim mesmo em

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

¹⁴² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 77.

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1185-1186.

¹⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

¹⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 231.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004, p. 130.

termos linguísticos: o texto da norma é o *signal linguístico*; a norma é o que se *revela* ou *designa*¹⁴⁷.

Vale dizer que o conteúdo da norma constitucional deve ser o conteúdo semântico dos seus enunciados lingüísticos, tal como eles são mediatizados pelas convenções lingüísticas relevantes. A formulação lingüística da norma constitui uma limitação para as variações de sentido constitucionalmente possíveis, assumindo, assim, o texto uma função negativa. Daí a razão para se recorrer ao texto no processo metódico de concretização¹⁴⁸.

Dessa forma, não é dado ao intérprete “extrair” o sentido que estaria “contido” no texto. Isto porque os sentidos não estão acoplados ao texto, prontos para serem desacoplados, “como queria a hermenêutica clássica e como quer, ainda hoje, boa parte dos juristas que busca inserção nesse complexo terreno que é hermenêutica”¹⁴⁹. Sobre este ponto de vista, escreve Lenio Luiz Streck:

Talvez a chave da crise do Direito e dessa “baixa efetividade da Constituição” se deva ao fato de que o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece (*subtilitas intelligendi*), depois interpreta (*subtilitas explicandi*), para só então aplicar (*subtilitas applicandi*); ou, de forma mais simplista, que interpretar é desvendar o sentido unívoco da norma (*sic*), ou, que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos (*sic*), ou que interpretar é buscar o “verdadeiro sentido da norma”, ou ainda, que os métodos de interpretação são um “caminho seguro para alcançar corretos sentidos”, e que os critérios usuais de interpretação constitucional equivalem aos métodos e processos clássicos, destacando-se, dentre eles, o gramatical, o lógico, o teleológico objetivo, o sistemático e o histórico (*sic*), e, finalmente, para total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, que é possível descobrir a vontade da norma (o que isto significa ninguém sabe explicar) e que o legislador possui um espírito (*sic*)!¹⁵⁰

A interpretação não pode ser produto de uma operação realizada em partes – primeiro conhecer, depois interpretar, para só então aplicar –, como pretende o processo interpretativo clássico. Em verdade, a interpretação impescinde da

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1202.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 1202.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004, p. 153.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 155.

aplicação. Em virtude disso, Hans-Georg Gadamer¹⁵¹ critica o processo interpretativo clássico, superando as fases da hermenêutica clássica (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*), que representam a ideia de que a hermenêutica jurídica pode ser cindida em momentos distintos. Propõe, deste modo, a *applicatio*, cujo resultado é a coisa mesma (*Sache selbst*), o caso em sua singularidade.

Celso Ribeiro Bastos leciona que alguns estudiosos veem na interpretação um caráter puramente cognoscitivo. Todavia, o autor filia-se a outra corrente de pensamento, e nós também, que “entende que a interpretação implica em um juízo decisório, dentro de uma esfera de decisões viáveis. As correntes voluntaristas fazem repousar os critérios últimos da interpretação num ato de vontade”¹⁵². Por isso, “a interpretação do direito é constitutiva, e não simplesmente declaratória. Vale dizer: não se limita a uma mera compreensão dos textos e dos fatos; vai bem além disso”¹⁵³. Assim, afirma Eros Roberto Grau:

A interpretação do direito tem caráter constitutivo – não, pois, meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão¹⁵⁴.

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho anota que a metódica constitucional leva a sério os textos das normas constitucionais. Além do mais, explica que levar a sério os textos das normas constitucionais significa “tomar estes textos como pontos de partida da construção de normas jurídicas. Significa ainda *ir para além dos textos*. Isso porque a interpretação do texto constitucional é uma *mediação-atribuição de sentido*”¹⁵⁵.

¹⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, t. I, p. 459-460.

¹⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 263.

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

¹⁵⁴ *Idem*. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1102.

Nesse sentido, Eros Roberto Grau vê o conjunto de textos normativos como apenas ordenamento em potência, isto é, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. “O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete”¹⁵⁶. E acrescenta:

A norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra assim nele involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam – insisto nisso: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo o ser)¹⁵⁷.

Dessa forma, afirmar que um texto é portador de *vários sentidos* significa que este pode conter *várias normas* entre as quais “o órgão de aplicação deverá ‘escolher’ aquele que aplica. É nessa ‘escolha’ ou ‘opção’ que tem lugar a interpretação. [...] Antes de essa interpretação ter lugar, não existe norma nem questão de fato alguma, unicamente um texto”¹⁵⁸. Por isso é que se nega “a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico”¹⁵⁹.

O próprio Hans Kelsen escreve que “a teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta”¹⁶⁰, como se o órgão aplicador do direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento, mas não a sua vontade. Todavia, “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta”¹⁶¹.

¹⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 32.

¹⁵⁸ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 108.

¹⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 40, nota 156.

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 391.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 390.

E, como “a interpretação é uma escolha entre várias opções”¹⁶², a interpretação só pode ser considerada como sendo a melhor dentro de um dado contexto. Nesse sentido, o caso concreto ganha relevo, pois reflete uma nova situação em que o intérprete jurídico tem que renovar a efetividade da norma. Segundo Hans-Georg Gadamer, o intérprete jurídico não pode sujeitar-se à intenção dos que elaboraram a lei. “Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei”¹⁶³.

Isto porque a interpretação não persegue *o* sentido, mas *um dos* sentidos, que deverá ser contextualmente possível e adequado. Essa possibilidade de múltiplas interpretações viabiliza a evolução da norma ainda que o texto permaneça.

A este respeito, Eros Roberto Grau escreve que

a mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência¹⁶⁴.

Além da mutação constitucional, que decorre de diferentes interpretações do *mesmo* texto constitucional ao longo do tempo, a autonomia da norma em relação ao texto também permite a existência de diferentes interpretações para diferentes Constituições com textos similares para certos dispositivos.

A este respeito, Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi¹⁶⁵ fazem um estudo comparado na jurisprudência de algumas Cortes constitucionais e percebem que são tomadas decisões opostas, apesar de situação normativa semelhante.

¹⁶² BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 155.

¹⁶³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, t. I, p. 485.

¹⁶⁴ Reclamação nº 4.335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes.

¹⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões do processo objetivo. Autocriação e hetero-referência como meios de configuração do processo constitucional nas duas décadas da Constituição Federal de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: 2009, p. 147-148.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu que o preâmbulo da Constituição Federal não tem força normativa¹⁶⁶. Todavia, o Conselho Constitucional francês, na decisão nº 71-44, de 16 de julho de 1971, manifestou o entendimento de que “o preâmbulo e qualquer documento ou princípio mencionado em seu preâmbulo fazem parte do *bloc de constitutionalité*, i. e., da Constituição, e que tais são elementos constitutivos da Constituição”, conforme notícia Michel Troper¹⁶⁷.

Também decidiu o Supremo Tribunal Federal brasileiro que inexitem princípios (de direito natural, de justiça etc.) superiores à Constituição Federal, e que, no sistema constitucional brasileiro, a Excelsa Corte não tem jurisdição constitucional para julgar a inconstitucionalidade de normas resultantes do poder constituinte originário¹⁶⁸. Já o Tribunal Constitucional Federal alemão reconhece a existência de princípios supraconstitucionais que limitam o próprio poder constituinte originário. Ao analisar o parâmetro de controle do direito constitucional alemão, Gilmar Ferreira Mendes escreve que “o *Bundesverfassungsgericht*, na decisão de 23 de outubro de 1951, reconheceu a existência de direito suprapositivo e a sua competência para aferir a validade das normas com base nesses princípios”¹⁶⁹.

1.3 ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO

1.3.1 Constituição aberta

As sociedades pluralistas atuais, marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que ninguém tenha força suficiente para impor a sua vontade sobre os demais, assinalam não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, mas, sim, a de realizar as condições de possibilidade deste.

¹⁶⁶ ADIn 2076-5/AC. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Carlos Velloso, j. 15/08/2002, DJ 08/08/2003.

¹⁶⁷ TROPER, Michel. Interpretação constitucional. Trad. Pedro Buck. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 53-70, jul./set. 2008, p. 68.

¹⁶⁸ ADIn 997-4/RS. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Moreira Alves, j. 28/03/1996, DJ 30/08/1996.

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 116.

Conforme expõe Gustavo Zagrebelsky¹⁷⁰, esta é a natureza das constituições democráticas em tempos de pluralismo. Ainda anota o autor a abertura constitucional permite acomodar os diferentes interesses de uma sociedade pluralista:

A ascensão do pluralismo em uma Constituição democrática é simplesmente uma proposta de soluções e coexistências possíveis, quer dizer, um “compromisso das possibilidades” e não um projeto rigidamente ordenador que possa assumir-se como um *a priori* da política como força própria, de cima para baixo. Só assim poderemos ter constituições “abertas”, constituições que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a capacidade para assumir a direção política, condições ambas para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática¹⁷¹.

Carlos Roberto Siqueira Castro anota que a assimilação pelas constituições “da tormentosa complexidade das relações sociais”¹⁷², no final do século XX, está retratada em uma extrema abertura do ponto de vista material que caracteriza notadamente os textos constitucionais editados a partir da década de setenta. Com isso, verifica-se que Constituição compõe “um repositório de princípios às vezes antagônicos e controversos, que exprimem o armistício na guerra institucional da sociedade de classes”¹⁷³.

De fato, deve-se “reconhecer que, por sua natureza e função, os textos constitucionais são necessariamente mais abertos do que aqueles que veiculam os demais comandos jurídicos”¹⁷⁴. A linguagem utilizada pela Constituição é dotada de “um elevado grau de abstração semântica que autoriza o operador normativo a atuar com maior grau de liberdade na fixação da extensão e da profundidade dos institutos

¹⁷⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008, p. 13.

¹⁷¹ Tradução nossa da lavra em espanhol: “La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un ‘compromiso de las posibilidades’ y no un proyecto rigidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política como fuerza propia, de arriba hacia abajo. Sólo así podremos tener constituciones ‘abiertas’, constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática”. (*Ibidem*, p. 14)

¹⁷² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 15.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 503.

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

inseridos no corpo da Norma Fundamental”¹⁷⁵. Em razão de sua própria estrutura e função, “a norma constitucional quase sempre aparece mais indefinida e fragmentária do que as demais normas dos sistemas jurídicos dogmáticos modernos”¹⁷⁶.

A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade. O problema dessa *liberdade de conformação* na interpretação judicial é mais agudo nos países de Constituição sintética, onde a plasticidade de certas cláusulas genéricas admite variações entre extremos. Porém, mesmo em Estados que adotam uma Carta analítica – ou casuística, como no caso brasileiro –, a questão se coloca com frequência¹⁷⁷.

A abertura da Constituição, escreve José Joaquim Gomes Canotilho, pretende salientar a necessidade de a Constituição “se furtar a uma espécie de ‘totalitarismo constitucional’, traduzido na codificação global e detalhada das matérias constitucionais e na rigidez absoluta do clausulado constitucional”¹⁷⁸. Ao deixar, conscientemente, de regular certas tarefas, ao optar por uma técnica normativa de normas abertas e ao aceitar a mutação constitucional como fenômeno inerente à própria historicidade da vida constitucional, a Constituição constitui um instrumento democrático que possibilita confrontações políticas.

Como a Constituição é elaborada com o intuito de permanecer em vigor pelo maior tempo possível, ela deve se amoldar às mudanças que acontecerem na sociedade ao longo deste tempo, o que exige que suas normas tenham caráter aberto¹⁷⁹. A este respeito Gustavo Zagrebelsky¹⁸⁰ questiona se a certeza do ordenamento constitucional seria hoje um objetivo realista e até mesmo desejável. Isso porque

¹⁷⁵ SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da Constituição**. São Paulo: RT, 2008, p. 195.

¹⁷⁶ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 218.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 107-108.

¹⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 147.

¹⁷⁹ Além, é claro, de admitir emendas ao texto constitucional.

¹⁸⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008, p. 147.

esta certeza deposita sobre o legislador reformador uma tarefa de incessante modificação do texto constitucional a fim de que este acompanhe as mudanças na sociedade.

A abertura da Constituição torna possível ter o seu conteúdo construído a partir de um processo de concretização, visto que uma Constituição aberta está apta a sofrer as interferências de elementos externos, e encontra-se em constante comunicação com o sistema fático. “O *futuro* é uma tarefa indeclinável da Constituição, deve, por conseguinte, a lei constitucional fornecer aberturas para captar a dinamicidade da vida política e social”¹⁸¹. Ademais, para que a Constituição cumpra seu propósito de “disciplinar um número infindável de situações, faz-se necessário recorrer a um alto nível de generalidade e de abstração, o que acarreta, inevitavelmente, a imprecisão terminológica”¹⁸². O alto grau de abstração presente nas normas constitucionais podem levar a interpretação a se adequar a algumas transformações sociais, econômicas e políticas, pois há uma natural oscilação em razão das mudanças ocorridas na sociedade.

Cumprir registrar que a expressão “Constituição aberta” pode ser interpretada de múltiplas maneiras. Concernente a isso, Josep Aguiló Regla¹⁸³ escreve que uma Constituição é aberta quando permite desenvolvimentos constitucionais muito diferentes entre si, que são a plasmação de opções políticas e ideológicas muito diferentes, sem que seja necessário para isto proceder à reforma da Constituição. Em oposição a isso, uma Constituição é “fechada” quando tem um forte perfil político e ideológico que não permite desenvolvimentos ideológicos diferentes entre si, sem previamente proceder à reforma da Constituição.

José Joaquim Gomes Canotilho distingue abertura das normas constitucionais de abertura da própria Constituição, ao declarar que:

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1417.

¹⁸² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 41.

¹⁸³ AGUILÓ REGLA, Josep. **La Constitución del Estado constitucional**. Bogotá: Temis, 2004, p. 131.

A abertura das normas constitucionais confunde-se, por vezes, com abertura da Constituição. São, porém, conceitos diferentes. Se se preferir, são dois diferentes níveis: (1) *abertura horizontal*, para significar a incompletude e o carácter “fragmentário” e “não codificador” de um texto constitucional; (2) *abertura vertical*, para significar o carácter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se “abrem” à mediação legislativa concretizadora¹⁸⁴.

Pode-se dizer, entretanto, que estas aberturas representam dimensões de um mesmo fenómeno. A abertura constitucional ocorre quando a Constituição deixa de regular certas matérias ou as regula de modo que o legislador precise concretizá-las (abertura material), adota um sistema de normas estruturalmente abertas à interação com a realidade convivencial (abertura estrutural), ou ainda quando traz previsões normativas cuja contradição vai ser solucionada de acordo com cada caso concreto (abertura funcional)¹⁸⁵. É claro que afirmar que uma Constituição é aberta não é o mesmo que afirmar a abertura de todas as suas normas, haja vista que o sistema constitucional é composto por normas com diferentes níveis de densidade.

Segundo a lição de André Ramos Tavares, a discussão teórica sobre a abertura das constituições pode encaminhar-se por distintas veredas, as quais podem ocupar-se “(i) da abertura hermenêutica da norma constitucional; (ii) da abertura normativa expressa ao direito internacional e, no caso europeu, ao direito comunitário; (iii) da abertura ao concreto; (iv) da abertura epistemológica, e; (v) da abertura de conteúdo”¹⁸⁶.

A abertura constitui uma exigência de toda e qualquer Constituição que busca ser perpétua, pois a excessivo “fechamento” dificulta a sua adaptação às novas exigências da sociedade e da realidade histórica. Para Josep Aguiló Regla, uma Constituição aberta tem que ser relativamente imprecisa e as causas de imprecisão

¹⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1164-1165. Em outra obra, o autor português também fala sobre uma indeterminabilidade horizontal e uma indeterminabilidade vertical: “A *abertura* de uma constituição situa-se a dois níveis ou em dois momentos: (1) criação de uma ordem geral constitucional conscientemente incompleta (*abertura horizontal*); (2) regulação, da matéria constitucional, de forma incompleta, ‘abrindo-se’ à atividade concretizadora infraconstitucional (*abertura vertical*)”. (*Idem*. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 193)

¹⁸⁵ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 193.

¹⁸⁶ TAVARES, André Ramos. A Constituição aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: 2009, p. 1.

dos textos normativos geralmente decorrem de ambiguidade, de vagueza e de textura aberta¹⁸⁷, o que o leva a afirmar que “parece haver uma certa conexão entre Constituição aberta, desenvolvimento constitucional e imprecisão constitucional, e Constituição fechada, aplicação da Constituição e precisão constitucional”¹⁸⁸.

No tocante a isso, André Ramos Tavares também confirma que a análise das Constituições atuais revela grande abstratividade ou abertura das normas, que se revela pelos vocábulos vagos, pelas palavras imprecisas empregadas pelo legislador constituinte, e que necessitam de um preenchimento ou integração para se tornarem compreensíveis e imediatamente aplicáveis. Dessa forma, é possível constatar o “emprego por vezes exacerbado de conceitos imprecisos, de difícil compreensão quanto ao conteúdo. Na maior parte dos casos, as normas constitucionais de caráter aberto são classificadas como principiológicas”¹⁸⁹.

Quando se considera a Constituição uma ordem aberta, admite-se que existe o condicionamento do texto pela realidade, que se manifesta no binômio aplicação/concretização, e também que, como consequência desse condicionamento, a Constituição modifica-se de forma dinâmica para poder acompanhar a evolução social. No dizer de José Joaquim Gomes Canotilho, existe uma “capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’.”¹⁹⁰

Uma Constituição aberta, conforme expõe Ney de Barros Filho, é aquela que pode ser construída dia após dia, no momento em que for interpretada e no instante da sua aplicação. Essa abertura pressupõe a “constatação de que há um texto e uma realidade, portanto dois espaços que se fundem no momento da aplicação: a

¹⁸⁷ AGUILÓ REGLA, Josep. **La Constitución del Estado constitucional**. Bogotá: Temis, 2004, p. 135.

¹⁸⁸ Para cotejo, é trazido o texto original do professor de Alicante: “Parece haber una cierta conexión entre Constitución abierta, desarrollo constitucional e imprecisión constitucional, y Constitución cerrada, aplicación de la Constitución y precisión constitucional”. (*Ibidem*, p. 132)

¹⁸⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

¹⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1143.

realidade e o texto”¹⁹¹. Para tanto, o texto deverá ser aberto para receber as modificações advindas da realidade. A realidade, por sua vez, deve ser propensa a uma determinação imperativa advinda do texto escrito, em razão da sua qualidade de prescritor da realidade.

Quanto a isso, José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que, quando se fala na necessidade de normas abertas, pretende-se dizer que as normas constitucionais “devem ser *planificadamente* indeterminadas, de modo a deixarem aos órgãos responsáveis pela sua concretização o espaço de liberdade decisória necessária à adequação da norma perante uma realidade multiforme e cambiante”¹⁹². Daí que a tarefa hermenêutica é decisiva “especialmente por ser da abertura e da amplitude da Constituição que surgem com maior frequência problemas de interpretação do que em outros âmbitos jurídicos, cujas normalizações entram mais no detalhe”¹⁹³.

Paolo Biscaretti di Ruffia leciona que as

modificações das ordenações constitucionais podem ser, muitas vezes, facilitadas pela própria redação do texto de algumas constituições escritas, dando lugar àquela sua particular característica definida por L. Rossi, como elasticidade dos mesmos textos (baseando-se, especificamente, no Estatuto Albertino: que, através de vários reenvios a posteriores leis de complementação, frequentes silêncios e a consciente generalidade de muitos de seus enunciados, pôde sobreviver, com escassas modificações de seus artigos, ao engrandecimento do minúsculo reino de Sardenha, chegando a abarcar toda a Itália, passando do previsto governo constitucional puro ao parlamentar e, enfim, com o fascismo, a outro estritamente autoritário).¹⁹⁴

É “através do funcionamento das normas abertas, sejam elas princípios, conceitos indeterminados ou mesmo valores, que a Constituição assegura sua dinamicidade”¹⁹⁵. A superação da mentalidade que se tinha acerca do sistema jurídico fechado faz André Ramos Tavares anotar que “é a abertura das normas

¹⁹¹ BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 202.

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 193.

¹⁹³ SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 354.

¹⁹⁴ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito constitucional**: instituições de direito público. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984, p. 234.

¹⁹⁵ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 194.

constitucionais que possibilita a evolução do Texto Constitucional, o acompanhamento do desenvolvimento da realidade”¹⁹⁶. Além disso, o maior grau de abertura da Constituição autoriza o intérprete a utilizar elementos oferecidos por outros ramos do conhecimento, o que torna patente a transdisciplinaridade do Direito Constitucional¹⁹⁷. Em outras palavras, “a leitura da realidade somente será completa com a participação das outras ciências. O prisma jurídico é um prisma parcial e imperfeito. E seria hipocrisia dizer que não”¹⁹⁸.

Além disso, como expõe Claus Wilhelm Canaris, “a abertura do sistema significa a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico”¹⁹⁹. Além disso, o jurista, como qualquer cientista, deve estar preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado, para alargá-lo ou modificá-lo com base numa melhor consideração. Com este intuito, a textura aberta da linguagem constitui uma vantagem, porque incorpora a oscilação entre dois extremos, que são “a necessidade de certeza e a necessidade de deixar certas questões em aberto para serem apreciadas no tempo adequado”²⁰⁰.

José Joaquim Gomes Canotilho escreve que a abertura do *corpus* constitucional a normas constitucionais não escritas, como aquelas derivadas de uma formação consuetudinária ou ainda as derivadas da interpretação do texto constitucional, aponta para uma ideia de que o direito constitucional é um “direito vivo”, um “direito em ação”, e não apenas um “direito nos livros”. Assim escreve o professor de Coimbra:

¹⁹⁶ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 43.

¹⁹⁷ André Ramos Tavares analisa o julgamento do *habeas corpus* HC nº 8.242 (Caso Ellwanger) pelo Supremo Tribunal Federal, em que o paciente Sigfried Ellwanger havia sido condenado à prisão por crime de racismo em razão da autoria do livro “*Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século*”. “Para tanto, tornou-se necessário saber o que era racismo e se o povo judeu poderia ser considerado como uma raça. A esta pergunta, a lei não poderia responder. Muito menos aqueles versados, tão-somente, nas letras jurídicas. Imprescindível, então, tornou-se a presença da antropologia, no deslinde da questão. O Ministro Moreira Alves, o qual, em seu voto, afirmou que judeu não era raça, pautou-se em estudos emitidos por antropólogos”. (TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 48)

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 51.

¹⁹⁹ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 106.

²⁰⁰ STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122.

Precisamente por isso, existe um *direito constitucional não escrito* que embora tenha na constituição escrita os fundamentos e limites, completa, desenvolve, vivifica o direito constitucional escrito. A fim de realçar a imbricação necessária entre a constituição escrita e a constituição viva, a doutrina constitucional recorta o conceito de *constituição material*. Entende-se por *constituição material*, seguindo as sugestões de uma cultura constitucional fortemente radicada – a italiana – o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efetivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objetiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjetiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita. Ao contrário do que muitas vezes se pensa e vê escrito, a constituição material não se reconduz a um simples “poder de fato” (“relações de poder e influência”, “fato político puro”), pois a constituição material tem também uma *função ordenadora*. A chamada *força normativa de constituição* (K. Hesse) pressupõe, a maior parte das vezes, a *vontade de constituição*, ou seja, a explicitação na constituição escrita ou formal do complexo de fins e valores agitados pelas constelações políticas e sociais a nível da constituição material. Esta condicionalidade recíproca entre constituição escrita e constituição material explicará um conjunto de fenômenos conhecidos da teoria da constituição: transições constitucionais, obsolescência de normas constitucionais, mutações constitucionais, desenvolvimentos constitucionais, conflitos entre a *constitutio scripta* e a *constituição viva*²⁰¹.

Como foi visto, a Constituição aberta possui prescrições intencionalmente incompletas, a fim de permitir e de assegurar um espaço de liberdade para o antagonismo, o compromisso e o consenso pluralísticos. Como afirma André Ramos Tavares, a abertura das normas constitucionais “permite a evolução do direito constitucional por meio da interpretação, a chamada mutação informal da (compreensão da) Constituição”²⁰². Da mesma forma, Claus Wilhelm Canaris escreve que, sob certa utilização linguística, “entende-se por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema”²⁰³. As normas constitucionais são abertas com o intuito de serem preenchidas, concretizadas, de maneira renovada, conforme as mudanças sociais. O discurso constitucional encontrou, na abertura das normas constitucionais, o caminho para sua própria realização. Desta maneira, a Constituição abre-se aos novos tempos, de acordo com as necessidades impostas pela evolução social.

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1123.

²⁰² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83.

²⁰³ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 104.

1.3.2 Sistema normativo aberto de princípios e regras

A Constituição apresenta-se como um sistema normativo, “porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*”²⁰⁴. Essas normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras*²⁰⁵.

Concernente à distinção entre princípios e regras, Robert Alexy²⁰⁶ esclarece que numerosos são os critérios propostos para o estabelecimento de tal distinção. José Joaquim Gomes Canotilho²⁰⁷, por sua vez, também afirma que estabelecer esta distinção constitui uma tarefa particularmente complexa e esclarece que existem diversos critérios com este intuito, quais sejam: o *grau de abstração*, o *caráter de fundamentalidade*, a *natureza normogênética*, a *proximidade da ideia de direito*, e o *grau de determinabilidade*.

Segundo o *grau de abstração*, é possível dizer que os princípios são “dotados de grande abstratividade”²⁰⁸, enquanto que as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. Neste passo, anota André Ramos Tavares que os princípios “requerem uma generalidade, adquirindo, assim, a nota da máxima abstratividade (objetiva), no sentido de possuírem uma hipótese de incidência ‘em aberto’, o que os distancia estruturalmente das regras”²⁰⁹. Acrescenta ainda o autor que “os princípios podem ser diferenciados das regras, na esteira da teoria constitucional contemporânea, pela abstratividade daqueles quando comparados com estas”²¹⁰. Apesar disso, deve-se ressaltar que “o caráter abstrato está presente não somente

²⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1143.

²⁰⁵ PEDRA, Adriano Sant’Ana. A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 247, p. 13-30, jan./abr. 2008, p. 18.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

²⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1144-1145.

²⁰⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 100.

²⁰⁹ *Idem*. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 91-92.

²¹⁰ *Idem*. A Constituição aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: 2009, p. 11.

nos princípios, mas também nas regras”²¹¹, todavia tal caráter é reduzido quanto a estas.

Se, por um lado, os princípios perdem em precisão de seu conteúdo, ou seja, perdem em densidade semântica; por outro, ganham em abstração e em generalidade. Isto lhes permite abarcar uma área muito mais ampla do que as regras. Daí que a abstratividade, “enquanto nota atribuída aos princípios, implica a capacidade de alcançar um grande e indefinido número de situações concretas, nelas incidindo e sofrendo influência seu comando normativo mínimo”²¹². Tem-se, pois, que “o que os princípios perdem em carga normativa ganham em carga valorativa – o que lhes permite irradiar-se sobre todas as outras normas jurídicas”²¹³.

Robert Alexy esclarece que o critério da generalidade é o mais frequentemente utilizado. Segundo este critério, os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto, e as regras são normas com um nível relativamente baixo de generalidade²¹⁴. Disso decorre, nas palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro, “que a carga de eficácia jurídica que dimana da norma principiológica é relativamente difusa e indeterminada”²¹⁵.

Dessa forma, regras e princípios podem ser distinguidos a partir da ideia de que as regras possuem uma estrutura interna através da qual todas as suas opções semânticas – às vezes apenas uma – estão potencialmente previstas, “enquanto os princípios apresentam uma indeterminação natural, exteriorizada durante todo o processo de interpretação e concretização normativa”²¹⁶. Claus Wilhelm Canaris²¹⁷ anota ainda que uma distinção fundamental entre princípios e regras jurídicas

²¹¹ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 95.

²¹² *Idem*. A Constituição aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: 2009, p. 11.

²¹³ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 152.

²¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

²¹⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 55.

²¹⁶ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 204-205.

²¹⁷ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 86-87.

relaciona-se ao fato de os primeiros, ao contrário das segundas, não permitem, pela insuficiência do seu grau de concretização, a subsunção.

André Ramos Tavares afirma que os princípios adquirem maior importância (critério substantivo) exatamente em razão da abstração (efeito de irradiação), uma vez que,

quando se está a lidar com princípios no âmbito constitucional, sua generalidade (critério formal), que lhes permite lançarem-se a um indefinido número de problemas, acaba por denotar, concomitantemente, ao menos em termos hermenêuticos, certa importância (na primeira acepção – material – apresentada)²¹⁸.

Outra distinção possível entre princípios e regras refere-se ao *caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes do direito. Os princípios têm natureza estruturante e possuem papel fundamental no ordenamento jurídico em razão de sua posição hierárquica no sistema das fontes do direito, como se verifica com os princípios constitucionais, ou devido à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico, como ocorre com o princípio do Estado de Direito²¹⁹.

Há ainda outra distinção entre princípios e regras, a qual decorre da *natureza normogénica*. Vale ressaltar que os princípios são o fundamento das regras, são normas que estão na base ou constituem *a ratio* das regras²²⁰. “Nesse sentido é que se compreende sua natureza normogénica, ou seja, o fato de serem fundamento de regras”²²¹.

Também se pode identificar uma outra distinção entre princípios e regras a partir da *proximidade da ideia de direito*. Sob este critério, os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” ou na “ideia de direito”, enquanto que as regras são normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional²²².

²¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 94.

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1144-1145.

²²⁰ *Ibidem*, p. 1144-1145.

²²¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.

²²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, p. 1144-1145, nota 219.

A distinção entre princípios e regras também pode ser estabelecida a partir do *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto. Como os princípios são vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, “enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta”²²³. Todavia, merece ser ressaltado aqui que a concretização também ocorre com as regras.

Riccardo Guastini anota que todo princípio exige uma concretização a fim de ser transformado em um comando (relativamente) preciso. Para tanto, é necessário determinar seu âmbito de aplicação e decidir a quais categorias de situações concretas o princípio se aplica. Ao mesmo tempo, é preciso determinar suas exceções, ou seja, em quais subcategorias de situações concretas o princípio não é aplicável²²⁴.

Robert Alexy²²⁵ formulou fecunda teoria distinguindo precisamente os princípios das regras, pois, segundo o autor, o ponto decisivo para a distinção entre princípios e regras é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Dessa forma, os princípios constituem *mandados de otimização*²²⁶ e são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e de que a medida devida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Já as regras são normas que ou são cumpridas ou não são cumpridas. Se a regra é válida, temos que fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos. Nesse contexto, a diferença entre princípios e regras é qualitativa.

Na busca da distinção entre princípios e regras, Gustavo Zagrebelsky também aduz:

²²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1144.

²²⁴ A partir daí, o autor italiano questiona se o princípio da soberania nacional autoriza ou não que o legislador confira o direito de voto aos imigrantes comunitários nas eleições municipais, se o princípio da igualdade permite ou não que o legislador estabeleça quota para mulheres nas listas eleitorais, se o princípio do direito à defesa implica ou não que o advogado deva estar presente no interrogatório do acusado, e se a proibição de penas cruéis implica ou não a proibição da pena de morte. (GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Trad. Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Madri: Trotta, 2008, p. 79)

²²⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

²²⁶ *Ibidem*, p. 86.

A distinção essencial parece ser a seguinte: as regras nos proporcionam o critério de nossas ações, dizem-nos como devemos, não devemos, ou podemos atuar em determinadas situações específicas previstas pelas próprias regras; os princípios, diretamente, não nos dizem nada a este respeito, mas nos proporcionam critérios para tomar posição diante de situações concretas que *a priori* aparecem indeterminadas. Os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão e apoio ou de dissenso e repulsa para tudo o que pode estar implicado em sua salvaguarda em cada caso concreto. Posto que carecem de “suposto de fato”, aos princípios, diferentemente do que ocorre com as regras, só se pode dar algum significado operativo fazendo-os “reagir” diante de algum caso concreto. Seu significado não pode ser determinado em abstrato, mas somente nos casos concretos, e somente nos casos concretos é possível entender seu alcance²²⁷.

Riccardo Guastini leciona que os princípios constituem uma espécie de norma cujos traços característicos não são fáceis de individualizar com precisão. “Não é absolutamente claro, em outras palavras, quais propriedades deva ter uma norma para merecer o nome de *princípio*”²²⁸. Em primeiro lugar, os princípios destacam-se pelo lugar que ocupam no ordenamento jurídico como um todo ou em algum setor específico, sendo considerado como um fundamento de um conjunto de outras normas. Em segundo lugar, os princípios caracterizam-se também do ponto de vista da sua formulação lingüística, pois seriam dotados de um significado altamente elástico e/ou indeterminado, enquanto que as regras teriam enunciados de significado preciso. Além disso, os princípios também se caracterizam por sua generalidade, que, assim como a vagueza, é gradual. Todavia, Riccardo Guastini adverte que as regras também possuem um certo grau de vagueza, o que torna a sua aplicação, em muitos casos, discricionária e passível de controvérsia²²⁹.

Não há uma hierarquia, *a priori*, entre os princípios constitucionais, pois a prevalência de cada um deles na solução do problema jurídico dependerá das

²²⁷ Tradução nossa do texto em espanhol: “La distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de ‘supuesto de hecho’, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2008, p. 110-111)

²²⁸ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 186.

²²⁹ *Ibidem*, p. 186-191.

circunstâncias específicas do caso concreto. Dessa forma, quando dois princípios entram em colisão – e só podem entrar em colisão princípios válidos – um dos dois tem que ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio desprezado. Sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro, mas, em outras circunstâncias, pode ser que a precedência seja resolvida de maneira inversa²³⁰. Consoante Ronald Dworkin, as particularidades dos princípios permitem que eles sejam aptos a solucionar um *hard case*, ou seja, “um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção”²³¹.

Já o conflito entre regras²³², diferentemente, só pode ser solucionado, se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou se declarar inválida uma delas²³³. Disto resulta o fato de existirem normas constitucionais que, embora redigidas em termos aparentemente absolutos, têm natureza principiológica, que se sujeita à ponderação com outros princípios.

Como demonstrou Ronald Dworkin²³⁴, há um certo grau de dificuldade na atribuição de um conteúdo exato para algumas normas jurídicas principiológicas, pois

os princípios jurídicos são extremamente ricos quando está em questão a multiplicidade de seus vetores semânticos. Entretanto, o fenômeno da mutação constitucional acontece indistintamente em ambas as modalidades de normas constitucionais. A multiplicidade dos vetores semânticos depende diretamente do relacionamento verificado entre a norma e o caso concreto. Por mais previsíveis que pareçam as regras constitucionais, podem elas sofrer variações decorrentes do caráter inusitado de algum caso concreto sujeito à sua normatividade²³⁵.

Merece ser evidenciada a importância do papel dos princípios constitucionais, mormente porque estes “servem de vetores para a interpretação válida da

²³⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 89.

²³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

²³² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 88, nota 230.

²³³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43. “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”.

²³⁴ *Ibidem*, p. 46-50.

²³⁵ “Mas é claro que existem exceções. A Constituição também apresenta normas – ‘o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze ministros’ – onde as possibilidades semânticas praticamente não deixam espaço para a densificação, o que vai impedir a concretização normativa e, assim, a incidência da mutação constitucional”. (ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 205)

Constituição”²³⁶. Os textos das constituições apresentam termos polissêmicos, fundados em princípios, com uma ampla margem para interpretação. A indeterminação dos princípios “lhes oferece diferentes matizes e riqueza jurídica potencial”²³⁷. A este respeito, Laurence Tribe e Michael Dorf tomam o seguinte enunciado do Juiz White:

“A Constituição”, escreveu o Juiz White, “não é uma escritura imobiliária que determina precisamente os limites de seu objeto; ao contrário, é um documento que anuncia os princípios fundamentais fazendo uso de valores e deixando para as pessoas encarregadas de interpretá-la e aplicá-la um espaço amplo para o exercício de julgamentos normativos”²³⁸.

A partir do papel dos princípios como norteadores e informadores de toda a Constituição e ainda veiculando os seus valores e as suas diretrizes fundamentais, bem como a partir da acepção dos princípios como normas dotadas de alto grau de generalidade e de abstratividade, é possível demonstrar “a função da atividade interpretativa como forma de atualização da constituição. Isso porque é nessas ‘zonas moles’, abstratas e genéricas, que o intérprete tem sua competência alargada”²³⁹, uma vez que as normas principiológicas possuem um alto grau de vagueza e de imprecisão que possibilitam sua adaptação diante das novas realidades históricas.

A norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado. Como consequência direta desse fenômeno, surge a possibilidade da chamada “atualização” das normas constitucionais. Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica²⁴⁰.

²³⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 100.

²³⁷ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: RT, 2005, p. 134.

²³⁸ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 11-12.

²³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 146.

²⁴⁰ *Idem*. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 111.

André Ramos Tavares anota que “a nota da norma constitucional, em sua maioria, é a da principiologia, sem um conteúdo minimamente determinado”²⁴¹.

A incidência das mutações ocorre com mais frequência nos princípios constitucionais, os quais, pela maior abstração, permitem que seu alcance seja interpretado de forma extensiva ou restritiva, de acordo com os fatores sociais vigentes. Os princípios podem ser calibrados no seu conteúdo, até mesmo provocando o seu esvaziamento. Como as regras constitucionais têm um espaço hermenêutico bastante reduzido, a incidência da mutação sobre elas tem diminuto alcance²⁴².

Levando-se em conta que os princípios, no dizer de Gustavo Zagrebelsky, consistem fundamentalmente em noções de conteúdo variável²⁴³, é possível afirmar que eles cumprem uma função essencialmente dinâmica e estão permanentemente sujeitos a mudanças.

Dessa forma, a mutação constitucional possui maior potencial para ocorrer na categoria dos princípios constitucionais, haja vista que são normas a serem densificadas através da concretização, embora também seja possível ocorrer com as regras.

1.4 CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA

O caráter aberto e amplo da Constituição exige maior atenção com a interpretação constitucional. Isso porque “a hermenêutica ensina ao intérprete que as diretivas de ação e as proposições valorativas, contidas nos preceitos jurídicos, só podem ser cabalmente compreendidas e inteligidas quando aplicadas a situações concretas”²⁴⁴. Como salienta Konrad Hesse²⁴⁵, a interpretação é fundamental para o direito constitucional, pois, em razão do caráter aberto e amplo da Constituição, os

²⁴¹ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 24.

²⁴² AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

²⁴³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2008, p. 146.

²⁴⁴ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 151.

²⁴⁵ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 34.

problemas de interpretação surgem com maior frequência neste do que em outros setores do ordenamento jurídico cujas normas são mais detalhadas.

Todas estas características das normas constitucionais exigem que a atividade do intérprete ocorra no campo da “nova hermenêutica” constitucional. Neste sentido, a concretização²⁴⁶ normativa é uma exigência da abertura constitucional.

Friedrich Müller²⁴⁷ e Konrad Hesse²⁴⁸ integram o que alguns constitucionalistas designam por “nova hermenêutica”, um importantíssimo instrumento de concretização da democracia participativa. Os autores que integram a “nova hermenêutica” partem do pressuposto que a diferenciação social e o pluralismo político são as principais características da sociedade contemporânea. Nesse contexto de conflito político e social, no qual se incluem formas democráticas de participação nos assuntos públicos, não seria razoável tomar o ordenamento constitucional como um sistema normativo completo e fechado, caracterizado pela ordem e pela unidade.

A criação de normas constitucionais abertas, ou seja, normas com pouca densidade normativa, é uma das características das sociedades complexas, porque, diante da multiplicidade dos problemas que podem surgir, a Constituição necessita de soluções para acompanhar este casuismo problemático, e, por isso, o conteúdo dessas normas necessita ser objeto de concretização²⁴⁹. Para Konrad Hesse,

²⁴⁶ Vale atentar aqui para “a necessidade de distinguir concretização de efetivação (eficácia social) ou de eficácia (jurídica)”. (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 245)

²⁴⁷ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: RT, 2007. Ver MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000. Ver também MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

²⁴⁸ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. Ver HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Além disso, ver também HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

²⁴⁹ João Maurício Adeodato destaca que a norma vai muito além daquilo que está no texto da Constituição e das leis em geral. “No âmbito da teoria do direito, esse problema da concretização pode ser bem percebido na complexa distinção entre o direito adquirido e a expectativa de direito. As definições genéricas fornecidas pela ciência dogmática do direito a respeito parecem retoricamente

a interpretação constitucional é “concretização” (*Konkretisierung*). Precisamente o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da “realidade” de cuja ordenação se trata. Neste sentido a interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só fica completo com sua interpretação; no entanto, só nesse sentido possui caráter criativo: a atividade interpretativa fica vinculada à norma²⁵⁰.

Enquanto, na hermenêutica tradicional, “a interpretação era compreendida apenas como a *descoberta* do sentido do texto normativo”, na concretização “o processo interpretativo não é apenas cognitivo, mas fundamentalmente volitivo, criativo”²⁵¹. Neste sentido, “o direito é essencialmente voluntarista, vale dizer, necessita da vontade do intérprete”²⁵². Todavia, Eros Roberto Grau adverte que

o intérprete não é um criador *ex nihilo*; ele *produz* a norma – não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de *reproduzi-la*. O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a *norma*) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado*²⁵³.

Assim, o texto normativo previamente dado não constitui a norma jurídica, mas apenas constitui o ponto de partida para sua construção ante o caso concreto²⁵⁴. Por isso, deve-se distinguir o papel desempenhado pelo legislador constituinte (ou reformador), que cria (ou reforma) o texto constitucional, do papel que assume o intérprete da Constituição de produzir as suas normas. Nesse sentido, Marcelo Neves escreve que

claras, do ponto de vista semântico; o problema aparece quando, diante de um caso concreto, faz-se necessário determinar se se trata de um ou de outro”. (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 219)

²⁵⁰ “La interpretación constitucional es “concretización” (*Konkretisierung*). Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata. En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma”. (HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 40-41)

²⁵¹ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 60.

²⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 47.

²⁵³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 86.

²⁵⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 214.

não se fala de legislação e de atividade constituinte como procedimentos de produção de norma jurídica (geral), mas sim de emissão de texto legal (“*Gesetzestextgebung*”) ou de emissão de texto constitucional (“*Verfassungstextgebung*”). A norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização²⁵⁵.

Isto ocorre porque, no método hermenêutico concretizador, o papel do intérprete não é o de desvelar o “sentido oculto” do texto normativo, mas sim o de criar a norma a ser aplicada em uma situação concreta. A concretização é a própria elaboração de uma norma jurídica geral que não existe (ainda) antes do caso concreto, e não “a simples assimilação (*Nachvollzug*) da intenção do legislador ou de operações intelectuais objetivamente preexistentes”²⁵⁶. Em virtude disso, é possível dizer que “toda concretização constitucional é aperfeiçoadora e criativa”²⁵⁷ e que “a norma é *construída*, pelo intérprete, no decorrer do processo de *concretização* do direito”²⁵⁸. Assim, de acordo com a teoria estruturante do direito, a concretização quer dizer “a produção de uma norma jurídica geral no marco da solução de um caso determinado”²⁵⁹.

O procedimento genérico mediante o qual se procura adequar normas e fatos e decidir, tradicionalmente conhecido por “interpretação” ou “interpretação e aplicação do direito”, Müller denomina “concretização da norma” (*Normkonkretisierung*), procurando justamente afastar-se da hermenêutica jurídica tradicional e determinar mais precisamente seus conceitos e procedimentos. Nessa tarefa, insiste que a concretização não significa silogismo, subsunção, efetivação, aplicação ou individualização concreta do direito a partir da norma geral. Esses critérios, puramente cognitivos e lógicos, sem exigências de responsabilidade e fundamentação, constituem herança equivocada do positivismo legalista exegético. Só na concretização, ao ser decidido o caso, é produzida a norma²⁶⁰.

Isso faz Friedrich Müller dizer que a *teoria estruturante do direito* não é apenas uma nova concepção, mas também uma concepção inovadora da teoria do direito. Ela

²⁵⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 85.

²⁵⁶ SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 422.

²⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 504.

²⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 77-78.

²⁵⁹ SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 422.

²⁶⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 232.

“resulta, pela primeira vez, de um *conceito pós-positivista de norma jurídica*”²⁶¹. Isso porque a norma jurídica não mais se encontra pronta nos textos normativos, mas somente será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso. Deste modo, escreve Friedrich Müller:

“Concretizar” não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e concluir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, “individualizar” uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual “mais restrito”. Muito pelo contrário, “concretizar” significa: *produzir* diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito²⁶².

A este respeito, José Joaquim Gomes Canotilho faz distinções entre *realizar*²⁶³, *interpretar*²⁶⁴ e *concretizar* a Constituição. Sobre este último, assim escreve:

Concretizar a Constituição traduz-se, fundamentalmente, no *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta “concretização normativa” é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o *lado “técnico” do procedimento* estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a *construção de uma norma jurídica*²⁶⁵.

²⁶¹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 161.

²⁶² *Ibidem*, p. 150.

²⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1184: “*Realizar* a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer Constituição só é juridicamente *eficaz* (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma *tarefa* de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da Constituição. Nesta “tarefa realizadora” participam ainda todos os cidadãos (pluralismo de intérpretes) que fundamentam na Constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres”.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 1184-1185. “*Interpretar* uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da Constituição: (1) interpretar a Constituição significa procurar o *direito* contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma *actividade* – actividade complexa – que se traduz fundamentalmente na “adscrição” de um significado a um enunciado ou disposição linguística (“texto da norma”); (3) o *produto* do acto de interpretar é o significado atribuído”.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 1185.

Todavia, apesar da pretensão de sucessão do termo “interpretação” pelo termo “concretização”, como deseja Friedrich Müller, esclarece André Ramos Tavares que é “possível continuar a empregar o termo interpretação, desde que compreendido no seu sentido ‘moderno’, de concretização, em oposição ao tradicional”²⁶⁶.

Para Friedrich Müller, a interpretação da norma “é um dos elementos mais importantes no processo de concretização, mas somente um elemento”²⁶⁷. Uma norma precisa de interpretação não porque ela é destituída de clareza, “mas, sobretudo, porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício)”²⁶⁸. Como é impossível isolar a *norma* da *realidade*, na concretização da norma deve-se considerar tanto a norma propriamente dita quanto a realidade social que o texto intenta conformar. Dessa forma, Karl Engisch destaca que a concretização do direito significa orientação do direito ao real e não a “imposição do direito à realidade e tendência a uma realidade a ser ordenada”²⁶⁹. Friedrich Müller ainda acrescenta que

não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela²⁷⁰.

Ademais, José Joaquim Gomes Canotilho aponta que o método hermenêutico-concretizador realça e ilumina vários pressupostos da tarefa interpretativa:

(1) os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objetivos, isto é, o *contexto*, atuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do

²⁶⁶ TAVARES, André Ramos. A Constituição aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: 2009, p. 9.

²⁶⁷ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 61.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 61-62.

²⁶⁹ ENGISCH, Karl. **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Trad. Juan José Gil Cremades. Granada: Comares, 2004, p. 177. Para atribuir credibilidade, segue texto original: “*concreción* del derecho significa por tanto orientación del derecho a lo real, no simplemente, como hasta ahora, imposición del derecho a la realidad y tendencia a una realidad a estructurar”.

²⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 63.

intérprete, transformando a interpretação em “movimento de ir e vir” (círculo hermenêutico)²⁷¹.

Deste modo, há um *círculo hermenêutico* “que vai do texto para o problema e vice-versa, num fluxo não-linear, até que o produto final seja efetivamente lançado (fechamento parcial) para uma aplicação (norma de decisão)”²⁷². Karl Larenz também se expressa acerca do círculo hermenêutico:

Uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, retificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. Para isso, terá que lançar mão, como controle e auxiliares interpretativos, das “circunstâncias hermeneuticamente relevantes”²⁷³.

O *círculo hermenêutico* pressupõe um enlace dialético em que a compreensão é moldada no processo relacional entre a consciência histórica do intérprete – através da pré-compreensão formada pelos preconceitos trazidos pela tradição – e a abertura interpretativa admitida pelo objeto a partir de seu mundo particular. Além disso, o próprio objeto, no desdobramento do processo hermenêutico, altera a compreensão do intérprete. É o que ressalta Hans-Georg Gadamer:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto,

²⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1196.

²⁷² TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 62.

²⁷³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 286.

de modo algum, um círculo “metodológico”, pois isso sim, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão²⁷⁴.

Em verdade, sem trazer qualquer prejuízo ao conceito, trata-se mais propriamente de uma *espiral hermenêutica*, haja vista que o movimento de compreensão formado por esta relação estabelece, ao longo do processo, novos patamares de interpretação que, por sua vez, lançam novas luzes sobre os preconceitos e seguem em direção a um entendimento mais adequado. Arthur Kauffmann destaca que não se trata de um mero jogo de palavras, pois o círculo regressa ao ponto de partida, enquanto que a espiral conduz a um plano superior²⁷⁵.

A teoria da concretização afirma que não há interpretação constitucional independente de casos concretos²⁷⁶. Neste processo, a *compreensão prévia do intérprete* assume um relevante *pressuposto interpretativo subjetivo*. Como escreve Friedrich Müller, “as questões de interpretação são pré-decidas pela pré-compreensão consciente ou inconsciente”²⁷⁷. O método concretista exige, então, “a vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido”²⁷⁸. É a lição trazida por Konrad Hesse.

A concretização pressupõe um “entendimento” do conteúdo da norma a ser concretizada. Esse não se deixa desatar da “(pré)-compreensão” do intérprete e do problema concreto a ser resolvido, cada vez. O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por se assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo. Ele entende o conteúdo da norma de uma *(pré)-compreensão*,

²⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, t. I, p. 439-440.

²⁷⁵ KAUFFMANN, Arthur. **Hermenêutica y derecho**. Trad. José Antonio Santos. Granada: Comares, 2007, p. 144-145.

²⁷⁶ Acerca deste ponto, convém utilizar um exemplo de Ronald Dworkin: “Alguns filósofos acreditam que não existe nenhuma resposta certa para a questão de se Charles era corajoso se Charles estiver morto e se nunca deparou com qualquer ocasião de perigo durante sua vida, não porque ‘corajoso’ seja impreciso, mas porque é errado dizer que um homem foi corajoso ou não corajoso se não podemos ter nenhuma prova pertinente à questão do que ele era”. (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 178-179)

²⁷⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 62. Ver também MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 83.

²⁷⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 63.

que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojecto que, então, em penetração mais profunda, carece da confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projectos revisados, cada vez, ao “objeto”, determine-se univocamente a unidade de sentido. Por causa dessa capacidade de (pré)-juízo de todo entendimento é importante não simplesmente efetuar as antecipações da (pré)-compreensão, senão torná-las conscientes e fundamentá-las mesmo para, assim, corresponder ao mandamento fundamental de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio de ideias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar “para as coisas mesmas”²⁷⁹.

A *metódica estruturante* de Friedrich Müller é formada por três elementos, quais sejam, (i) o *programa normativo*, (ii) o *âmbito normativo* e (iii) a *norma de decisão*. Segundo o *método concretista*²⁸⁰ de Friedrich Müller²⁸¹, há uma superação da tensão dialética entre conservação da constituição formal e mutação, não havendo identidade entre a norma e o texto da norma.

Quando juristas falam e escrevem sobre “a” constituição, referem-se ao texto da constituição; quando falam “da” lei, referem-se ao seu teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos (*Grundsachverhalt*) de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a “ponta do *iceberg*”. Por um lado, o

²⁷⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 61-62. Conferir ainda HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 41-42: “La concretización presupone la ‘comprensión’ del contenido de la norma a ‘concretizar’. La cual no cabe desvincular ni de la ‘precomprensión’ del intérprete ni del problema concreto a resolver. El intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto casi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios. El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una *pre-comprensión* que es la que va a permitirle contemplar la norma desde ciertas expectativas, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto necesitado aún de comprobación, corrección y revisión a través de la progresiva aproximación a la ‘cosa’ por parte de los proyectos en cada caso revisados, la unidad de sentido queda claramente fijada. Dada esta presencia del prejuicio en toda comprensión, se trata de no limitarse a ejecutar las ‘anticipaciones’ de la pre-comprensión, siendo por el contrario consciente de las mismas y explicándolas, respondiendo así al primer mandato de toda interpretación: evitar la arbitrariedad de las ocurrencias, prestando atención a ‘las cosas mismas’.”

²⁸⁰ Nas palavras do próprio autor, “pode-se dizer, caso queiram, ‘concretista’. Isso exprime, creio eu, o mesmo que quando chamei minha *Teoria e metódica do direito* de ‘realista’.” (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 271)

²⁸¹ Paulo Bonavides escreve que o método concretista de Friedrich Müller “tem sua base medular ou inspiração maior na tópica” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 498). Porém, o próprio Friedrich Müller contesta esta visão: “não estou de acordo com Paulo Bonavides quando ele afirma possuir minha posição uma ‘inspiração tópica’.” (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 272)

teor literal serve via de regra à formulação do programa de norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado a normatividade, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralingüísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência. Também o “conteúdo” de uma prescrição jurídica, i. é, os impulsos de ordenamento, regulamentação e critérios de aferição que dela partem (porque publicados, veiculados, transmitidos, aceitos e observados), não estão substancialmente “presentes” no seu teor literal. Esse conteúdo também pode ser formulado apenas em linguagem (*sprachlich*) pelo teor literal, pode ser “representado” apenas pelo modo peculiar à linguagem. Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática – sempre conforme o fio condutor da formulação lingüística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares de concretização. A não-identidade de norma e texto da norma, a não-vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado com autoridade ressalta também do fenômeno do direito consuetudinário. Não se duvida da sua qualidade jurídica, embora ele não apresente nenhum texto definido com autoridade. Essa propriedade do direito, de ter sido elaborado de forma escrita, lavrado e publicado segundo um determinado procedimento ordenado por outras normas, não é idêntica à sua qualidade de norma. Muito pelo contrário, ela é conexas a imperativos do Estado de Direito e da democracia, característicos do Estado constitucional burguês da modernidade. Mesmo onde o direito positivo dessa espécie predomina, existe *praeter constitutionem* um direito (constitucional) consuetudinário com plena qualidade de norma. Além disso, mesmo no âmbito do direito vigente a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada lingüisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizanda. A decisão é elaborada com ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do Direito Comparado, quer dizer, com ajuda de numerosos textos que não são idênticos e transcendem o teor literal da norma²⁸².

A teoria estruturante do direito considera normativos aqueles elementos que conferem uma direção rumo ao processo decisório, ou seja, elementos sem os quais o caso seria decidido de maneira diferente. Nesse sentido, Friedrich Müller escreve que, “para a elaboração da norma jurídica, para sua construção com base no caso jurídico e nos textos normativos, o jurista necessita tanto de dados lingüísticos como também de dados reais”²⁸³. Esses elementos constituem o *programa normativo* (dados da linguagem) e o *âmbito normativo* (dados reais). Como o próprio Friedrich

²⁸² MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53-55.

²⁸³ *Idem*. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mioto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 162.

Müller afirma, “do ponto de vista da teoria da norma, programa normativo e âmbito normativo são apenas elementos integrantes da norma, constituindo, portanto, cada um por si, elementos da norma, entre outros”²⁸⁴.

O *programa normativo* representa a análise do texto normativo (elemento lingüístico). O programa da norma é o resultado da interpretação do texto normativo, ou seja, o que é expresso pelo teor literal bem como todos os recursos interpretativos auxiliares, sendo formado a partir dos dados da linguagem.

Deste modo, para Friedrich Müller,

o *programa da norma* é elaborado por meio de todas as determinantes da concretização das leis, reconhecidas como legítimas, como tratamento do texto da norma desde as já mencionadas interpretações gramatical, genética, histórica e sistemática, até as figuras interpretativas específicas das grandes áreas do direito penal, do direito civil, da história do direito e do direito comparado²⁸⁵.

Isso é corroborado por José Joaquim Gomes Canotilho, que anota que o programa normativo não é apenas a soma dos dados lingüísticos normativamente relevantes do texto, captados a nível puramente semântico. Também se devem considerar outros elementos, como a sistemática do texto normativo, a *genética* do texto, a *história* do texto, a *teleologia* do texto. “Este último elemento ‘teleologia do texto normativo’ aponta para a insuficiência de semântica do texto: o texto normativo quer dizer alguma coisa a alguém e daí o recurso à *pragmática*”²⁸⁶.

Como se trata de um dos elementos que se destinam a alcançar a norma de decisão, o programa normativo constitui um resultado intermediário e provisório da interpretação de todos os dados lingüísticos²⁸⁷.

²⁸⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 218.

²⁸⁵ *Idem*. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mioto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Gerales Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 224.

²⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1202-1203.

²⁸⁷ MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 162, nota 285.

O *âmbito normativo* (ou *domínio normativo*) abrange as interferências provocadas na norma pela realidade (elemento empírico). Trata-se de um conceito²⁸⁸ a ser determinado estruturalmente e se refere às partes integrantes da normatividade que são co-constitutivas da norma. Sob o ângulo da teoria da norma, “o âmbito normativo é uma parte da norma”²⁸⁹. Segundo a lição de Friedrich Müller, o âmbito da norma é

o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares). O âmbito da norma pode ter sido gerado (prescrições referentes a prazos, datas, prescrições de forma, regras institucionais e processuais etc.) ou não-gerado pelo direito²⁹⁰.

Assim, esclarece ainda Friedrich Müller²⁹¹ que o âmbito normativo não é um conglomerado de fatos materiais, mas uma conexão de elementos estruturais extraídos da realidade social a partir da perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo. Ou ainda, nas palavras de Kelly Susane Afflen da Silva, o âmbito normativo “se configura pela coordenação dos elementos factuais estruturantes que são extraídos da realidade social com a perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma”²⁹². A este respeito, leciona Marcelo Neves:

De acordo com a concepção de Müller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo (dados lingüísticos) e do âmbito normativo (dados reais). A estrutura normativa resulta da conexão desses dois componentes da norma jurídica. Portanto, a *concretização* da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à “interpretação aplicadora” do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo; ela inclui, além do programa normativo, o âmbito normativo como o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual²⁹³.

²⁸⁸ Sobre as dificuldades de compreensão do conceito de “âmbito da norma”, conferir SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87. “Não é tarefa fácil entender exatamente a forma como a ‘realidade social’ é inserida na aplicação do direito segundo a teoria de Müller, ou seja, quais seriam exatamente o conceito e a aplicação do chamado ‘âmbito da norma’, que diferenciaria sua teoria de outras teorias do direito”.

²⁸⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 186.

²⁹⁰ *Idem*. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 57.

²⁹¹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mioto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Gerales Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 30.

²⁹² SILVA, Kelly Susane Afflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 418.

²⁹³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 84.

O *âmbito normativo* é formado com a influência da perspectiva valorativa do *programa normativo* a partir do *âmbito material* ou do *âmbito do caso*. Nestes termos, Marcelo Neves anota que o âmbito normativo “importa uma função seletiva perante os âmbitos da matéria e do caso”²⁹⁴. O *âmbito material* designa a totalidade das hipóteses sobre a questão de fato inicialmente introduzidas de forma associativa para fins de narrativa do caso. Além disso, o *âmbito do caso* representa um recorte deste *âmbito material*. Assim, de acordo com Friedrich Müller, “com a distinção entre âmbito material e âmbito normativo fica descartada a *força normativa do fático* como usurpação da eficácia normativa por parte de meros fatos”²⁹⁵. No Estado Democrático de Direito, não pode existir a *força normativa do fático*²⁹⁶, mas “só fatos *relevantes* para o programa da norma e *conformes* ao programa da norma podem codeterminar o conteúdo da decisão”²⁹⁷.

Deve-se ressaltar, então, que o âmbito da norma não se limita ao puro empirismo de um recorte da realidade. “O âmbito normativo é o setor da realidade social onde deve ser aplicado o programa normativo”²⁹⁸ e não engloba a totalidade dos fatos a serem concretamente inseridos nesse recorte da realidade, porque, como parte integrante da norma estruturante, o âmbito normativo “só aparece quando o programa normativo assinala, no processo da interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, as estruturas básicas *relevantes* desse âmbito normativo, considerando o caso particular”²⁹⁹. E acrescenta Friedrich Müller:

O âmbito da norma é um fator co-constitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma³⁰⁰.

²⁹⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 85.

²⁹⁵ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 30.

²⁹⁶ A respeito da *força normativa do fático*, ver, no capítulo seguinte, o tópico que versa sobre a Escola Alemã de Direito Público e a origem da teoria da mutação constitucional.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 154.

²⁹⁸ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 254.

²⁹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 249.

³⁰⁰ *Idem*. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 58.

Nestes termos, a realidade “é necessariamente entendida, sob o ponto de vista teórico, como um componente da norma”³⁰¹, e “toda norma jurídica incorpora em seu conteúdo, de modo mais ou menos claro, a realidade do âmbito normativo”³⁰².

Saber até que ponto a interpretação e a aplicação do direito podem apoiar-se na facticidade social e em resultados da pesquisa sociológica – sem errar o alvo da normatividade do direito – deve visto como um problema de metodologia jurídica. Friedrich Müller adverte que “aspectos da realidade social só podem entrar na dogmática e metódica jurídicas no interesse da normatividade jurídica, a serviço da racionalidade especificamente jurídica em vinculação à norma”³⁰³. Convém acrescentar ainda que “justamente na legislação as estruturas do âmbito normativo co-determinam a formulação lingüística do programa normativo, que a partir daí passa a marcá-las”³⁰⁴.

André Ramos Tavares salienta que se incluem os fatos no processo de compreensão da norma “como elementos inseparáveis desse mesmo processo (e da norma), e não apenas como um objeto sobre o qual se debruça ou em relação ao qual se reporta a disposição normativa”³⁰⁵. Segundo Friedrich Müller,

deve-se desentranhar em cada caso aquele elemento normativo que – desviando-se frequentemente do teor literal da fundamentação judicial – decide o caso segundo a coisa, que portanto não poderia ser eliminado mentalmente sem uma substancial alteração do resultado. Constata-se então que numerosos fatores normativos adicionais – encobertos pela forma verbal da metódica jurídica tradicional e do seu estilo de apresentação – entram em jogo³⁰⁶.

Esta visão supera aquela kelseniana, para a qual “direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade aparecem justapostos ‘em si’ sem se

³⁰¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 250.

³⁰² *Ibidem*, p. 170.

³⁰³ *Ibidem*, 2008, p. 35. Ver também – MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mito dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 58.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 246.

³⁰⁵ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 61.

³⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 33.

relacionarem”³⁰⁷, como ressalta Friedrich Müller. Na perspectiva kelseniana, um não precisa do outro e ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição.

Assim, destaca Inocêncio Mártires Coelho que

na tarefa de *concretizar* a norma constitucional – porque neste domínio, pela estrutura normativo-material, aberta e indeterminada, dos preceitos constitucionais, a retrospectiva interpretação cedeu o lugar à prospectiva *concretização* – o aplicador, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do *programa* normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles decorrentes da investigação do seu *âmbito* normativo, que igualmente pertence à norma, e com igual hierarquia, enquanto representa o pedaço da realidade social que o programa normativo “escolheu” ou, em parte, criou para si, como seu âmbito de regulamentação³⁰⁸.

O próprio conteúdo e o alcance das disposições constitucionais dependem do seu âmbito normativo, pois podem ter seu significado modificado em razão das intervenções no interior deste campo, uma vez que “as estruturas do âmbito normativo são as partes integrantes da situação experimentada com a qual se relaciona o direito”³⁰⁹.

Com isso, tem-se que uma norma pode tornar-se obsoleta sem que o seu texto tenha sido revogado. Isto acontece quando a norma perde todo e qualquer âmbito normativo. A norma obsoleta “não pode mais ser juridicamente concretizada. Embora seu texto literal permaneça inviolado, ele não oferece mais um suporte metodológico e jurídico”³¹⁰. Uma norma que não tem mais os seus pontos de referência social, uma norma que não é mais observada “perde paulatinamente o

³⁰⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 18. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 42.

³⁰⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 93.

³⁰⁹ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 419.

³¹⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 202.

seu caráter normativo, i.e., a sua ‘validade’: por fim ela acaba sendo um texto de norma, mas também nada mais do que isso”³¹¹.

Friedrich Müller chama a atenção no sentido de que a *estrutura da norma* designa como conceito operacional o nexa entre as partes conceituais integrantes de uma norma, qual sejam, o programa normativo e o âmbito normativo. Com isso, os elementos estruturais atuam conjuntamente no trabalho efetivo dos juristas de um modo ao qual se atribui normatividade. Cumpre destacar que

Normatividade não significa aqui nenhuma força normativa do fático, tampouco a vigência de um texto jurídico ou de uma ordem jurídica. Ela pressupõe a concepção da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado. *Normatividade* designa a qualidade *dinâmica* de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada. Com isso a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a *concretização* prática é concebida como *processo real* de decisão³¹².

O âmbito normativo e o programa normativo não se prestam para encontrar – à maneira do direito natural – verdadeiros enunciados ônticos de validade geral, nem auxiliam na verificação do “verdadeiro sentido” dos textos normativos. A escolha e a delimitação do programa normativo fazem com que a análise do âmbito normativo fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais. O sentido metódico da análise do âmbito normativo “nada modifica o fato de que o programa normativo pode não apenas confirmar e garantir a estrutura básica do âmbito normativo ou pressupô-la de modo indiferente, mas também alterá-la”³¹³.

O método normativo-estruturante parte da premissa de que existe uma “implicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre os preceitos

³¹¹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 228.

³¹² *Idem*. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 15. Ver também MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 39-40.

³¹³ *Ibidem*, p. 245.

jurídicos e a realidade que eles intentam regular”³¹⁴. Desta forma, “a norma jurídica é exatamente o somatório do programa da norma e do âmbito da norma”³¹⁵.

Nesse sentido, anota Celso Ribeiro Bastos:

O primeiro elemento a ser utilizado no processo de interpretação e concreção da Constituição não é outro senão o texto da lei. [...] O segundo elemento consiste na busca da compreensão do sistema no qual a norma constitucional se insere, destacando quais os valores e princípios por ela adotados, bem como desvendando o seu verdadeiro intuito. Estuda-se, precipuamente, o domínio material da norma. É dizer, todos os fatores que exercem influência direta sobre ela. [...] O terceiro elemento diz respeito à obtenção da “norma de decisão”, onde alcança-se uma regra com efeitos concretos que vai incidir diretamente no caso *sub examine*³¹⁶.

O método normativo-estruturante pressupõe a existência de uma implicação necessária entre o programa da norma e o âmbito da norma, ou seja, um nexos entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular, uma vinculação tão estreita que “a própria normatividade, tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do ordenamento”³¹⁷. A estrutura da norma assinala a conexão entre o programa da norma e o âmbito da norma e, por isso, “a norma só pode compreender-se como uma articulação destas duas dimensões”³¹⁸.

Quanto a isso, João Maurício Adeodato explica que

a tese de Müller é que o texto e a realidade estão em constante inter-relação e que esta inter-relação, seja mais seja menos eventualmente discrepante, é que vai constituir a norma jurídica. 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 é³¹⁹.

³¹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 92.

³¹⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 242.

³¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 252-253.

³¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 106.

³¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1200.

³¹⁹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 231.

Na decisão sempre se tem a possibilidade de optar entre alternativas semânticas distintas, mas essa possibilidade necessita satisfazer as particularidades e as exigências normativas de cada caso concreto. Pode-se dizer, assim, que “a interpretação do direito não é uma atividade de conhecimento, mas sim constitutiva, portanto decisional”³²⁰. Afinal, a norma objeto da interpretação não se confunde com o texto, antes se apresenta como resultado de um trabalho de construção. “E como o texto é suscetível de comportar vários significados (‘plurisignificatividade’), é tarefa do juiz escolher entre estes a norma a aplicar ou a ‘regra de decisão’.”³²¹

A *norma de decisão* constitui a solução do problema concreto apresentado, dentro dos parâmetros jurídicos. Nas palavras de Friedrich Müller, “a norma de decisão é o estado de agregação mais individualizado da norma jurídica, e não uma entidade autônoma situada ao lado dela”³²². E ainda acrescenta:

A concretização é, realisticamente considerada, a *construção* da norma jurídica no caso concreto. A norma jurídica não existe, como vimos, *ante casum*, mas só se constrói *in casu*. A norma é a formulação geral da decisão jurídica; a formulação individual (isto é, o teor da decisão) chama-se *norma de decisão*³²³.

Para Eros Roberto Grau, a concretização implica um caminhar do *texto da norma* para a *norma concreta*. A concretização realiza-se no passo seguinte, quando é descoberta a *norma de decisão*, apta a dar solução ao caso concreto. “Por isso dizem alguns autores que interpretação e concretização são distintas entre si – o que contesto, para sustentar que inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização. Esta é, pois, a derradeira etapa daquela”³²⁴.

Para finalizar este tópico, convém analisar alguns exemplos paradigmáticos.

³²⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66.

³²¹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 121.

³²² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 148.

³²³ *Idem*. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 162.

³²⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79 e 29.

O primeiro exemplo cuida do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro, especificamente no que concerne ao artigo 42, VII³²⁵, da Constituição de 1967/1969 e ao artigo 52, X³²⁶, da Constituição de 1988. Tais dispositivos prescrevem que o Senado Federal tem competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A questão é saber o significado da palavra “definitiva” do texto constitucional. A partir daí, seria possível saber se a eficácia *erga omnes* de uma decisão do Supremo Tribunal Federal precisaria de uma resolução do Senado Federal apenas em caso de controle difuso de constitucionalidade ou também em caso de controle concentrado.

Ainda no ordenamento constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento³²⁷, que permanece como orientação dominante até então³²⁸, que seria dispensável a intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida em controle abstrato concentrado³²⁹.

Chegou-se a este resultado entendendo-se que “definitiva” é a última decisão que põe fim a uma série e da qual não cabe recurso. Como a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é originária, a decisão é única, portanto não se pode chamá-la de “definitiva”, de acordo com a definição construída e mencionada logo acima. Assim sendo, o artigo 52, X, da Constituição Federal aplica-se somente à decisão final em controle difuso de inconstitucionalidade, em que se declara a inconstitucionalidade *incidenter*

³²⁵ *In verbis*: “Art. 42. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] VII – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

³²⁶ *In verbis*: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

³²⁷ Processo Administrativo nº 4.477-72, Relator Min. Moreira Alves, *DJU*, [S. I.], 16/05/1977 (p. 3123-3124).

³²⁸ Não será objeto de análise aqui uma possível mutação constitucional envolvendo o artigo 52, X, da Constituição Federal.

³²⁹ A decisão do Supremo Tribunal Federal foi proferida na então representação de inconstitucionalidade, que foi sucedida pela ação direta de inconstitucionalidade.

tantum no julgamento do caso concreto, que terá, assim, efeitos *erga omnes* após a resolução do Senado Federal.

Mas, em verdade, a palavra “definitiva” do texto constitucional também é capaz de comportar um significado diferente, conforme afirma João Maurício Adeodato:

É óbvio que influem aí fatores de poder, condicionantes pragmáticas e um sem-número de elementos de toda sorte, retoricamente ocultos sob a justificativa de a interpretação ter sido fundada “na própria natureza da ação direta de inconstitucionalidade”, o que quer que isto signifique³³⁰.

Este caso demonstra muito bem a insuficiência do texto normativo e a necessidade de sua concretização. Isso porque o sentido da norma não está fixado de modo objetivo no texto e depende do resultado da concretização normativa.

É o que ocorre, também, com o princípio da igualdade. Embora as constituições democráticas o reconheçam expressamente, é imprescindível o processo de concretização para saber o que deve ser considerado como igual ou como desigual.

Esta discussão tem sido constante em nosso país, mormente no que concerne à reserva de quotas nas universidades públicas como política de ação afirmativa. A este respeito, a Suprema Corte norte-americana proferiu importante decisão no caso *Regents of the University of California versus Allan Bakke*, em 28 de junho de 1978, que repercutiu determinadamente na sociedade americana.

A Escola de Medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, utilizava um sistema dicotômico para avaliar seus candidatos. Uma quota era separada para os candidatos pertencentes a uma minoria, os quais competiam entre si por um determinado número de vagas. Em consequência, eram aceitos alguns negros cuja pontuação, nos exames, ficava muito aquém daquelas de brancos que eram rejeitados. Allan Bakke, por duas vezes, tentou sua admissão no referido curso de Medicina, sendo rejeitado nas duas ocasiões. Devido a isso, Allan Bakke sustentou que teria sido aceito se concorresse na quota reservada aos outros candidatos. No litígio que provocou, Allan Bakke afirmou que tal sistema de quotas contrariava a

³³⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 222-223.

Constituição, não dispensando tratamento igual na disputa por vagas, violando a “cláusula da igual proteção” da Emenda XIV. O caso foi à Suprema Corte da Califórnia, que lhe reconheceu o direito. Posteriormente, a Universidade apelou da decisão para a Suprema Corte dos Estados Unidos, que, justificando sua decisão em um conjunto de opiniões divididas e um tanto confusas, considerou inaceitáveis os preconceitos de raça ou étnicos, e determinou que Allan Bakke fosse admitido na Escola de Medicina de Davis.

Merece ser salientada a importância da atuação da Corte, que acentuou a necessidade de expandirem-se as oportunidades não só para os negros, mas também para outras minorias nos Estados Unidos. Tal pronunciamento teve grande repercussão, no que se refere aos programas sociais, principalmente na eliminação da discriminação, e à proteção dos direitos a todos os indivíduos, qualquer que fosse a sua origem³³¹.

É importante esclarecer também que, às vezes, o significado de uma palavra é aparentemente claro, mas ela adquire um sentido próprio distinto daquele atribuído pela linguagem natural quando inserida em um texto normativo. Tal “uso oscila entre o aspecto *onomasiológico* da palavra, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto *semasiológico*, isto é, sua significação normativa”³³². O sentido técnico não é absolutamente independente, mas está relacionado ao sentido comum.

A linguagem jurídica, mormente a constitucional, não é uma linguagem artificial, mas, sim, “um tipo especializado da linguagem ordinária ou natural, que, portanto, desenvolve-se basicamente a partir da situação semântico-pragmática, variando intensamente de significado conforme a situação e o contexto comunicativos”³³³.

³³¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 182; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 469.

³³² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 251.

³³³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 88.

É o que acontece, por exemplo, com o conceito de “casa” no direito constitucional brasileiro. A “casa” apresenta-se na Constituição brasileira como bem protegido contra a sua inviolabilidade. O texto constitucional estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (art. 5º, XI).

Como se trata de um termo que admite diversos significados, ora interpretando-se extensivamente, ora interpretando-se restritivamente³³⁴, é necessário que a concretização atinja o fim almejado pela norma. O que se objetiva com tal proteção é promover o respeito à privacidade bem como coibir a ocorrência de abuso de poder.

No julgamento do *habeas corpus* HC 82.788-8/RJ³³⁵, o Supremo Tribunal Federal determinou que fosse solto o paciente, porque as provas que fundamentavam a sua prisão haviam sido obtidas por meio ilícito. Isso porque entendeu o Excelso Tribunal que o *escritório de contabilidade*, onde as provas foram colhidas, está sujeito à proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar, subsumindo, assim, ao conceito normativo constitucional de “casa”. Dessa forma, haveria necessidade de mandado judicial para que agentes fazendários e policiais federais apreendessem livros contábeis e documentos fiscais em escritório de contabilidade, na parte que não é acessível ao público, o que não ocorreu no referido caso.

A referida decisão do STF alargou o conceito de casa para também compreender “os espaços privados não abertos ao público, onde alguém exerce atividade profissional”, valendo-se da interpretação feita pelo legislador (artigo 150, §4º, III, do Código Penal).

³³⁴ No processo 91.01.09461-0/AM (Relator Des. Adhemar Maciel. Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Unanimidade. J. 04/09/1991. DJ de 23/09/1991), um motorista de embarcação e um pescador objetivavam alcançar a liberdade através de um *habeas corpus*. Ambos foram presos em uma lancha a motor com quinze pacotes de cocaína. Alegaram os pacientes que os agentes federais não tinham apresentado mandado de busca e apreensão para entrar na lancha, e esta estaria protegida pela inviolabilidade do domicílio. A Terceira Turma (juízes Adhemar Maciel, Vicente Leal e Tourinho Neto) negou o pedido de *habeas corpus*, entendendo que os agentes federais não precisavam estar munidos de mandado judicial, pois “a lancha de serviço ou passeio não pode ser conceituada como ‘domicílio’ para os fins do inciso XI do art. 5º da Constituição”.

³³⁵ Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Unanimidade. J. 12/04/2005. DJ 02/06/2006.

Em outro processo, um réu chegou ao Supremo Tribunal Federal com o recurso ordinário interposto contra decisão denegatória de *habeas corpus* RHC 90.376-2/RJ³³⁶, para que a sua prisão fosse anulada e ainda para que a sua sentença condenatória fosse revogada em parte, já que as provas que serviram de fundamento foram obtidas pelos policiais em buscas realizadas em um *quarto de hotel* sem mandado judicial. Neste julgamento, o ministro relator Celso de Mello aduziu que a finalidade da proteção jurídica do artigo 5º, XI, da Constituição brasileira, a inviolabilidade do lar, deveria ser vista de forma ampla.

Dessa forma, para fins de proteção jurídica do artigo 5º, XI, da Constituição, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e compreende os aposentos de habitação coletiva, como, por exemplo, quarto de hotel, motel, pensão e hospedaria, desde que ocupados.

O ministro relator ainda enfatizou que o conceito de “casa”, para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição, reveste-se de caráter amplo, “pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal tem dado ao termo “casa” um sentido que vai além daquele que habitualmente é atribuído pelo senso comum. Isso confirma a afirmação que fizemos no início do trabalho acerca da imprescindibilidade da interpretação, ainda que o termo aparente clareza e corrobore com a ideia de que a norma “é produzida apenas no processo de concretização”³³⁷.

³³⁶ Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Unanimidade. J. 03/04/2007. DJ 18/05/2007.

³³⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 80. V. também MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Gerales Ferreira. São Paulo: RT, 2007, p. 101.

1.5 CONCRETIZAÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em razão da potencialidade normativa que apresenta devido à abertura de suas normas, a Constituição irá adquirir certa dinamicidade. Jerzy Wróblewski identifica dois tipos de ideologia sobre interpretação que aparecem na interpretação constitucional: a *ideologia estática*, na qual as normas constitucionais teriam um conceito fixo, e a *ideologia dinâmica*. Estamos particularmente interessados nesta última. O autor polonês escreve que, segundo uma ideologia dinâmica da interpretação, uma interpretação constitucional deveria adaptar-se às necessidades políticas no contexto cambiante das atividades do Estado. A linguagem constitucional, ao menos em muitas disposições, é uma linguagem aberta³³⁸.

Isso é reforçado por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, quando afirmam que as mutações constitucionais são decorrentes “da conjugação da *peculiaridade* da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os *fatores externos*, de ordem econômica, social e cultural”³³⁹, que uma Constituição pluralista busca regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte.

Muitas normas constitucionais apresentam um elenco de possibilidades semânticas e, como diz Laurence H. Tribe, “os juízes devem então fazer escolhas dentre as diferentes interpretações da Constituição”³⁴⁰. Isso ocorre porque o texto prevê várias opções a serem utilizadas no momento da aplicação da Constituição. E as circunstâncias de cada caso concreto vão determinar qual dentre essas opções semânticas deve ser utilizada pelo intérprete³⁴¹.

³³⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madri: Civitas, 1985, p. 79.

³³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

³⁴⁰ Tradução nossa do texto original do autor norte-americano: “judges must make then whenever choosing among alternative interpretations of the Constitution”. (TRIBE, Laurence H. **Constitutional choices**. Massachusetts: Harvard, 1986, p. vii, 3l)

³⁴¹ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 189.

O intérprete tem presentes os diferentes significados possíveis de um texto e busca encontrar aquele que seria mais adequado ao caso apresentado. Karl Larenz escreve que o intérprete faz uma opção “entre diferentes possibilidades de interpretação. ‘Interpretar’ um texto quer dizer, portanto, decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações”³⁴². A este respeito, anota Jerzy Wróblewski:

Não há mais razões teóricas para sustentar a tese da única interpretação correta no domínio das normas constitucionais que as existentes para outras normas legais, e em favor dessa tese funcionam as mesmas razões ideológicas. O conhecimento das razões teóricas para rechaçar a tese em questão permite uma clara visão da relevância geral das decisões interpretativas no que concerne às regras constitucionais³⁴³.

Desta forma, Marcio Pugliesi³⁴⁴ anota que a interpretação constitui uma tarefa possível e infinita. Possível, porque, segundo a época histórica em que situa o intérprete, não se pode excluir o surgimento de interpretações mais adequadas que as existentes, relativamente àquela época e o que nela se sabe. Além disso, também infinita, porque uma interpretação adequada em um determinado momento pode assim não se mostrar em outros tempos, visto que se podem encontrar interpretações novas e mais adequadas.

A multiplicidade semântica não traz consigo os critérios necessários para fazer uma escolha metódica normativamente adequada. E, como a normatividade surge apenas no processo de concretização, a mutação constitucional passa a ser vista como uma dimensão da necessária realização da norma. Nesse sentido, toda norma seria essencialmente mutante.

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. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas

³⁴² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 283.

³⁴³ Tradução nossa do texto original: “No hay más razones teóricas para sustentar la tesis de la única interpretación correcta en el dominio de las reglas constitucionales que las existentes para otras reglas legales y en favor de esa tesis funcionan las mismas razones ideológicas. El conocimiento de las razones teóricas para rechazar la tesis en cuestión permite una clara visión de la relevancia general de las decisiones interpretativas en lo que concierne a las reglas constitucionales”. (WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madri: Civitas, 1985, p. 91)

³⁴⁴ PUGLIESI, Marcio. Hermenêutica constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 243.

condições formam o “âmbito da norma” que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o “programa da norma”, como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas o “âmbito da norma”, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, como isso, no essencial, o “programa da norma”) fique idêntico. Disso resulta uma “mutação constitucional” permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara³⁴⁵.

Constata-se, assim, o “fenômeno das mutações constitucionais como uma constante na vida dos Estados, e as constituições, como *organismos vivos* que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas”³⁴⁶. A partir da lição de Hans-Georg Gadamer, é possível dizer que a Constituição deve ser compreendida dentro do seu tempo.

Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma maneira, o texto de uma mensagem religiosa não deseja ser compreendido como um mero documento histórico, mas ele deve ser entendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar³⁴⁷.

A mutação constitucional parte do pressuposto básico indispensável de que “é preciso que exista uma norma constitucional devidamente concretizada (uma opção

³⁴⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 50-51. Conferir ainda HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 28. “Así pues, la ‘concretización’ del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resultan posibles incorporando las circunstancias de la ‘realidad’ que esa norma está llamada a regular. Las singularidades de estas circunstancias – con frecuencia conformadas ya jurídicamente – integran el ‘ámbito normativo’, el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el ‘programa normativo’ es elevado a parte integrante del contenido normativo. Puesto que estas singularidades, y con ellas el ‘ámbito normativo’, se hallan sometidas a cambios históricos, los resultados de la ‘concretización’ de la norma pueden cambiar, a pesar de que el texto de la norma (y con ello, en lo esencial, el ‘programa normativo’) continúa siendo idéntico. De todo ello resulta una *mutación constitucional* constante, más o menos notable, que no resulta fácil de captar y que, por ello, rara vez se manifiesta con nitidez”.

³⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

³⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, t. I, p. 461.

semântica) para que depois esta seja objeto de mutação”³⁴⁸. Em outras palavras, “as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”³⁴⁹.

Neste contexto, convém trazer um importante exemplo de mutação constitucional que ocorreu nos Estados Unidos da América em razão de alterações históricas havidas no *âmbito da norma*.

A Constituição norte-americana (Emenda XIV) estabelece que nenhum Estado pode negar a qualquer pessoa sob a sua jurisdição a igual proteção das leis³⁵⁰. Em 1896, ao julgar o caso *Plessy versus Ferguson*³⁵¹, a Suprema Corte fez uma concretização da “cláusula da igual proteção” da Emenda XIV, ao entender que seria possível uma separação igualitária. Com isso, estabeleceu-se, nos Estados Unidos da América, a doutrina “*separate but equal*” (“*separados, mas iguais*”), que veio a endossar a segregação racial praticada em diversos Estados norte-americanos.

É necessário compreender o contexto em que a decisão do caso *Plessy versus Ferguson* foi tomada. Deve-se destacar que a versão original da Constituição norte-americana, de 1787, permitia o regime da escravidão (seção 2 do artigo 1º), e a Suprema Corte chegou a negar a condição de cidadão a um escravo no julgamento do caso *Dred Scott versus Sandford*³⁵², em 1857. Esta decisão contribuiu para

³⁴⁸ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 207-208.

³⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

³⁵⁰ *In verbis*: “[...] nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” (“[...] nem negar a qualquer pessoa em sua jurisdição a igual proteção das leis”).

³⁵¹ A Suprema Corte norte-americana entendeu que a lei do Estado da Louisiana que determinava vagões específicos para negros não contrariava a Emenda XIII (abolição da escravatura), nem a Emenda XIV (igual proteção das leis), porque esta lei estadual baseava-se na condição de igualdade entre brancos e negros, mas que deveriam permanecer separados. Segundo este entendimento segregacionista, ao disponibilizar aos negros vagões de trens iguais aos utilizados pelos brancos, não havia tratamento desigual, razão pela qual seria possível apartá-los sem que houvesse violação à Constituição norte-americana.

³⁵² O Congresso Nacional norte-americano aprovou, em 1850, o *Missouri Compromise Act*, que baniu a escravidão nos novos territórios. Cumpre lembrar que, em meados do século XIX, os Estados Unidos da América estavam em plena expansão territorial, seja por compra, guerra, anexação ou conquista. As novas terras eram incorporadas na condição de território federal e passavam à condição de Estado com o preenchimento de certos requisitos. E, como territórios federais, eram regidos pela legislação federal. Neste cenário, o escravo Dred Scott foi levado por seu senhor do Estado de Missouri – onde a escravidão era admitida – para território federal onde a escravidão havia

acirrar os ânimos entre os Estados do sul – escravocratas e agrários – e os do norte – antiescravagistas e industriais –, o que culminou na Guerra Civil, também conhecida como Guerra de Secessão. A decisão da Suprema Corte também apressou a abolição da escravatura nos Estados Unidos da América, o que ocorreu no ano de 1865, com a Emenda XIII. Àquela época, os negros eram largamente discriminados na sociedade e a decisão da Suprema Corte no caso *Plessy versus Ferguson* procurava apartar brancos e negros com o fim de evitar a ocorrência de maiores conflitos. Em razão disso – e sem valorar aqui os fundamentos desta decisão –, a segregação racial ocorreu com a chancela dos poderes estatais.

O uso do precedente é um expediente utilizado com frequência pelos tribunais, a fim de dar maior solidez à decisão adotada, por estar amparada por entendimentos pretéritos da própria Corte, fazendo, assim, com que haja uma *deformação* do espaço constitucional que lhe é inerente. Isso fez com que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tivesse resistência para romper com a doutrina “*separate but equal*” que ela mesma estabeleceu.

Todavia, como o significado da Constituição é um fenômeno cambiante³⁵³, com a evolução da sociedade norte-americana e com a atuação de grupos de pressão³⁵⁴, este cenário modificou-se e, com ele, o âmbito normativo, o que fez com que também se modificasse os resultados da concretização. Neste contexto, em 1954, ao julgar o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*³⁵⁵, a Suprema Corte considerou inconstitucional a segregação racial nas escolas dos Estados Unidos da

sido banida. Neste território federal, Dred Scott pleiteou sua liberdade com base no citado *Missouri Compromise Act*. Todavia, o *Chief Justice* Roger Taney decidiu pela inconstitucionalidade deste ato legislativo federal que assegurava a liberdade dos negros nos novos territórios federais. A Suprema Corte entendeu que o Congresso não tinha poderes para banir a escravidão e ainda que um escravo não poderia ser considerado cidadão, carecendo-lhe legitimidade ativa para pleitear em juízo a própria liberdade. Abstraindo-se o contexto e a época em que foi proferida, esta decisão configura uma página negativa na história da Suprema Corte norte-americana.

³⁵³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madri: Civitas, 1985, p. 76.

³⁵⁴ Convém considerar o movimento dos direitos civis, liderado por Martin Luther King Jr. Neste mesmo contexto histórico, em dezembro de 1955, e sob uma legislação segregacionista, Rosa Parks foi presa em Montgomery, Alabama, Estados Unidos da América, porque se recusou a ceder seu assento no ônibus a um homem branco, o que desencadeou um boicote ao transporte público daquela cidade.

³⁵⁵ Embora houvesse escolas públicas mais perto de sua casa, Linda Brown, menina negra de 8 anos de idade, tinha que cruzar a cidade de Topeka (Kansas) para assistir às aulas em uma escola pública. As escolas próximas à sua casa não aceitavam Linda Brown como aluna, porque eram destinadas exclusivamente a crianças de cor branca.

América, em decisão que pôs fim à doutrina “*separate but equal*” e se tornou um marco na política de integração racial. Sobre este caso, José Joaquim Gomes Canotilho escreve que

o problema que se debateu largamente nos tribunais americanos foi o de saber se o princípio da igual proteção era compatível com a segregação racial nas escolas públicas. A resposta foi sim: é compatível com o princípio da igualdade a doutrina de “*separate but equal*”. Até que... Até que no caso em epígrafe, o juiz Warren registrou em termos paradigmáticos um novo candidato positivo do *corpus* constitucional – a integração racial nas escolas públicas como princípio constitucional: “Nós concluímos que, no campo do ensino público, não tem lugar a doutrina de ‘*separate but equal*’. Políticas educacionais segregacionistas são inerentemente desiguais”³⁵⁶.

A Corte Warren³⁵⁷ firmou o entendimento que a doutrina “*separate but equal*” não se sustentava, considerando que a segregação praticada nas escolas não propiciava às crianças do “grupo minoritário” as mesmas oportunidades educacionais e, ainda, causava a este grupo uma sensação de inferioridade, que lhe afetava a motivação de aprender.

Ronald Dworkin anota que a Suprema Corte seguiu a política do ativismo em detrimento da política da moderação, em casos como os que envolvem segregação, “porque os termos da cláusula de igual proteção deixam em aberto a questão de saber se as diferentes práticas educacionais dos Estados violam ou não a Constituição”³⁵⁸. Na vigência de um mesmo texto constitucional, o tratamento dado aos negros evoluiu de uma segregação para uma não-segregação, em razão de mudanças históricas havidas no contexto social norte-americano que levaram a crer que a segregação racial implica, necessariamente, uma desigualdade, o que é vedado pela própria Emenda XIV.

Outro exemplo de interesse, ocorrido no direito constitucional brasileiro, sob a égide da Constituição revogada, refere-se à possibilidade de se corrigirem monetariamente as dívidas de qualquer espécie independentemente de previsão em lei. Foi através

³⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1121.

³⁵⁷ A Suprema Corte era assim chamada, porque era presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren (1953-1969). É da tradição do direito constitucional norte-americano identificar nominalmente a Suprema Corte pelo seu respectivo presidente.

³⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 216.

de construção pretoriana, antecipando-se ao legislador, que se dispensou a prévia autorização legal para a sua aplicação. Isto porque o fenômeno da inflação impôs uma nova visão acerca do princípio da legalidade, ocorrendo, assim, uma mutação constitucional³⁵⁹.

Em um primeiro momento, quando a corrosão da moeda não era extrema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirmava que “a correção monetária somente pode ocorrer em face de autorização legal”³⁶⁰. Entretanto, mais tarde, quando o problema inflacionário se agravou, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que o princípio da legalidade não conflita com a correção monetária sem lei expressa nos casos de dívida de valor³⁶¹.

Outro exemplo de mutação constitucional operada no direito brasileiro refere-se quanto à interpretação do tratamento que a Constituição dá à infidelidade partidária. O entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal, expressado nas decisões paradigmas proferidas nos mandados de segurança MS 20.916³⁶² e MS 20.927³⁶³, era de que não havia imposição de fidelidade partidária para os detentores de cargos eletivos. Entretanto, O Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento anteriormente estabelecido e passou a considerar constitucionalmente admitida a perda do mandato em virtude de infidelidade partidária, o que ocorreu nas decisões proferidas nos mandados de segurança MS 26.602³⁶⁴, MS 26.603³⁶⁵ e MS 26.604³⁶⁶. De acordo com este novo entendimento, o parlamentar infiel poderá se

³⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 230.

³⁶⁰ Recurso Extraordinário RE 74.655. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Relator Min. Bilac Pinto, j. 27/03/1973, DJ 01/06/1973. Não obstante, o ministro relator faz a ressalva de que “tal regra, sem dúvida, comporta duas exceções: quando se trate da atualização de valores, em matéria de acidente do trabalho ou nos casos de responsabilidade civil, por acidente, quando a indenização tenha caráter alimentar”.

³⁶¹ Recurso Extraordinário RE 104.930. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Relator Min. Rafael Mayer, j. 23/04/1985, DJ 10/05/1985.

³⁶² Mandado de Segurança MS 20.916. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 11/10/1989, DJ 26/03/1993.

³⁶³ Mandado de Segurança MS 20.927. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Moreira Alves, j. 11/10/1989, DJ 15/04/1994.

³⁶⁴ Mandado de Segurança MS 26.602. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Eros Grau, j. 04/10/2007, DJ 17/10/2008.

³⁶⁵ Mandado de Segurança MS 26.603. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Celso de Mello, j. 04/10/2007, DJ 19/12/2008.

³⁶⁶ Mandado de Segurança MS 26.604. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Cármen Lúcia, j. 04/10/2007, DJ 03/10/2008.

defender na Justiça Eleitoral, mas o trânsfuga perderá o seu mandato político caso os motivos da sua saída do partido não sejam legítimos³⁶⁷.

Em verdade, sempre houve, na Excelsa Corte brasileira, divergências de pensamento decorrentes de diferentes interpretações que podem ser extraídas a partir do texto constitucional³⁶⁸. Todavia, agora prevalece o entendimento em favor da fidelidade partidária. Esta mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal pode ser atribuída não apenas porque sua composição foi alterada, mas também, e principalmente, porque ocorreram mudanças no âmbito normativo³⁶⁹. A decisão de 1989, apesar de já ocorrer sob a égide da atual Constituição³⁷⁰, ainda se deu dentro de um contexto que levou a Emenda Constitucional nº 25/1985 a revogar a hipótese de perda do mandato por infidelidade partidária na Constituição pretérita. Deve ser lembrado que a fidelidade partidária foi um instrumento utilizado pelos governos militares para assegurar a maioria no Congresso Nacional. Antes de tal revogação, era possível o partido da situação utilizar a fidelidade partidária para, *v.g.*, não perder os parlamentares “biônicos” – e seus votos – para a oposição.

O estudo feito até aqui permite constatar a relação existente entre concretização e mutação constitucional. A compreensão da teoria da concretização é muito útil para entender o fenômeno da mutação constitucional, haja vista que a análise dos processos informais de mudança da Constituição e a sua relação com as mudanças, na realidade, devem ser feitas levando-se em conta a estrutura da norma constitucional. Enquanto a teoria da concretização constitucional foi abordada neste primeiro capítulo, a teoria da mutação constitucional será objeto de estudo do capítulo seguinte.

³⁶⁷ Existem hipóteses excludentes de infidelidade partidária, como, *v.g.*, mudança significativa de orientação programática do partido e perseguição política dentro do partido que abandonou.

³⁶⁸ Para uma análise mais detida desta mutação constitucional, conferir PEDRA, Adriano Sant’Ana. A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 207-249, abr./jun. 2008.

³⁶⁹ Na verdade, o próprio âmbito da norma influencia na renovação da composição da Corte.

³⁷⁰ Acrescente-se ainda que a decisão de 1989, que norteava o entendimento predominante até então, baseava-se em um pleito ocorrido em 15/11/1986, ou seja, antes da Constituição vigente.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A Constituição deve estar em harmonia com a realidade e deve se manter aberta e dinâmica através dos tempos. Isto porque uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e se efetiva constantemente. Nesse sentido, afirma Eros Roberto Grau que “não existe a Constituição de 1988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte”³⁷¹.

As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e de conservação da própria Constituição, visando ao seu aperfeiçoamento e buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade. Se a sociedade evolui, também o Estado deve evoluir³⁷². Neste sentido é a lição de Jorge Miranda.

Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação. A modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as constituições são modificadas. Ou, doutro prisma (na senda de certa doutrina): nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo – o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional³⁷³.

As normas constitucionais não podem ser consideradas perfeitas e acabadas, se estão constantemente em uma situação de mútua interação com a realidade. Como diz Karl Loewenstein, a Constituição é um organismo vivo e integra tão-somente o

³⁷¹ ADIn 3367-1/DF. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, j. 13/04/2005, DJ 13/03/2006.

³⁷² Nas palavras de Michel Rosenfeld, “a auto-identidade constitucional circula em torno das antinomias entre facticidade e validade, entre fatos e normas, e entre real e ideal”. (ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 41)

³⁷³ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II, p. 131. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 389.

status quo existente no momento de seu nascimento, por isso não pode prever o futuro.

Cada Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está submetido à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma Constituição jamais é idêntica consigo mesma, e está submetida constantemente ao *panta rhei* heraclitiano de todo o vivente³⁷⁴.

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau escreve que “o direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade”³⁷⁵. Assim, quando a Constituição é redigida inteligentemente, pode tentar levar em consideração, desde o princípio, necessidades futuras por meio de mecanismos cuidadosamente colocados. Embora a redação originária do texto constitucional seja a mais importante em determinado momento, a interpretação e a reforma da Constituição são experiências capitais da vivência constitucional.

Entretanto, uma formulação demasiadamente elástica poderia prejudicar a segurança jurídica. Além disso, mudanças freqüentes na Constituição podem levar a uma erosão da consciência constitucional e a um estado de indiferença popular em relação à Carta Magna. Nesse sentido, adverte Pablo Lucas Verdú que “a abertura constitucional e a reforma do texto fundamental devem ser feitas cautelosamente de modo a não ferir sua fórmula política, sua essência”³⁷⁶. Embora não deva haver impedimento onde o movimento e o progresso forem necessários, não se pode prescindir da estabilidade da Constituição.

³⁷⁴ Tradução livre do texto em espanhol: “Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al *panta rhei* heraclitiano de todo o viviente”. (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 164)

³⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 59.

³⁷⁶ Tradução nossa da lavra original do professor da Universidade Complutense de Madri: “La apertura constitucional, y la reforma del texto fundamental, han de hacerse cautelosamente de modo que no se hiera su fórmula política, su esencia”. (VERDÚ, Pablo Lucas. **La Constitución abierta y sus “enemigos”**. Madri: Beiramar, 1993, p. 60)

A rigidez da Constituição importa em ser estabelecido um procedimento mais difícil para que ela seja modificada, a fim de que a Constituição não fique à mercê de modificações temerárias. Segundo Carré de Malberg,

as Constituições contemporâneas têm muito cuidado, geralmente, em prever e regular sua própria revisão, quer dizer, determinam previamente as formas, condições e procedimento de sua revisão eventual, e, sobretudo, cuidam de designar os órgãos que terão que se encarregar de empreender e aperfeiçoar tal revisão³⁷⁷.

Todavia, se, por um lado, a rigidez constitucional é necessária para manter a estabilidade constitucional³⁷⁸; por outro, esta rigidez deve permitir que a evolução da sociedade seja acompanhada pela evolução da Constituição. Com esta finalidade, surgem mecanismos formais e informais de mudanças na Constituição, adequando-a às transformações sociais, num processo de interação com estas.

A tipologia das alterações constitucionais mostra que elas podem ocorrer de diversas maneiras e importa-nos saber quais são os meios pelos quais as mudanças constitucionais podem legitimamente realizar-se, desde que se observem os limites delineados.

Com este intuito, Carl Schmitt descreve as formas históricas das mudanças constitucionais³⁷⁹, catalogando mudanças *da* Constituição e mudanças *na*

³⁷⁷ Para cotejo, é apresentado o texto em espanhol: “Las Constituciones contemporâneas tienen sumo cuidado, generalmente, en prever y regular su propia revisión, es decir, determinan previamente las formas, condiciones y procedimiento de su revisión eventual; y sobre todo, cuidan de designar a los órganos que habrán de encargarse de emprender y perfeccionar dicha revisión”. (MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. Trad. José Lión Depetre. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 1174)

³⁷⁸ Merece ser ressaltado que, por vezes, uma Constituição rígida pode mostrar-se instável e, por outro lado, uma Constituição flexível pode gozar de estabilidade. A guisa de exemplo, a rígida Constituição brasileira já havia experimentado mais de sessenta emendas (incluindo as de revisão) antes mesmo de ter completado vinte anos de existência. E, por outro lado, a Constituição inglesa mostra-se estável embora seja flexível.

³⁷⁹ “Infere-se da exposição de Carl Schmitt que as formas radicais da mudança constitucional acarretam a substituição, por destruição ou supressão da Constituição, das decisões políticas fundamentais (formas de Governo e de Estado, direitos fundamentais), enquanto as mudanças parciais se referem às leis constitucionais ou prescrições legais-constitucionais, observada a distinção que Carl Schmitt estabeleceu entre Constituição e Lei Constitucional, o conceito absoluto e o conceito relativo de Constituição. Na primeira acepção, a Constituição é a decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política, e, na segunda, a Constituição é o documento que contém uma pluralidade de leis constitucionais”. (HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 106)

Constituição, identificadas na *destruição* da Constituição³⁸⁰, *supressão* da Constituição³⁸¹, *reforma* constitucional³⁸², *quebrantamento* da Constituição³⁸³ e *suspensão* da Constituição³⁸⁴.

Da mesma forma, Jorge Miranda cuida de um conceito ainda mais amplo, “o conceito de *vicissitudes constitucionais*, ou seja, quaisquer eventos que projetem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas”³⁸⁵.

³⁸⁰ “Supressão da Constituição existente (e não somente de uma ou várias leis constitucionais), acompanhada da supressão do poder constituinte em que se baseava”. Tradução livre do texto em espanhol: “Supresión de la Constitución existente (y no sólo de una o varias leyes constitucionales), acompañada de la supresión del Poder constituyente en que se basaba”. (SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2006, p. 115)

³⁸¹ “Supressão da Constituição existente, porém conservando o poder constituinte em que se baseava (mudança de Constituição, golpe de Estado)”. Tradução livre do texto em espanhol: “Supresión de la Constitución existente, pero conservando el Poder constituyente en que se basaba (cambio de Constitución, golpe de Estado)”. (*Ibidem*, p. 115)

³⁸² “Reforma do texto das leis constitucionais vigentes até o momento; aqui corresponde também à supressão de prescrições legal-constitucionais isoladas e a recepção de novos ordenamentos legal-constitucionais isolados”. Tradução livre do texto em espanhol: “Reforma del texto de las leyes constitucionales vigentes hasta el momento; aquí corresponde también la supresión de prescripciones legal-constitucionales aisladas y la recepción de nuevos ordenamientos legal-constitucionales aislados”. Na concepção de Carl Schmitt, que faz distinção entre Constituição e Lei Constitucional, não se trata de reforma da própria Constituição, mas sim das determinações legal-constitucionais. (*Ibidem*, p. 115)

³⁸³ “Violação de prescrições legal-constitucionais para um ou vários casos determinados, porém a título excepcional, ou seja, sob a hipótese de que as prescrições quebrantadas continuem inalteradas para os demais casos, e, portanto, não são nem suprimidas permanentemente nem colocadas temporariamente fora de vigência (suspensas)”. Tradução livre do texto em espanhol: “Violación de prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor (suspendidas)”. (*Ibidem*, p. 115-116)

³⁸⁴ “Uma ou várias prescrições legal-constitucionais são provisoriamente colocadas fora de vigência. a) Suspensão inconstitucional da Constituição: as prescrições legal-constitucionais são colocadas fora de vigência sem que esta suspensão se encontre prevista em uma regulação legal-constitucional, ou com desprezo de um procedimento acaso previsto para realizá-la. b) Suspensão constitucional da Constituição: as prescrições constitucionais são provisoriamente colocadas fora de vigência com observância das prescrições legal-constitucionais previstas para uma tal suspensão”. Tradução livre do texto em espanhol: “Una o varias prescripciones legal-constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor. a) Suspensión inconstitucional de la Constitución: las prescripciones legal-constitucionales son puestas fuera de vigor sin que esta suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, o con desprecio de un procedimiento acaso previsto para realizarla. b) Suspensión constitucional de la Constitución: las prescripciones constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor con observancia de las prescripciones legal-constitucionales previstas para una tal suspensión”. (*Ibidem*, p. 116)

³⁸⁵ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II, p. 132. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 389-390. Essas vicissitudes constitucionais são de uma gama variadíssima, com diferente natureza e manifestação, e podem recortar-se segundo cinco grandes critérios: quanto ao modo: expressas (revisão constitucional *stricto sensu*, derrogação constitucional, transição constitucional, revolução, ruptura não revolucionária, e suspensão parcial da Constituição) e tácitas (costume constitucional, interpretação evolutiva da Constituição, revisão indireta); quanto ao objeto: parciais (todas as modificações constitucionais, exceto a revolução e a transição constitucional) e totais (revolução e transição constitucional); quanto ao alcance: geral e abstrato (todas, exceto a derrogação

Neste momento, merece ser feita a distinção, em apertada síntese, entre reforma (e revisão³⁸⁶) constitucional e mutação constitucional.

A reforma constitucional (*Verfassungsänderung*) é um processo formal de mudança do texto de uma constituição rígida, por meio da atuação de certo órgão, mediante certas formalidades, estabelecido nas próprias constituições para o exercício do poder reformador.

José Alfredo de Oliveira Baracho³⁸⁷ adverte que as cláusulas de reforma ou de revisão não podem esquecer que existe uma singularidade de destaque, que é o caráter único da Constituição como norma jurídica, com sua superioridade sobre todas as demais normas, o que implica o caráter condicionante das demais normas em relação a ela. A este respeito, Michel Rosenfeld reflete acerca da relação das emendas constitucionais com a identidade constitucional.

Um outro problema atinente à relação da Constituição com ela mesma, é o da relação das emendas constitucionais com a identidade constitucional. Dado que algumas constituições explicitamente restringem o âmbito das emendas válidas e outras não o fazem, e uma vez que a facilidade com que uma Constituição pode ser emendada varia de país para país, em que ponto as emendas à Constituição ameaçam destruir a identidade constitucional?³⁸⁸

Já a mutação constitucional (*Verfassungswandlungen*) consiste na alteração do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio da interpretação ou das práticas constitucionais, sem tocar na letra do texto constitucional.

constitucional), e individual e concreto ou excepcional (derrogação constitucional); quanto às consequências sobre a ordem constitucional: evolução constitucional (todas, exceto a revolução e a ruptura não revolucionária) e ruptura (revolução e ruptura não revolucionária); e quanto à duração dos efeitos: definitivos (todas, exceto a suspensão parcial da Constituição) e temporários (suspensão parcial da Constituição).

³⁸⁶ Aqui se considera revisão constitucional o procedimento previsto no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

³⁸⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da revisão constitucional e teoria da Constituição originária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 198, out.-dez. 1994. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 49.

³⁸⁸ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 19-20.

Estamos aqui particularmente interessados em estudar esta última hipótese de mudança na Constituição.

2.2 A ESCOLA ALEMÃ DE DIREITO PÚBLICO E A ORIGEM DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição do Império Alemão de 1871 chegou após muitas tentativas de unificação que marcaram a história alemã do século XIX. Neste contexto, o conceito de mutação constitucional foi idealizado pela doutrina publicista alemã do final do século XIX e início do século XX, ao constatar a existência de um “problema”: a ausência de coincidência entre a “realidade constitucional” e a Constituição formal. A rigidez constitucional, ou seja, a existência de mecanismos agravados para a reforma da Constituição, apresentava-se como uma garantia insuficiente para prevenir sua modificação informal.

Os juristas da Escola Alemã de Direito Público foram os primeiros a tratar de forma direta este fenômeno. Esta Escola, fundada por Gerber y Gierke, inicia uma tradição “científica” na Alemanha, dentro da qual se inserem juristas como Laband e Jellinek³⁸⁹.

A Escola Alemã de Direito Público propugnava como ponto de partida metodológico a separação entre direito e política. O direito público, segundo esta Escola, devia ser estudado de maneira isolada, sem levar em conta os fenômenos políticos cambiantes. Neste contexto, não deixa de ser paradoxal que sejam precisamente dois autores destacados desta tradição que iniciam o estudo do contraste entre o descrito nas normas constitucionais e o funcionamento real do Estado constitucional.

Com a Escola Alemã de Direito Público, a noção de mudança constitucional alcançou um grau elevado de elaboração. Não obstante, a inexistência de um mecanismo de controle de constitucionalidade das leis e o caráter extremamente

³⁸⁹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 107.

sucinto da Constituição de 1871 impediram que os conceitos de reforma e de mutação constitucional fossem delimitados claramente pelos autores desta Escola, que se limitavam a mostrar sua perplexidade³⁹⁰ frente às contradições entre a realidade, o fático e o estabelecido pela letra da Constituição.

A época entre guerras foi muito fecunda em relação à construção do Direito Público. Se, na França, as objeções ao formalismo jurídico datam de princípios do século XX; na Alemanha (e na Áustria), a grande renovação teórica do Direito Público foi produzida na época entre guerras³⁹¹.

A doutrina constitucional, gerada na época de Weimar, constituiu um antecedente direto para caracterizar os elementos do fenômeno da mutação constitucional. Como consequência da instabilidade da época, os teóricos da Constituição centraram boa parte de seus esforços para refletir acerca das mudanças constitucionais e procuraram compreender a relação existente entre a dinâmica política e a Constituição escrita. Suas doutrinas constituíram uma reação frente aos postulados da Escola Alemã de Direito Público, mas as formulações dos diferentes autores respondiam os pressupostos claramente distintos³⁹².

Alguns autores, como Hermann Heller e Rudolf Smend, procuram descrever a Constituição como um ente dinâmico, em constante movimento, que se retroalimenta continuamente da realidade política que a circunda. Hermann Heller e Rudolf Smend, dentre outros, apreendem o conceito de mutação constitucional, elaborado por Georg Jellinek – e antes sugerido por Paul Laband –, e o convertem em um elemento da teoria da Constituição. Outros, como Hsü Dau-Lin, pretendem reformular tal conceito de uma maneira sistemática.

³⁹⁰ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 113.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 113.

³⁹² *Ibidem*, p. 116.

2.2.1 Paul Laband

Paul Laband (1838-1918)³⁹³ apresenta o problema da mutação constitucional constatando que a Constituição pode transformar-se fora dos mecanismos formais de reforma, apesar de ser Lei (*Gesetz*) que deve dar continuidade e estabilidade ao direito, como codificação fundamental do Estado³⁹⁴.

Em sua obra *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*³⁹⁵, Paul Laband descreve como a Constituição do *Reich* é transformada sem que se acionem os mecanismos de reforma constitucional. Para tanto, parte da ideia de Constituição como ente normativo.

O autor destaca que, conquanto as constituições sejam normas jurídicas em sentido estrito, a ação do Estado pode transformá-las sem necessidade de sua modificação formal. Assim, Paul Laband observa que, quando se procura um conhecimento preciso e definido da Constituição, se encontra, por um lado, muitos dispositivos de significado subordinado e passageiro, de escasso interesse para a maioria do povo, e, por outro, a essência real do direito do Estado plasmada na Constituição, que pode experimentar uma modificação radical e significativa sem que o texto constitucional veja alterada a sua expressão escrita³⁹⁶.

A ausência de regulação constitucional de instituições centrais do Estado proporcionou que o aperfeiçoamento e a transformação da situação constitucional do *Reich* pudessem ser produzidos à margem da modificação formal da Constituição. A inexistência de definição da posição política dos ministros do *Reich*, a não previsão de um procedimento de incorporação de novos territórios à união alemã, a regulação constitucional imperfeita e escassa das finanças do *Reich* e a vaga e incompleta previsão constitucional dos critérios de distribuição de

³⁹³ A menção ao período em que viveram os integrantes da Escola Alemã de Direito Público presta-se a situar o autor e sua obra no contexto histórico e social.

³⁹⁴ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 106.

³⁹⁵ Cf. versão francesa: LABAND, Paul. **Le droit public de l'Empire allemand**. Trad. C. Gandilhon. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900.

³⁹⁶ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. Cit.*, p. 108. Nota 392.

competências entre os *Länder* e o *Reich* supunham que sua situação real somente pudesse ser deduzida do conteúdo das leis do *Reich*³⁹⁷. Dessa forma, para Paul Laband, a maioria das leis permitia, na prática, uma mudança da situação constitucional do *Reich*.

A este respeito, Paul Laband destaca a expansão da faculdade de referendar os atos do *Kaiser* por meio da legislação e da prática política como uma das mudanças mais importantes da situação constitucional do *Reich*, o que era produzido em contradição com o texto constitucional.

A Constituição do *Reich* só mencionava a existência de um Ministro – Chanceler – que dava validade aos atos do *Kaiser* com seu referendo. Da capacidade de referendo deduzia-se que o Chanceler era o responsável pela ação política do Estado. Contudo, para Laband, a extensão e a diversidade da administração do *Reich* fizeram com que esta função fosse tão ampla como irrealizável, pelo que, na prática, se admitiu que o referendo pudesse ser realizado pelos chefes das administrações do *Reich*. Em 1879 é criada por lei a figura do *Generalvestreter* (Delegado), que tinha a poder de assumir todas as obrigações e responsabilidades do Chanceler relacionadas à administração do *Reich* em casos especiais ou para suplências específicas. Na prática, o *Generalvestreter* foi nomeado sem que estas circunstâncias ocorressem³⁹⁸.

A lei de finanças do *Reich*, conhecida como *Cláusula Frankenstein*, implicou uma mudança informal do artigo 38 da Constituição, que prescrevia que o produto das aduanas e os impostos deveriam ingressar no caixa do tesouro nacional. Segundo a *Cláusula Frankenstein*, a arrecadação das aduanas não ia para o tesouro do *Reich*, mas apenas passava através deste. Esta contradição entre lei e Constituição foi

³⁹⁷ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 108.

³⁹⁸ Tradução livre do original em espanhol: “La Constitución del *Reich* sólo mencionaba la existencia de un ministro – canceller – que daba validez a los actos del *Kaiser* con su refrendo. De la capacidad de refrendo se desprendía que el Canciller era el responsable de la acción política del Estado. Sin embargo, para Laband, la extensión y la diversidad de la administración del *Reich* hizo que esta función fuese tan amplia como irrealizable por lo que, en la práctica, se admitió que el refrendo pudiese ser realizado por los jefes de las administraciones del *Reich*. En 1879 se crea por ley la figura del *Generalvestreter* (Lugarteniente) al que se le facultaba asumir todas las obligaciones y responsabilidades del Canciller relacionadas a la administración del *Reich* en casos especiales o para suplencias específicas. En la práctica el *Generalvertreter* fue nombrado sin que estas circunstancias ocurrieran”. (*Ibidem*, p. 109)

posteriormente superada por uma reforma constitucional aprovada em 1904, que elevou ao nível constitucional os pontos centrais da lei de finanças do *Reich*³⁹⁹.

2.2.2 Georg Jellinek

Georg Jellinek (1851-1911) também se ocupa do estudo das mutações constitucionais⁴⁰⁰. O autor faz referência às mutações constitucionais depois de constatar que a rigidez constitucional, em muitos casos, constitui uma garantia insuficiente para assegurar a forma normativa da Constituição.

Jellinek utiliza o critério da intencionalidade da mudança para fazer a distinção entre reforma e mutação constitucional. Para ele, a reforma constitucional comporia uma modificação voluntária do texto constitucional, enquanto a mutação constitucional seria uma modificação não necessariamente consciente da Constituição que não altera o seu texto.

Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionadas. E por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa intacto seu texto, sem mudá-lo formalmente, produzida por fatos que não tem que ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação. Não é preciso dizer que a doutrina das mutações é muito mais interessante que a das reformas constitucionais⁴⁰¹.

Em relação às palavras do mestre de Heidelberg, assim se manifesta Pablo Lucas Verdú:

³⁹⁹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 109.

⁴⁰⁰ Georg Jellinek (1851-1911) pronunciou, em 18 de março de 1906, uma conferência sobre reforma da Constituição e mutação constitucional na Academia Jurídica de Viena, de onde surgiu o trabalho *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, que mereceu a versão "**Reforma y Mutación de la constitución**". (JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución** Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)

⁴⁰¹ Tradução nossa do texto em espanhol: "Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la constitución, entiendo 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. No es menester advertir que la doctrina de las mutaciones es mucho más interesante que la de las reformas constitucionales". (JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7)

A nosso juízo, a Constituição é a autoconsciência de um povo do Estado e da sociedade em uma época de mudanças frequentes. Por isso a doutrina das mutações constitucionais é a reflexão – teórica e prática – de tais mudanças. Elas são produzidas quando a normatividade constitucional modifica-se pela realidade político-social que não afeta suas formas textuais, mas transforma o seu conteúdo. Neste sentido deve-se interpretar a afirmação de Jellinek que a doutrina das mutações é muito mais interessante que a teoria das reformas constitucionais⁴⁰².

Georg Jellinek também faz referência à possibilidade de a Constituição poder transformar-se por meio da jurisprudência. Àquela época, o único sistema de controle de constitucionalidade era o dos Estados Unidos da América⁴⁰³. O estudioso sustenta ainda que “na América, o juiz ocupa efetivamente o lugar do legislador constitucional. Não sem razão na América os tribunais são qualificados como terceira câmara legislativa”⁴⁰⁴. Vale lembrar que, não existindo controle de constitucionalidade das leis naquela época, a lei do Parlamento constituía, na maioria dos casos, um fator constante de mudança constitucional.

Assim, Georg Jellinek está preocupado com a realidade histórica concebida como fato social indissolúvelmente unido à evolução estatal e constitucional. O autor indica que já é um lugar comum afirmar que, para compreender cientificamente uma instituição, é necessário conhecer o seu desdobramento histórico⁴⁰⁵.

⁴⁰² Para cotejo, é exibido o original em espanhol, que consta no estudo preliminar da obra “Reforma y Mutación de la constitución”: “A nuestro juicio, la Constitución es la autoconciencia de un pueblo del Estado y de la sociedad en una época de cambios frecuentes. Por ello la doctrina de las mutaciones constitucionales es la reflexión – teórica y práctica – de tales cambios. Estos se producen cuando la normatividad constitucional se modifica por la realidad político-social que no afecta a sus formas textuales pero transmuta su contenido. En este sentido, hay que interpretar la afirmación de Jellinek que la doctrina de las mutaciones es mucho más interesante que la teoría de las reformas constitucionales”. (JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. LXVII)

⁴⁰³ “Se excluirmos aqueles, como o suíço, nos quais só existem controles parciais”. Tradução do original em espanhol: “Si excluimos aquéllos, como el suizo, en los que sólo existen controles parciales”. (URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 112)

⁴⁰⁴ Tradução nossa do texto em espanhol: “en la América, el juez ocupa efectivamente el lugar del legislador constitucional. No sin razón se califica a los tribunales, en América, como tercera cámara legislativa”. (JELLINEK, Georg. *Op. Cit.*, p. 26. Nota 400)

⁴⁰⁵ VERDÚ, Pablo Lucas, no estudo preliminar da obra JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. XVI-XVII.

Nesse sentido, Pablo Lucas Verdú⁴⁰⁶ esclarece que, para compreender a doutrina jellinekiana sobre as mutações constitucionais, é imprescindível levar em consideração a metodologia histórica que Georg Jellinek aplica na análise das instituições sociais.

Georg Jellinek considera o Direito como um fenômeno psicológico, ou seja, um fenômeno interno do homem, o qual faz parte das representações humanas, que está em nossa mente de modo que uma determinação equivale a precisar que parte do conteúdo de nossa consciência é a que designamos com o nome de Direito⁴⁰⁷. Assim, Georg Jellinek afirma que os juízos deduzidos das proposições jurídicas não fornecem o conhecimento de um conteúdo, mas de uma relação. Ensinam-nos a conhecer a relação dos direitos com a norma, de modo que o justo e o injusto não são predicados aderidos às coisas, não são propriedades, mas sim relações de sorte que o conhecimento jurídico de um objeto é muito distinto do conhecimento dos fatos reais que o compõem⁴⁰⁸.

Outra questão relevante na metodologia jellinekiana versa sobre a chamada *força normativa do fático*, que, em termos clássicos, vem a ser o aforismo *ex facto oritur ius*, afirmação positivista, mas que, no sistema de Georg Jellinek, se ameniza graças à tese sobre o mínimo ético e às considerações sobre a justificação e a finalidade do Estado⁴⁰⁹.

O pensamento de Georg Jellinek foi muito influenciado por Ferdinand Lassalle e a sua correspondente tese da Constituição como expressão dos fatores e das relações reais de poder. As relações reais de poder lassallianas⁴¹⁰ explicam-se e conectam-se com a tese jellinekiana da força normativa do fático. Como foi visto, a força a que se refere Georg Jellinek é em parte ética e histórica.

⁴⁰⁶ VERDÚ, Pablo Lucas, no estudo preliminar da obra JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. XIX.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. XXVIII.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. XXIV-XXV.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. XXIX-XXX.

⁴¹⁰ Conferir a edição brasileira da obra "O que é uma Constituição?". (LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001)

Para Georg Jellinek, o Direito é um compromisso entre interesses diferentes e até mesmo opostos. Este compromisso é resultante não apenas das forças dos interesses, mas também do poder social dos interessados neles. Dessa forma, a modificação das forças reais das relações entre os órgãos superiores do Estado se infiltra nas próprias instituições, até mesmo quando não houver sido modificada uma letra da Constituição. Pablo Lucas Verdu explica que

segundo Lassalle e relacionando-o com a força normativa do fático, e apoiando-se em numerosos dados do direito comparado, Jellinek encontra bases suficientes para enfrentar o problema das mutações constitucionais, considerando-as como resultado da dialética normatividade escrita e realidade constitucional, causa fundamental de tais transformações constitucionais indiretas, tácitas, silentes, que configuram o quadro da dinâmica constitucional⁴¹¹.

Dessa forma, a evolução do Direito e da normalidade, as origens do Direito e da compreensão da existência da ordem jurídica seriam possíveis mediante a consideração da força normativa dos fatos, porque o real geralmente tem uma tendência psicológica a se transformar em obrigatório⁴¹². Para Georg Jellinek, esta força seria inevitável.

Uma coisa é indubitável: que as constituições escritas rígidas não podem evitar que se desenvolva junto a elas e contra elas um direito constitucional não escrito; de sorte que mesmo nestes Estados, junto aos princípios constitucionais puramente formais nascem outros de índole material⁴¹³.

O mundo do Direito não é o mundo do *sein*, mas do *sollen*, de tal sorte que os conceitos jurídicos são meras abstrações que se inferem do modo como se dispõem as normas jurídicas. Todavia, tais abstrações – não ficções – conectam com um

⁴¹¹ Tradução livre do texto em espanhol: “Siguiendo a Lasalle relacionándolo con la fuerza normativa de lo fáctico, y apoyándose en numerosos datos de Derecho comparado, Jellinek encuentra bases suficientes para enfrentarse con el problema de las mutaciones constitucionales, considerándolas como resultado de la dialéctica normatividad escrita y realidad constitucional, causa fundamental de dichas transformaciones constitucionales indirectas, tácitas, silentes, que configuran el cuadro de la dinámica constitucional”. (VERDÚ, Pablo Lucas, no estudo preliminar da obra JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. LXIV)

⁴¹² *Ibidem*, p. XXXI.

⁴¹³ Para comparação, é exibido o texto em espanhol: “Una cosa es indudable: que las constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desarrolle junto a ellas y contra ellas un derecho constitucional no escrito; de suerte que aun en estos Estados, junto a los principios constitucionales puramente formales, nacen otros de índole material”. (*Ibidem*, p. 482)

substrato real, constituem a reflexão e a tradução, em termos jurídicos, de fatos tomados da vida real⁴¹⁴.

Para descrever a modificação informal da Constituição por meio dos usos políticos, Georg Jellinek, embora com algumas matizações, toma, como ponto de partida, a teoria das convenções desenvolvida por Dicey no marco do sistema constitucional inglês. Dicey descreveu um fenômeno que denominou “convenções da Constituição” ou “moral constitucional”, indistintamente. Dicey definiu este fenômeno como uma porção do direito constitucional que compreende convenções, entendimentos, hábitos ou práticas, os quais, apesar de regular a conduta de muitos dos membros dos poderes públicos, não podem se considerar regras de direito, porque não são aplicáveis pelos tribunais⁴¹⁵.

Todavia, Georg Jellinek aparta-se radicalmente da definição de Dicey em um importante aspecto. Georg Jellinek, apesar de entender, como Dicey, que as convenções não são normas coercíveis⁴¹⁶, considera que

são direito enquanto contenham normas reconhecidas e asseguradas para o exercício do poder estatal, embora na maioria dos casos não tenham caráter vinculante, e sim flexível, porque se adaptam sempre às relações políticas que mudam continuamente⁴¹⁷.

Na verdade, Georg Jellinek, depois de descrever as diversas possibilidades em que as constituições podem se alterar sem que o seu texto se modifique, “não pode dar mais que uma explicação fática do fenômeno”⁴¹⁸.

⁴¹⁴ VERDÚ, Pablo Lucas, no estudo preliminar da obra JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. XLIII.

⁴¹⁵ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 112.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 113.

⁴¹⁷ Tradução livre da lavra em espanhol: “son Derecho en cuanto contienen normas reconocidas y garantizadas para el ejercicio del poder estatal, aunque en la mayoría de los casos no tienen carácter vinculante sino flexible, porque se adaptan siempre a las relaciones políticas que cambian continuamente”. (JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 39)

⁴¹⁸ Tradução nossa da lavra original: “no puede dar más que una explicación fática del fenómeno”. (URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 113)

Dessa forma, Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima anotam que Georg Jellinek busca complementar o positivismo legalista com uma análise empírica ou descritiva dos processos políticos-sociais, considerando a mutação constitucional como um fenômeno empírico não resolvido normativamente. Assim, escrevem que

o dualismo metodológico positivismo legalista–positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906), e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no Direito”⁴¹⁹.

Nesse sentido, destaca Georg Jellinek que “as proposições jurídicas são incapazes de dominar, efetivamente, a distribuição do poder estatal. As forças políticas reais operam segundo suas próprias leis que atuam independentemente de qualquer forma jurídica”⁴²⁰.

2.2.3 Hermann Heller

Hermann Heller (1891-1933) parte de uma concepção de Constituição como organização material do Estado. Para Hermann Heller, a Constituição em seu sentido total, no sentido da ciência da realidade, vem a se equiparar com a organização do Estado, pois representa a cooperação entre indivíduos e grupos mediante relações graças às quais o Estado alcança existência e unidade de ação⁴²¹. Segundo aduz Heller, “a constituição de um Estado coincide com a sua

⁴¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coords.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 374.

⁴²⁰ Para cotejo, segue o texto em espanhol: “las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica”. (JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 84)

⁴²¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza, 1993, p. 87.

organização enquanto esta significa a Constituição produzida mediante atividade humana consciente e só ela”⁴²².

Neste sentido, o seu racicínio é coincidente com o de Ferdinand Lassalle, ao assinalar que a Constituição material está determinada pelas relações reais de poder⁴²³. Na perspectiva de Hermann Heller,

essas relações reais de poder 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 a ordenação do Estado. Toda organização humana perdura enquanto constantemente renasce⁴²⁴.

Assim, a Constituição não é “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”⁴²⁵.

Para compreender o funcionamento constitucional, Hermann Heller considera necessário distinguir “a Constituição não normada [*normalidade*] e a normada [*normatividade*], e, dentro desta, a normada extrajudicialmente e a que o é juridicamente”⁴²⁶. Da mesma forma que 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”⁴²⁷. A esse respeito, escreve Manuel García-Pelayo:

A posição de Heller caracteriza-se pela consideração da Constituição como uma totalidade, na qual se reúnem em relação dialética o estático e o dinâmico, a normalidade e a normatividade. Trata, pois, de salvar a unidade do conceito de Constituição, porém reconhecendo a autonomia das partes integrantes⁴²⁸.

⁴²² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 295.

⁴²³ Cf. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 10-11. “Os *fatores reais do poder* que atuam no seio de cada sociedade são essa *força ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”.

⁴²⁴ HELLER, Hermann. *Op. Cit.*, p. 295. Nota 420.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 296.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 296.

⁴²⁷ *c.*, p. 296.

⁴²⁸ Para comparação, a lavra original é exibida a seguir: “La posición de Heller se caracteriza por la consideración de la Constitución como una totalidad, en la que se reúnen en relación dialéctica lo estático y lo dinámico, la normalidad y la normatividad. Trata, pues, de salvar la unidad del concepto

A relação entre o ser e o dever ser da Constituição é recíproca, pois, de um lado, “a normalidade cria normatividade, mas, por outro lado, a normatividade cria normalidade”⁴²⁹. Neste sentido, tem-se que

sobre a infra-estrutura da Constituição não normada, e influída essencialmente por esta infra-estrutura, ergue-se a Constituição formada por normas na qual, ao lado da tradição e do uso, desempenham o seu papel peculiar, a função diretora e preceptiva, que têm carácter autônomo e que, com frequência, decidem contra o tradicional⁴³⁰.

Formulada nos termos do sistema conceitual de Hermann Heller, a norma constitucional pode transformar-se de maneiras distintas: pela mudança de conteúdo dos elementos normados não jurídicos (princípios constitucionais e princípios gerais de direito), ou como consequência das mutações constitucionais, que pressupõem a superação dos elementos normados pela normalidade⁴³¹.

Dessa forma, Hermann Heller identifica os elementos normados não jurídicos com os “princípios”. De acordo com Hermann Heller, a ausência de conteúdo preciso seria a característica que torna possível que os princípios evoluam e desempenhem uma função transformadora dentro da Constituição⁴³².

Nesta linha de raciocínio, Hermann Heller cita o exemplo do princípio da igualdade. Todas as Constituições democráticas o reconhecem expressamente, embora não expliquem o que deve ser considerado como igual ou como desigual. Assim, no que diz respeito à igualdade política, em alguns sistemas constitucionais, considera-se que seu âmbito de aplicação compreende somente os homens, enquanto que, em

de Constitución, pero reconociendo la autonomía de las partes integrantes”. (GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza, 1993, p. 87)

⁴²⁹ Tradução nossa do texto original: “la normalidad crea normatividad pero, a su vez, la normatividad crea normalidad”. (URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 117)

⁴³⁰ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296.

⁴³¹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. Cit.*, p. 117. Nota 427.

⁴³² *Ibidem*, p. 117.

outros, alcança tanto os homens quanto as mulheres⁴³³. E anota Hermann Heller que

é justamente essa falta de determinação do conteúdo que capacita esses princípios jurídicos a desempenharem uma função perpétua na Constituição. Um preceito jurídico positivo dirá, segundo o que hoje se reclama da segurança jurídica, o seguinte: em tais circunstância o homem deve comportar-se de tal modo. Com isso, o preceito jurídico válido garante uma previsibilidade maior da conduta social que o princípio jurídico que é menos preciso. Mas justamente esta precisão do preceito jurídico opõe-se à necessária capacidade de acomodação e à continuidade dos preceitos jurídicos. Que a permanência da norma possa ser harmonizada com a mudança ininterrupta da realidade social, deve-se, em grande parte, a que a normalidade social que se expressa nos princípios jurídicos vai-se transformando na corrente imperceptível da vida diária. Mediante a evolução gradual dos princípios jurídicos pode acontecer que, não obstante permanecer imutável o texto do preceito jurídico, o seu sentido experimente uma completa revolução, embora fique salvaguardada a continuidade do Direito perante os membros da comunidade jurídica⁴³⁴.

Para Hermann Heller, a normatividade do sistema constitucional está procurando constantemente adequar-se à normalidade. Quando esta operação tem êxito, preserva-se a continuidade do ordenamento. Todavia, pode ocorrer que a normalidade não seja incorporada nem pelas normas não jurídicas (princípios) nem pelo normado juridicamente, e que se mantenha em oposição a eles. Em outras palavras, a normatividade pode perder sua capacidade normalizadora e o uso social – a realidade não normada – pode revelar-se mais forte do que a norma estatal. A relativa frequência deste fenômeno é o que explicaria a atenção que a doutrina e, em especial, a Escola Alemã de Direito Público (Georg Jellinek) têm prestado às mutações constitucionais que ocorrem à margem da norma constitucional. Não obstante, para Hermann Heller, a maioria desses estudos perde-se nos detalhes e omitem as grandes transformações globais⁴³⁵.

Os autores alemães do período entre guerras enxergam na mudança informal um elemento que integra a noção de Constituição. Em um sistema conceitual próprio, Hermann Heller incorpora a mudança informal dentro de sua concepção dinâmica de Constituição. Para tanto, descreve a existência de elementos normados não jurídicos

⁴³³ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 117.

⁴³⁴ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 304-305.

⁴³⁵ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. Cit.*, p. 118. Nota 431.

que contribuem para transformar a Constituição sem que sejam operados mecanismos formais de reforma constitucional. Dessa forma, Hermann Heller concebe a mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) como a mudança que pode ultrapassar o conteúdo da Constituição normada, ou seja, como aquela mudança que rompe a desejável relação harmoniosa entre a “realidade constitucional” e o constitucionalmente normado⁴³⁶.

2.2.4 Rudolf Smend

De acordo com Rudolf Smend (1882-1975), o Estado é integração e a Constituição é o ordenamento jurídico desta integração. A norma constitucional não pode abarcar tudo, mas é um elemento controlador das forças sociais que estão em constante mudança. Ao contrário da interpretação jurídica ordinária, a interpretação constitucional deve ser flexível – permissiva –, devido à natureza expansiva e elástica das normas constitucionais. Para Rudolf Smend, a própria Constituição contém os elementos para sua própria transformação por meio da mutação constitucional⁴³⁷.

Concernente a isso, “Smend cria uma teoria dinâmica da Constituição, propondo uma nova formulação tanto da Filosofia do Estado como da Teoria do Estado”⁴³⁸. Acerca da teoria smendiana, Manuel García-Pelayo⁴³⁹ explica que, como direito positivo, a Constituição não é somente norma, mas também realidade. Como Constituição, é realidade integradora. Realidade que, como se sabe, não consiste em um momento estático e tranquilo da vida estatal, mas em uma constante e permanente renovação e, por conseguinte, não se esgota no ato constituinte, no entanto, de certo modo, este se renova a cada momento.

⁴³⁶ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 134.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 123.

⁴³⁸ Tradução livre do texto original: “Smend crea una teoría dinámica de la Constitución proponiendo una nueva formulación tanto de la Filosofía del Estado como de la Teoría del Estado”. (*Ibidem*, p. 118)

⁴³⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza, 1993, p. 84-85.

A ideia de Estado, portanto, é concebida como um fluxo circular, como uma tensão dialética entre indivíduo e sociedade, que não pode ser entendida ideologicamente, mas que somente pode ser descrita. Para Rudolf Smend, “o objeto da teoria do Estado e do direito constitucional é o Estado enquanto parte da realidade espiritual”⁴⁴⁰. Nesse sentido, informa:

O Estado não é um fenômeno natural que deva ser simplesmente constatado, mas uma realização cultural que, como realidade da vida do espírito, é fluida, carecendo continuamente de renovação e aperfeiçoamento, colocada continuamente em dúvida. Como em qualquer outro grupamento, uma grande parte de seus processos vitais são, especialmente no Estado, consequência desta renovação, desta permanente acolhida e assimilação de seus membros. Naqueles grupos sociais não suscetíveis de normatividade jurídica, como é o caso de uma relação amorosa ou de amizade, isto resulta patente. Por outro lado, onde existe normativa jurídica, introduz-se uma mentalidade tipicamente estática que tende a considerar a união dos membros de um grupo juridicamente normado como algo já dado, reduzindo a dinâmica do grupo a este pressuposto normativo, um requisito que é claramente anterior à inter-relação mútua dos membros do grupo⁴⁴¹.

Dessa forma, o Estado deve ser estudado pelas ciências do espírito⁴⁴², uma vez que é uma realidade espiritual. O indivíduo forma parte desta realidade espiritual. O Estado não pode ser construído partindo do indivíduo e indo do particular para o geral, mas deve ser concebido como uma relação que se cria retroalimentando-se. É uma relação dinâmica de refluxo mútuo. Assim, o indivíduo é o núcleo constitutivo do

⁴⁴⁰ Segue o texto em espanhol, para cotejo: “el objeto de la teoría del Estado y del derecho constitucional es el Estado en cuanto parte de la realidad espiritual”. (SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 62)

⁴⁴¹ Tradução nossa da lavra em espanhol: “El Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente en duda. Como en cualquier otra agrupación, una gran parte de sus procesos vitales son, especialmente en el Estado, consecuencia de esta renovación, de esta permanente acogida y asimilación de sus miembros. En aquellos grupos sociales no susceptibles de normatividad jurídica, como es el caso de una relación amorosa o de amistad, esto resulta patente. Allí donde existe normativa jurídica, por el contrario, se introduce una mentalidad típicamente estática que tiende a considerar la unión de los miembros de un grupo jurídicamente normado como algo ya dado, reduciendo la dinámica del grupo a este presupuesto normativo, un requisito que es en puridad anterior a la interrelación mutua de los miembros del grupo”. (*Ibidem*, p. 61)

⁴⁴² Quando Rudolf Smend fala do “espírito” (*Geist*) e das “ciências do espírito” (*Geistwissenschaften*), refere-se ao “humano” e às “ciências humanas”, embora de um ponto de vista particular. Dentro de uma tendência filosófica alemã, faz-se a distinção entre ciências da natureza e ciências do espírito. O espírito não se trata apenas do ser humano, mas de uma ideia dinâmica deste em constante interação com o seu entorno.

Estado, mas sua vinculação só pode ser explicada, se partir de sua natureza dialética⁴⁴³.

Para Rudolf Smend, o Estado não é algo material e estático. As formas espirituais coletivas, como o Estado, não constituem substâncias estáticas, mas uma unidade de sentido da realidade espiritual, isto é, atos espirituais⁴⁴⁴. A integração é o núcleo essencial da dinâmica do Estado, que se traduz na constante renovação de um complexo número de suas manifestações. Assim, para Rudolf Smend,

se o Estado existe, é unicamente graças a estas diversas manifestações, expressões de um suporte espiritual, e, de um modo mais peremptório, através das transformações e renovações que têm como objeto imediato dito suporte evidente⁴⁴⁵.

Com efeito, há uma dificuldade que deriva do caráter ambíguo da realidade estatal, que, por um lado, contribui à realização dos valores do espírito, e, por outro, à realização do direito estatal. Esses dois elementos são inseparáveis a partir de uma perspectiva filosófica estatal⁴⁴⁶. Para Rudolf Smend,

o direito constitucional é unicamente uma positivação das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito, e, portanto, não se concebe sem aquelas; e, ao contrário, estas não são realizadas de forma plena e permanente sem sua positivação jurídica⁴⁴⁷.

Esta visão da Teoria do Estado como integração levou Rudolf Smend a formular de maneira diferente o conceito de Constituição. Segundo Rudolf Smend, a

⁴⁴³ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 119-120.

⁴⁴⁴ SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 62.

⁴⁴⁵ Para credibilidade, apresenta-se a lavra em espanhol: “Si el Estado existe, es únicamente gracias a estas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de las transformaciones y renovaciones que tienen como objeto inmediato dicho entramado inteligible”. (*Ibidem*, p. 62-63)

⁴⁴⁶ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 120.

⁴⁴⁷ Tradução livre do texto em espanhol: “El derecho constitucional es únicamente una positivización de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu, y, por tanto, no se entiende sin aquéllas; y a la inversa, éstas no son realizadas de forma plena y permanente sin su positivización jurídica”. (SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 66)

Constituição era entendida tradicionalmente de duas formas distintas⁴⁴⁸. Por uma perspectiva, está a visão estática, que concebe a Constituição como a regulação dos órgãos do Estado e o *status* do indivíduo frente a ele. Por outra, a concepção da Constituição como produto de uma lei física no sentido lassalleano: a Constituição como soma das forças reais de poder diante daquilo que é chamado de “folha de papel”. Rudolf Smend considera que estas duas concepções de Constituição, em princípio contrapostas, não proporcionam uma ideia global do que esta significa e acredita que são mais acertadas aquelas ideias que aproximam o conceito de Constituição ao de movimento.

É possível extrair duas ideias dominantes da teoria da interpretação de Rudolf Smend. A primeira é a ideia de movimento como parte integrante do conceito de Constituição e, portanto, como elemento que se deve ter em conta quando se interpreta. A segunda é a ideia de globalidade, ou seja, deve-se ter a consciência permanente de que cada elemento pertence a um todo e de que só é possível uma completa compreensão levando-se em consideração esta globalidade à qual pertence⁴⁴⁹.

Segundo Rudolf Smend, o problema das mutações constitucionais é exposto, pela primeira vez, por Georg Jellinek, a partir de um ponto de vista lassalleano, quando concebe que o problema da mutação constitucional surge da incapacidade das normas jurídicas de dominar, de modo efetivo, a distribuição do poder político.

É curioso que, para Rudolf Smend, a visão de Georg Jellinek sirva como exemplo de duas concepções contrapostas da Constituição: da noção positivista como organização formal do Estado, de um viés; e de uma concepção de matriz lassalleana, que acentua a contraposição entre a “folha de papel” e as forças reais de poder, por outro⁴⁵⁰. “Tudo isto evidencia a existência de aspectos contraditórios

⁴⁴⁸ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 121.

⁴⁴⁹ Para Rudolf Smend, uma das causas pelas quais se abusou dos poderes ditatoriais previstos no artigo 48 da Constituição de Weimar foi sua interpretação fragmentada. (*Ibidem*, p. 125)

⁴⁵⁰ SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 129-130.

na teoria do Estado e da Constituição de Jellinek”⁴⁵¹. Para Rudolf Smend, como as forças políticas reais são capazes de modificar a Constituição, são também forças criadoras do Direito⁴⁵². Explica Rudolf Smend que

qualquer ciência do espírito que atenda unicamente ao elemento vitalista e organicista seguindo a metodologia monista própria das ciências da natureza, ou que, pelo contrário, se ocupe exclusivamente do conteúdo atemporal ou ideal, como concebe a lógica de normas da Escola de Viena⁴⁵³, não chega a captar a verdadeira natureza do objeto; é necessário considerar o objeto, pelo contrário, em toda sua ambivalência, como estrutura orgânica ideal, desde a perspectiva de um pensamento que abarque ambas dimensões⁴⁵⁴.

Como consequência, a Constituição deve ser concebida como a plasmação normativa do processo de integração estatal. Como norma, a Constituição é uma barreira de contenção das forças sociais. Quanto a isso, Rudolf Smend esclarece que a Constituição não pode prever nem regular todos os aspectos da vida estatal. A dinâmica estatal gera constantemente situações não previstas expressamente na Constituição⁴⁵⁵. Assim, Rudolf Smend sustenta que “é próprio e característica das

⁴⁵¹ É apresentada a lavra original para cotejo: “Todo esto pone de manifiesto la existencia de aspectos contradictorios en la teoría del Estado y de la Constitución de Jellinek”. (URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 121)

⁴⁵² SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 130.

⁴⁵³ O trabalho de Rudolf Smend sofreu críticas de Hans Kelsen, o qual informa que “A teoria do Estado da Escola de Viena sustenta que a unidade do Estado só pode ser fundada na esfera normativa, que é simplesmente a unidade de um ordenamento do dever-ser, que a existência e a realidade do Estado consistem na validade de um ordenamento jurídico que se afirma como esquema de interpretação para uma variedade de atos humanos, os quais encontram a sua unidade apenas na unidade sistemática de normas que lhes confere o sentido específico de atos estatais. [...] Todo o seu [Smend] método das ‘ciências do espírito’, como demonstrado, consiste apenas em confundir o dualismo de espírito e natureza, de esfera normativa e esfera causal, de modo que a unidade ganha numa delas possa ser considerada como existente na outra: no fundo tal método tem como fim somente restaurar a ideia tradicional de que o Estado é uma unidade real, ou seja, uma unidade de interação e que, secundariamente, é uma unidade ideal, isto é, normativo-jurídica. Smend declara, contra a teoria normativa do Estado da ‘teoria pura do direito’ que ‘não se pode duvidar da realidade do Estado como união dos que a ele pertencem juridicamente’. Portanto, o Estado não é apenas uma unidade jurídica, mas também uma unidade de fato”. (KELSEN, Hans. **O Estado como integração: um confronto de princípios**. Trad. Plínio F. Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 45-46).

⁴⁵⁴ Tradução nossa do texto em espanhol: “Cualquier ciencia del espíritu que atienda únicamente al elemento vitalista y organicista siguiendo la metodología monista propia de las ciencias de la Naturaleza o que, por el contrario, se ocupe exclusivamente del contenido atemporal o ideal, como hace la lógica de normas de la Escuela de Viena⁴⁵⁴, no llega a captar la verdadera naturaleza del objeto; es necesario considerar al objeto, por el contrario, en toda su ambivalencia, como estructura orgánica ideal, desde la perspectiva de un pensamiento que abarque ambas dimensiones”. (SMEND, Rudolf. *Op. cit.*, p. 131. Nota 450)

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 133.

fórmulas constitucionais sua elasticidade e sua enorme capacidade autotransformadora e supletiva de suas próprias lacunas”⁴⁵⁶, visto que

Por sua própria natureza, a Constituição não tende, dessa forma, a regular situações concretas, mas a abarcar a totalidade do Estado e a totalidade do processo integrador. E é esta mesma finalidade que não só permite, mas que também exige do intérprete constitucional uma interpretação extensiva e flexível, que difere em grande medida de qualquer outra forma de interpretação jurídica⁴⁵⁷.

Isso significa que a Constituição, ao regular o processo de integração, gera os elementos de sua própria mutação⁴⁵⁸. Ao mesmo tempo que esta integração se completa com a configuração de outras formas políticas, as instituições jurídicas desenvolvem uma dinâmica própria pela qual se autotransformam e autocompletam. Dessa forma,

uma compreensão global da regulação e dos fins constitucionais, de seu sistema integrador, e também de sua intencionalidade objetiva, somente é possível se se atende a esta capacidade transformadora e supletiva, e a suas respectivas consequências na transformação efetiva e na interpretação extensiva das normas que compõem o próprio sistema que a Constituição instaura⁴⁵⁹.

Rudolf Smend apresenta a mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) como um elemento central do seu conceito de Constituição. A Constituição, neste contexto, é concebida como movimento, e a este movimento, visto como processo de integração, é inerente a mutação como rótulo que descreve de forma global a

⁴⁵⁶ É apresentado o texto em espanhol, para credibilidade: “lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y su enorme capacidad autotransformadora y supletoria de sus propias lagunas”. (SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 134)

⁴⁵⁷ Tradução nossa do texto em espanhol: “Por su propia naturaleza la Constitución no tiende, así pues, a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del proceso integrador. Y es esta misma finalidad la que no sólo permite, sino que incluso exige del intérprete constitucional una interpretación extensiva y flexible, que difiere en gran medida de cualquier otra forma de interpretación jurídica”. (*Ibidem*, p. 134)

⁴⁵⁸ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 122.

⁴⁵⁹ Tradução livre da lavra em espanhol: “Una comprensión global de la regulación y de los fines constitucionales, de su sistema integrador, pero también de su intencionalidad objetiva, solamente es posible si se atiende a esta capacidad transformadora y supletoria, y a sus consecuencias en orden a la transformación efectiva y a la interpretación extensiva de las normas que componen el propio sistema que la Constitución instaura”. (SMEND, Rudolf. *Op. cit.*, p. 134. Nota 454)

transformação informal da Constituição⁴⁶⁰. Dessa forma, para Rudolf Smend, as mutações constitucionais não são um “problema”, mas um elemento, ou pelo menos uma consequência, da Constituição.

2.2.5 Hsü Dau-Lin

Hsü Dau-Lin (1906-1973) foi discípulo de Rudolf Smend e escreveu sobre o tema na Alemanha, em 1932, pautado nas obras de Paul Laband e de Georg Jellinek⁴⁶¹. O autor chinês realizou um trabalho que sintetizou e sistematizou os trabalhos sobre mutação constitucional conhecidos até então. “Hsü Dau-Lin, exótico espectador da Alemanha weimariana, utiliza o sistema conceitual de Smend em seu intento de ordenar de forma sistemática todas as possibilidades nas quais podem ser geradas mutações constitucionais”⁴⁶².

Na definição de Hsü Dau-Lin, a mutação constitucional decorre da separação entre o preceito constitucional e a realidade, sendo esta última mais ampla que a normatividade constitucional.

A grande contribuição de Hsü Dau-Lin foi ter se preocupado em estudar especificamente as mutações constitucionais, ao invés de proceder como aqueles que somente se referiram ao conceito de maneira genérica como parte do conceito de Constituição – como fez Rudolf Smend – ou como aqueles que descobriram sua existência e mostraram sua perplexidade diante delas – como Paul Laband ou Georg Jellinek⁴⁶³. Assim, leciona que

há mutações constitucionais permitidas e exigidas pela Constituição. São, precisamente, complemento e ampliações do sistema significativo proposto

⁴⁶⁰ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 134.

⁴⁶¹ DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29.

⁴⁶² Tradução livre da lavra original: “Hsü Dau-Lin, exótico espectador de la Alemania weimariana, utiliza el sistema conceptual de Smend en su intento de ordenar de forma sistemática todas las posibilidades en las que pueden generarse mutaciones constitucionales”. (URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. cit.*, p. 106. Nota 458)

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 126.

por ela de maneira ideal. E há mutações constitucionais que, por certo, não são intencionadas ou desejadas pela Constituição, mas que não podem ser impedidas ou suprimidas: são mutações do sistema de sentido proposto por ela ou de algumas instituições normativizadas de intenções manifestadas no sistema⁴⁶⁴.

Hsü Dau-Lin, além de, dentro do sistema conceitual de Rudolf Smend, descrever sistematicamente o processo de mutação constitucional, dá um passo adiante ao buscar delimitar, entre as mutações constitucionais formais, o que denomina mutações constitucionais materiais, que alteram o sentido da Constituição e distorcem e interrompem o processo de realização constitucional. Todavia, Hsü Dau-Lin não dá critérios úteis para estabelecer a fronteira entre o que seriam as mutações constitucionais formais e as mutações constitucionais materiais, nem mesmo as fórmulas para limitar estas últimas⁴⁶⁵. Também é problemática a justificação da mutação constitucional formal como produto da necessidade política, pois

Para dar um conceito que corresponda aos diferentes casos geralmente designados por “mutação constitucional”, quizá poderia se dizer que se trata da incongruência que existe entre as normas constitucionais, por um lado, e a realidade constitucional, por outro⁴⁶⁶.

Hsü Dau-Lin estuda as distintas relações que podem existir entre as normas constitucionais e a realidade. (a) Uma possibilidade consiste na congruência entre a norma e a realidade. Isto pode corresponder a duas dinâmicas distintas: (a.I) que a realidade siga a norma, o que supõe a plena vigência do direito constitucional, ou (a.II) que a norma constitucional siga a realidade, como ocorre em uma reforma constitucional. (b) A outra possibilidade consiste na incongruência entre norma e realidade. Para Hsü Dau-Lin, é nesta incongruência que reside a mutação

⁴⁶⁴ Para comparação, eis o texto em espanhol: “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 normativizadas de intenciones manifestadas en el sistema”. (DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 176)

⁴⁶⁵ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 134-135.

⁴⁶⁶ Tradução nossa do texto em espanhol: “Para dar un concepto que corresponda, del mismo modo a diferentes casos generalmente designados como ‘mutación constitucional’, quizás podría hacerse diciendo que se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro”. (DAU-LIN, Hsü. *Op. cit.*, p. 29. Nota 462)

constitucional. Na visão do autor, de acordo com a relação entre a norma e a realidade, podem existir quatro classes de mutação constitucional: (b.I) mutação constitucional mediante prática que não vulnera formalmente a Constituição escrita; (b.II) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição descrita na Constituição; (b.III) mutação constitucional em razão de prática que contraria a Constituição e (b.IV) mutação constitucional mediante interpretação da Constituição⁴⁶⁷.

Merece registro a crítica feita por Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, que apontam que a classificação quadripartite do fenômeno da mutação constitucional feita por Hsü Dau-Lin não leva em conta “aquilo que é central para o pós-Segunda Guerra e, em especial, para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe”⁴⁶⁸.

A seguir, serão abordadas estas quatro categorias de mutação constitucional referidas por Hsü Dau-Lin.

(I) mutação constitucional, mediante prática que não vulnera formalmente a Constituição escrita

Em tal caso, ignora-se um determinado artigo da Constituição ou se contradiz certa prescrição constitucional, pois se tratam de relações jurídicas que não se regulam por um preceito constitucional. A tensão que se pode observar aqui se dá entre a situação real e a situação jurídica desenhada pela Constituição, não entre o existente e o prescrito. O *sollen* (dever ser) está aqui em contradição com o *Sein* (ser) e não resulta de certo artigo constitucional, mas de um conjunto de várias

⁴⁶⁷ DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 31.

⁴⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 375.

prescrições constitucionais ou da integração global de todo o emaranhado constitucional⁴⁶⁹.

Para Hsü Dau-Lin a questão que se apresenta é se pode haver uma lacuna na Constituição, ou seja, se existem ou não lacunas constitucionais. Hsü Dau-Lin parte da ideia smendiana de que a Constituição é a regulação do Estado enquanto totalidade, uma vez que é uma regulação de caráter geral. Para Hsü Dau-Lin, a noção de lacuna constitucional se infere de um conceito formalista de Constituição. Quem concebe a Constituição como uma unidade espiritual de sentido, tal como ele o faz, não pode sustentar, em princípio, a existência de tais lacunas constitucionais⁴⁷⁰. Por isso,

No fundo, toda a desilusão formalista da teoria das lacunas constitucionais é resultado natural do desconhecimento do sentido cultural da Constituição: se se ignora o sentido sistemático da Constituição, os artigos constitucionais reduzem-se necessariamente a prescrições particulares; o ajustar-se à letra implica naturalmente a insuficiência (existência de lacunas) dos preceitos jurídicos frente à plenitude vital da realidade estatal⁴⁷¹.

Deste modo, Hsü Dau-Lin considera que a teoria das lacunas constitucionais padece de insuficiências e critica a relação que Georg Jellinek estabelece entre as lacunas constitucionais e a mutação da Constituição. Para Hsü Dau-Lin, os casos de mutação constitucional por meio da práxis que não viola a Constituição não são supostos de lacunas constitucionais. Nestes casos, a mutação surge pela existência de uma nova situação jurídica que não corresponde ao sentido da Constituição⁴⁷². Não se modifica um determinado artigo da Constituição, mas, sim, um princípio da Constituição resultante do sistema geral de normas constitucionais.

⁴⁶⁹ DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 32-33.

⁴⁷⁰ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 127.

⁴⁷¹ Livre tradução da lavra em espanhol: “En el fondo toda la desesperación formalista de la teoría de las lagunas constitucionales, es resultado natural del desconocimiento del sentido cultural de la Constitución: si se ignora el sentido sistemático de la Constitución, los artículos constitucionales se reducen necesariamente a prescripciones particulares; el ajustarse a la letra implica naturalmente la insuficiencia (existencia de lagunas) de los preceptos jurídicos frente a la plenitud vital de la realidad estatal”. (DAU-LIN, Hsü. *Op. cit.*, p. 64. Nota 467)

⁴⁷² URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. cit.*, p. 127. Nota 468.

(II) *Mutação constitucional, por impossibilidade do exercício de determinada atribuição descrita na Constituição*

Para Hsü Dau-Lin, também pode ocorrer uma mutação da Constituição pela eventual impossibilidade de exercer competências de poder que correspondam ao conteúdo de certas prescrições constitucionais. O direito que atribui os artigos constitucionais a certos sujeitos se perde ante a impossibilidade de exercê-los, de modo que estes artigos da Constituição já não correspondem atualmente à realidade jurídica⁴⁷³.

A comprovação de que uma proposição constitucional experimenta uma mutação pela impossibilidade de exercer os direitos que estatui, ou por sua inaplicação, coloca a questão de como uma proposição jurídica perde validade porque não se aplica, de modo que se converte em proposição jurídica “obsoleta”⁴⁷⁴.

Para analisar este tipo de mutação constitucional, Hsü Dau-Lin questiona se a não aplicação de uma norma determina a perda de sua vigência. Para o autor, desde o ponto de vista da realidade jurídico material, uma norma que perdeu sua vigência (*Geltung*) social não tem existência material⁴⁷⁵. À conta disso, ele questiona se pode ser antijurídica ou inconstitucional a aplicação de uma norma, formalmente existente, que se tornou obsoleta.

Sua resposta é afirmativa e Hsü Dau-Lin encontra exemplos deste tipo de mutação constitucional na prática constitucional francesa, como o desuso do poder de dissolução da Câmara de Deputados por parte do Presidente da República francesa, apesar da expressa previsão no artigo 5º da Lei Constitucional, de 25 de fevereiro de 1875. Para Hsü Dau-Lin, seria antijurídico aplicar esta norma, apesar da sua existência formal.

⁴⁷³ DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 36.

⁴⁷⁴ Para comparação, segue o texto em espanhol: “La comprobación de que una proposición constitucional experimenta una mutación por la imposibilidad de ejercer los derechos que estatuye, o por su inaplicación, plantea la cuestión de cómo una proposición jurídica pierde validez porque no se aplica, de modo que se convierte en proposición jurídica ‘obsoleta’.” (*Ibidem*, p. 67)

⁴⁷⁵ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 128.

(III) *Mutação constitucional, em razão de prática que contraria a Constituição*

Segundo o entendimento de Hsü Dau-Lin, uma mutação constitucional também pode ser causada por uma prática que esteja em clara contradição com a letra da Constituição, uma vez que

Uma mutação da Constituição pode dar-se mediante uma prática constitucional que contradiga claramente o preceito da Constituição, seja pela chamada reforma material da Constituição, seja pela legislação ordinária, seja pelos regramentos dos órgãos estatais superiores ou por sua prática efetiva. A situação de tensão é clara aqui, porque a contradição entre o *Sein* (ser) e o dever ser (*Sollen*) é inequívoca⁴⁷⁶.

Ana Victoria Sánchez Urrutia⁴⁷⁷ explica que as revisões materiais da Constituição são definidas como leis aprovadas pelo procedimento de revisão, mas que não modificam o teor literal da Constituição. Em geral, Hsü Dau-Lin indica que o problema das reformas materiais da Constituição era um problema fundamentalmente do direito alemão. A questão doutrinária consistia, segundo Hsü Dau-Lin, em definir o que era exatamente uma “revisão constitucional”, e, em particular, se, como requisito de sua existência, se entendia que devia haver uma expressa substituição do texto constitucional que se pretendia modificar. Consoante Hsü Dau Lin, são necessários dois requisitos para que se dê uma reforma material da Constituição: a observância dos procedimentos agravados prescritos para a reforma constitucional e a ausência de modificação expressa do texto constitucional.

De acordo com o autor, uma determinada norma constitucional também pode ser transformada pela legislação infraconstitucional “quando uma lei vigente contradiz a Constituição e faltar instâncias especiais para examinar sua constitucionalidade”⁴⁷⁸. Como exemplo de mutação constitucional desta natureza, Hsü Dau-Lin volta a

⁴⁷⁶ Para confrontação, é trazido o texto em espanhol: “Una Mutación de la constitución puede darse mediante una práctica constitucional que contradice, claramente, la preceptiva de la Constitución, sea por la llamada reforma material de la Constitución, sea por la legislación ordinaria, sea por los reglamentos de los órganos estatales superiores o por su práctica efectiva. La situación de tensión es clara aquí, porque la contradicción entre el *Sein* (ser) y el deber ser (*Sollen*) es inequívoca”. (DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 39)

⁴⁷⁷ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 128.

⁴⁷⁸ Eis o texto em espanhol para cotejo: “cuando una ley vigente contradice la Constitución y al faltar instancias especiales para examinar su constitucionalidad”. (DAU-LIN, Hsü. *Op. cit.*, p. 41. Nota 474)

recorrer a exemplos analisados por Paul Laband, como é o caso da *Cláusula Frankenstein*, que, sendo uma lei ordinária, mudou radicalmente o sistema financeiro estabelecido pela Constituição do *Reich* de 1871⁴⁷⁹.

(IV) *Mutação constitucional, mediante interpretação da Constituição*

Hsü Dau-Lin explica que também cabe uma mutação constitucional mediante interpretação. Ela ocorre quando os preceitos constitucionais são interpretados segundo considerações e necessidades que mudam com o tempo, sem atender particularmente ao texto fixo da Constituição, ou sem que se considere o sentido originário que o constituinte deu às normas constitucionais em questão. O texto constitucional permanece intacto, mas a prática constitucional que pretende segui-la é distinta⁴⁸⁰.

Exemplificando a mutação por interpretação constitucional, Hsü Dau-Lin aponta a evolução do princípio da igualdade na Constituição da Prússia, visto que

⁴⁷⁹ “Pode citar-se, como exemplo, a famosa Cláusula Frankenstein, que quebrantou o princípio fundamental dos artigos 38 e 70 da antiga Constituição do *Reich*. Segundo esses artigos, as entradas aduaneiras e determinados impostos deveriam ser da atribuição da administração do *Reich*, enviando-os ao caixa do *Reich* para a provisão dos gastos correspondentes. Se houvesse superávit, as entradas seriam atribuídas ao ano seguinte, caso contrário os *Länder* estavam obrigados, segundo sua população, a aprová-los (*Matrikularbeiträge*). Em consequência, os aportes dos Estados membros eram facultativos e as entradas passariam ao caixa do *Reich*. Não obstante, mediante a Cláusula Frankenstein, incluída em várias leis fiscais, acordou-se que o instituto dos aportes das matrículas (*Matrikularbeiträge*) dos *Länder* elevar-se-ia ao nível de instituição permanente e o rendimento das entradas relativas a tabaco e bebidas alcoólicas seria transferido aos *Länder* no final do ano, uma vez descontadas certas somas: 130 milhões de marcos. Tais aportes, que, segundo o texto da Constituição, deveriam ingressar ‘no caixa do *Reich*’, na realidade eram feitos ‘através do caixa do *Reich*.’” (DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 41-42) Para comparação, eis o texto em espanhol: “Puede citarse, como ejemplo, la famosa Cláusula Frankenstein que quebrantó el principio fundamental de los artículos 38 y 70 de la antigua Constitución del *Reich*. Según estos artículos los ingresos aduaneros y determinados impuestos deberían atribuirse a la administración del *Reich*, enviándolos a la caja del *Reich* para la provisión de los gastos correspondientes. Si hubiera superávit los ingresos se atribuirían al año siguiente, en caso contrario los *Länder* estaban obligados, según su población a aprobarlos (*Matrikularbeiträge*). En consecuencia, las aportaciones de los Estados miembros eran instituciones facultativas y los ingresos pasarían a la caja del *Reich*. No obstante, mediante la cláusula Frankenstein, incluida en varias leyes fiscales, se acordó que el instituto de las aportaciones de las matrículas (*Matrikularbeiträge*) de los *Länder* se elevase al rango de institución permanente y el rendimiento de los ingresos por el tabaco y bebidas alcohólicas, se transfirió a los *Länder* al final del año una vez descontadas ciertas sumas: 130 millones de marcos. Tales aportaciones que según el texto de la Constitución deberían ingresarse ‘en la caja del *Reich*’, en realidad se hacía ‘a través de la caja del *Reich*.’”

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 45.

O artigo 4º da Constituição da Prússia de 5 de dezembro de 1848 estabelecia, também mais tarde em sua forma revisada de 31 de janeiro de 1850: “Todos os prussianos são iguais diante da lei. Não há privilégios estamentais nem de classes”. O texto da norma correspondia plenamente ao sentido originário da garantia da liberdade própria do individualismo do tempo sobre cuja vinculação jurídica direta não pode caber sérias dúvidas. Não obstante, na prática este preceito foi interpretado com muitas restrições, não tendo praticamente alcance jurídico: sustentou-se que o artigo citado expressava apenas “clara e explicitamente” um princípio já vigente que se estendeu somente às “relações político-civis em permitir sua aplicação imediata no direito privado”. A proibição do casamento entre os nobres e camponeses bem como com os cidadãos de classe inferior contida no *Allgemeinen Landrecht*, parágrafos, 30 a 33, 940, título 1, parte II/ALR, se a consideramos corretamente, de modo algum é congruente com o mencionado preceito constitucional; por conseguinte, continuou a prática apesar da garantia solene da igualdade diante da lei. Mediante a interpretação reiterada daquele preceito introduziu-se, do modo assinalado, uma diminuição de sua força efetiva e assim uma mutação constitucional⁴⁸¹.

Dessa forma, o que se infere da Constituição em um dado momento como direito já não o é posteriormente. Assim, escreve Hsü Dau-Lin que “a Constituição experimenta uma mutação quando suas normas recebem outro conteúdo, na medida em que seus preceitos regulam outras circunstâncias distintas daquelas antes imaginadas”⁴⁸².

⁴⁸¹ Tradução livre do texto em espanhol: “El artículo 4 de la Constitución de Prusia del 5 de diciembre de 1848 establecía, también más tarde en su forma revisada del 31 de enero de 1850: ‘Todos los prusianos son iguales ante la ley. No hay privilegios estamentales ni de rangos’. El texto de la norma correspondía plenamente al sentido originario de la garantía de la libertad propia del individualismo del tiempo sobre cuya vinculación jurídica directa no pueden caber serias dudas. No obstante, en la práctica, este precepto se interpretó con muchas restricciones, así que prácticamente no tuvo alcance jurídico: se sostuvo que el artículo citado expresaba sólo ‘clara y explícitamente’, un principio ya vigente que se extendió solamente a las ‘relaciones político-civiles sin permitir su aplicación inmediata al derecho privado’. La prohibición del matrimonio entre los nobles y campesinos así como con los ciudadanos de rango inferior contenida en el *Allgemeinen Landrecht* parágrafos 30 a 33, 940, título 1, parte II/ALR si la consideramos correctamente, en modo alguno es congruente con el mencionado precepto constitucional; por consiguiente continuó en la práctica pese a la garantía solemne de la igualdad ante la ley. Mediante la interpretación reiterada de aquel precepto se introdujo, del modo señalado, una disminución de su fuerza efectiva y así una mutación constitucional”. (DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 46)

⁴⁸² Para comparação, é apresentado o texto em espanhol: “La Constitución experimenta una mutación en tanto que sus normas reciben otro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas”. (DAU-LIN, Hsü. *Ibidem*, p. 45)

2.3 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.3.1 A superação da ideia de mutação constitucional como um problema

Na época em que Hsü Dau-Lin escreveu sua obra, havia diversas tentativas de explicar as mutações constitucionais, a partir de pontos de vista distintos. Algumas vezes, essas tentativas consistiam em importar conceitos gerados em outros sistemas políticos e aplicá-los diretamente no direito constitucional europeu continental. Enxergar a mutação constitucional como um problema é uma característica dos autores que identificam a existência de uma dissociação entre a norma e a realidade social. Para teóricos como Paul Laband e Georg Jellinek, “a mutação constitucional significa uma quebra do princípio positivista no âmbito das normas constitucionais.

Esta concepção resulta extremamente estreita para compreender o fenômeno das mutações constitucionais”⁴⁸³. Para Hsü Dau-Lin, as mutações constitucionais não devem gerar uma crise de convicção jurídica tal como ocorrem em Paul Laband e Georg Jellinek, mas o contrário, já que são parte do conceito de Constituição. Hsü Dau-Lin procura rebater algumas considerações em torno do tema: a visão das mutações constitucionais (*i*) como um problema – ponto de vista mantido tanto por Paul Laband quanto por Georg Jellinek –; (*ii*) como uma forma de direito consuetudinário; (*iii*) como regras convencionais; (*iv*) ou como simples supostos de fato que lesam a Constituição.

Hsü Dau-Lin critica a pretensão de reconduzir o problema da mutação constitucional ao conceito de costume, o que era feito, com frequência, pela doutrina francesa da época para explicar e para justificar as mudanças informais da Constituição.

⁴⁸³ Para cotejo, segue a lavra original: “la mutación constitucional significa una quiebra del principio positivista en el ámbito de las normas constitucionales. Esta concepción resulta demasiado estrecha para comprender el fenómeno de las mutaciones constitucionales”. (URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 130-131)

Consoante Hsü Dau-Lin, o tratamento da mutação constitucional como uma questão de direito consuetudinário explica-se pela transferência das categorias do direito privado para o âmbito do direito público que teve lugar na doutrina positivista alemã⁴⁸⁴. Para Hsü Dau-Lin,

a explicação das duas classes de mutação constitucional é idêntica: apóiam-se na peculiaridade axiológica do direito constitucional; na insuficiência das normas constitucionais diante das necessidades vitais do Estado, em sua normatização elástica, na natureza teleológica do Estado, na autogarantia da Constituição e na impossibilidade de fiscalizar os órgãos supremos do Estado⁴⁸⁵.

Hsü Dau-Lin também critica a tentativa de parte da doutrina de explicar as mutações constitucionais por meio da importação das *convenções constitucionais*, categoria utilizada no sistema inglês para descrever o direito constitucional não escrito. Para Hsü Dau-Lin, as convenções constitucionais não seriam aplicáveis no direito constitucional europeu continental, “porque partiam de premissas que se davam exclusivamente no sistema constitucional britânico. O mesmo ocorre com a utilização da categoria dos *Usages of the Constitution*, elaborada pela doutrina americana”⁴⁸⁶.

Outra forma de entender as mutações constitucionais era vê-las como lesões à Constituição. Conforme esclarece Hsü Dau-Lin, este era o ponto de vista adotado pela doutrina constitucional francesa, especialmente por Hauriou, que via as mutações constitucionais como *falseamentos da Constituição*, despojados de toda validade jurídica. Hsü Dau-Lin afasta a ideia de considerar a mutação constitucional como simples suposto de fato, pois a considera como um elemento de uma noção dinâmica de Constituição. Neste sentido, Ana Victoria Sánchez Urrutia esclarece que

⁴⁸⁴ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 131.

⁴⁸⁵ Tradução livre do texto em espanhol: “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”. (DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 176)

⁴⁸⁶ Segue o texto original, para confronto: “porque partía de premisas que se daban exclusivamente en el sistema constitucional británico. Lo mismo sucede con la utilización de la categoría de los *Usages of the Constitution* elaborada por la doctrina americana”. (URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. cit.*, p. 131. Nota 482)

“Hauriou explicava que ‘falseamentos da Constituição’ eram algumas práticas políticas surgidas durante a III República francesa, mas ele não deve, por isso, ser considerado como um autor ‘embebido de um positivismo místico’ como o concebe Hsü Dau-Lin”⁴⁸⁷. Hauriou defendia, junto com outros autores da época, a vigência consuetudinária da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Após ter examinado as distintas explicações acerca da mutação constitucional sob a perspectiva da teoria geral do direito, Hsü Dau-Lin afirma o seguinte:

A mutação constitucional não é quebrantamento da Constituição, nem simples regra convencional, mas sim direito. É direito, embora não concorde com o texto da lei; é direito, embora não possa ser compreendida e entendida mediante os conceitos e construções jurídicas formais. Seu funcionamento jurídico encontra-se na singularidade valorativa do direito constitucional; na chamada necessidade política; nas exigências e expressões da vitalidade que se realizam ao se desenvolver o Estado⁴⁸⁸.

A ideia central de Hsü Dau-Lin se traduz na necessidade de entender o sentido e a natureza da Constituição, a fim de se compreender a natureza da mutação constitucional. Tal mutação constitucional deve ser compreendida como produto da unidade de sentido que é o Estado e o caráter evolutivo de sua realidade vital⁴⁸⁹. Em virtude desta “necessidade de harmonizar a Constituição com o seu instante histórico, vale a pena repetir, o estabelecimento de uma Teoria da Constituição sensível ao dinamismo da vida em comunidade aparece como necessidade inevitável”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Tradução livre do texto original: “Hauriou se explicaba ‘falseamientos de la Constitución’ algunas prácticas políticas surgidas durante la III República francesa, pero no por ello se le debe considerar como un autor ‘embebido de un positivismo místico’ como lo hace Hsü Dau-Lin”. (URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 132)

⁴⁸⁸ Para comparação, é exibido o texto em espanhol: “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 constitucional; en la llamada necesidad política; en las exigencias y expresiones de la vitalidad que se realizan al desarrollarse el Estado”. (DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 166)

⁴⁸⁹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. cit.*, p. 132. Nota 485.

⁴⁹⁰ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 175.

2.3.2 A mutação constitucional como um meio legítimo de mudança informal da Constituição

Não há terminologia uniforme para se denominar o fenômeno das mudanças informais das constituições⁴⁹¹. Jorge Miranda utiliza o termo *vicissitude constitucional tácita*⁴⁹², como foi visto antes, enquanto José Joaquim Gomes Canotilho emprega a expressão *transição constitucional* para referir-se à “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”⁴⁹³.

No Brasil, a primeira monografia específica publicada a respeito das mudanças informais da Constituição coube, provavelmente, a Anna Candida da Cunha Ferraz, que utiliza as expressões *processos indiretos*, *processos não formais* ou *processos informais* “para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado”⁴⁹⁴.

Tais mudanças constitucionais verificam-se informalmente porque estão à margem do processo previsto expressamente na Constituição. Elas ocorrem de modo informal e difuso para atender à exigência de um exercício contínuo da tarefa de possibilitar a efetiva aplicação da Constituição existente.

A Constituição não é modificada apenas mediante emendas constitucionais, pois, além dos mecanismos formais de alteração do texto constitucional, que estão previstos nele próprio, evidenciam-se também modos informais de alteração nas constituições, em que é modificado o conteúdo efetivo do dispositivo constitucional, sem que venha a ser modificada sua disposição expressa. Assim, enquanto a reforma constitucional consiste na modificação dos textos constitucionais produzida

⁴⁹¹ “Chama-se pejorativamente de Poder Constituinte Evolutivo a mutação informal da Constituição”. (BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 77)

⁴⁹² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II, p. 132. Ver também – MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 389-390.

⁴⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1212.

⁴⁹⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 12.

por meio de ações voluntárias, a mutação constitucional opera-se modificando o sentido sem mudança do dispositivo, mediante fatos não acompanhados necessariamente de consciência de tais modificações.

Jean Gicquel e André Hauriou⁴⁹⁵ lecionam que a experiência política revela que a Constituição de um Estado pode ser modificada de maneira oblíqua ou oculta, à margem do poder reformador. Nesse sentido, Pedro de Vega escreve que as modificações informais do ordenamento constitucional são aquelas mudanças operadas neste sem seguir o procedimento mais agravado e difícil estabelecido para a reforma da Constituição⁴⁹⁶. Ou ainda, como diz Walber de Moura Agra, as “mutações constitucionais são as modificações operadas na Constituição, gradualmente no tempo, de modo informal, sem a necessidade da implementação de emendas ou revisão”⁴⁹⁷.

Assim, a mutação constitucional constitui um processo informal de alteração da Constituição, que cuida de sua atualização e concretização. Tal fenômeno possui a particularidade de não se encontrar expressamente prevista no próprio texto constitucional, diversamente do que ocorre com a reforma constitucional, que está prevista e há de processar-se nos exatos termos e limites expressos na Constituição.

As mudanças formais e informais convivem em um quadro de complementaridade e exclusão, como explica Pedro de Vega:

Mutação e reforma têm que aparecer como termos de certa maneira complementares e excludentes. Na medida em que um ordenamento vê-se submetido a reformas contínuas, a mutação deixará de ter sentido. E, ao contrário, na medida em que a reforma seja vista com receio e não se recorra a ela, proliferarão necessariamente como substitutas as mutações constitucionais⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ GICQUEL, Jean; HAURIUO, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1985, p. 280.

⁴⁹⁶ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 179.

⁴⁹⁷ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 116.

⁴⁹⁸ Tradução nossa do original em espanhol: “mutación y reforma tienen que aparecer como términos en cierta manera complementarios y excluyentes. En la medida en que un ordenamiento se vea sometido a reformas continuas, la mutación dejará de tener sentido. Y a la inversa, en la medida en que la reforma se contemple con recelo y no se recorra a ella, proliferarán ineluctablemente como

Anna Candida da Cunha Ferraz⁴⁹⁹ aponta como justificativa e fundamento jurídico das alterações constitucionais havidas mediante processos informais o *poder constituinte difuso*, expressão esta de Georges Burdeau. O poder constituinte difuso não está expressamente autorizado na Constituição. Surge porque a Constituição existe para ser aplicada e, para isto, deve acompanhar a evolução social. Também nesse sentido, escreve Néstor Pedro Sagüés que “o exegeta deve ler, entender e aplicar o texto constitucional – qualquer que seja a data de origem do documento – como se o fizesse o *constituinte atual*”⁵⁰⁰.

Não obstante, como visto no capítulo anterior, atualmente afastada do seu passado “preponderantemente político, a mutação constitucional passou a situar-se no âmbito da interpretação/concretização das normas constitucionais”⁵⁰¹. Ao contrário das soluções teóricas propostas no final do século XIX⁵⁰², quando a mutação constitucional era tida como resultado da incidência conformadora do fático sobre o jurídico, atualmente ela torna-se legítima na medida em que se mantém nos marcos normativos estabelecidos pela Constituição.

A mutação constitucional está ligada à ideia de Constituição dinâmica, pois a concretização normativa ocorre a partir de um processo de interação entre a realidade vivida e a Constituição. Esta “tem que se adequar às exigências da comunidade e, para cumprir esta finalidade, deve estar em simetria com o progresso social”⁵⁰³. O sentimento constitucional, presente em cada momento vivido, passa a permear a realização da Constituição, e a observância da vontade popular, neste processo, homenageia o princípio democrático.

sustitutivos las mutaciones constitucionales”. (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madri: Tecnos, 1999, p. 180-181)

⁴⁹⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

⁵⁰⁰ Tradução nossa do original em espanhol: “el exégeta debe leer, entender y aplicar el texto constitucional – cualquiera que sea la fecha de origen del documento – como si lo hiciera el *constituyente actual*”. (SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 46)

⁵⁰¹ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 175.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 190.

⁵⁰³ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 117.

A Constituição utiliza conceitos e refere-se a valores aos quais não podem ser atribuídos significados acabados, mas estes devem atualizar-se a cada momento de acordo com a evolução da sociedade. “A mutação é um fenômeno que ocorre inevitavelmente, desde que a Constituição existe para ser aplicada e que a sua aplicação não pode prescindir da realidade”⁵⁰⁴. Deste modo, a mutação constitucional cumpre um papel de grande relevância no processo de concretização constitucional, pois concilia “[...] a busca de sentido normativo (correspondência do texto constitucional com a realidade do caso concreto) com a segurança jurídica reclamada pelo Estado Constitucional”⁵⁰⁵.

Karl Larenz anota que é impossível determinar o momento preciso em que houve a mudança de sentido da norma, já que

O preciso momento em que deixou de ser “correta” é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efetuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um “tempo intermédio” podem ser “plausíveis” ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo⁵⁰⁶.

Assim, as mutações constitucionais “carecem de marco cronológico, nascem paulatinamente, de forma silenciosa, quase despercebida, espontânea, sem previsibilidade, só se fazendo sentir quando já estão com plena eficácia”⁵⁰⁷. Em razão dessas características, não operam rupturas ou tensões no ordenamento constitucional. Por vezes, ocorrem de forma inconsciente, ou seja, sem o conhecimento imediato da própria atividade. Tais mudanças, em geral, ocorrem lentamente e a sua percepção só se torna nítida quando o entendimento conferido às cláusulas constitucionais é comparado em momentos distintos e diante de conjunturas diversas.

Quanto a isso, Karl Loewenstein assegura que

⁵⁰⁴ ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n.35, abr.-jun., 2001. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2001, p. 201.

⁵⁰⁵ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 199.

⁵⁰⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 498-499.

⁵⁰⁷ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 16. Cf. também – AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 118.

Este tipo de mutação constitucional ocorre em todos os Estados dotados de uma Constituição escrita e são muito mais frequentes que as reformas constitucionais formais. Sua frequência e intensidade são de tal ordem que o texto constitucional em vigor será dominado e coberto por ditas mutações, sofrendo um considerável afastamento da realidade ou posto fora de vigor⁵⁰⁸.

Diferentemente da reforma, a mutação constitucional “não afeta o texto como tal – este fica inalterado –, senão a concretização do conteúdo das normas constitucionais”⁵⁰⁹. Na mutação, a norma constitucional modifica-se apesar da permanência do seu texto, pressupondo a não identificação entre a norma e o texto normativo. Tal mudança informal ocorre “mediante o desenvolvimento do significado, sentido e alcance do preceito constitucional no tempo e no espaço (em razão da evolução social), sem ferir a letra ou o espírito da Constituição rígida”⁵¹⁰.

O caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa⁵¹¹, com a Constituição assumindo significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes, não surgem de reformas constitucionais. Com efeito, a mutação constitucional propicia a alteração informal de uma norma da Constituição, ou seja, embora o texto permaneça o mesmo, o seu sentido (conteúdo) normativo assume uma nova roupagem.

As mutações constitucionais, portanto, convivem com o texto original e não ofendem a letra nem o espírito da Constituição, pois estão sujeitas a limites, a fim de que a vontade da Carta Magna não seja desvirtuada. Na mutação constitucional, ocorre uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que tal transformação seja atualizada no documento constitucional, isto é, o texto da Constituição permanece intacto. Dessa

⁵⁰⁸ Tradução nossa do texto em espanhol: “este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor”. (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 165)

⁵⁰⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 46.

⁵¹⁰ FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 65.

⁵¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53.

forma, a mutação constitucional subtrai do órgão reformador parte da responsabilidade pela evolução da Constituição, para atribuir a outras instâncias da práxis constitucional.

Deve ser ressaltada a importância dessa via informal de alteração da Constituição como meio capaz de assegurar a sua sintonia com a realidade, permitindo a sua evolução em harmonia com a sociedade. As mutações constitucionais devem ser admitidas e prestigiadas, pois permitem “a adequação do texto normativo à realidade social, mantendo, assim, a estabilidade institucional e da própria Constituição”⁵¹². Afinal, como as relações sociais são cambiantes, o conteúdo do direito também tem que mudar⁵¹³.

Em verdade, é preciso dizer ainda que as mutações normativas, ou seja, as mudanças do sentido dos enunciados, com a conservação da sua roupagem verbal, não configuram fenômenos exclusivos dos textos constitucionais⁵¹⁴, mas se trata de “tema pertencente aos preceitos jurídicos em geral”⁵¹⁵.

⁵¹² FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 65.

⁵¹³ CUEVA, Mario de la. **Teoría de la constitución**. Cidade do México: Porrúa, 2008, p. 92.

⁵¹⁴ A este respeito, Eros Roberto Grau dá um exemplo de mutação ocorrida no âmbito da lei penal: “Os textos de direito não veiculam enunciados semânticos cristalizados, congelados no tempo; esses enunciados passam por alterações decorrentes do evoluir da vida social, ainda que a sua redação (do texto) não sofra modificação. Exemplifico com matéria no âmbito da qual a *legalidade*, enquanto dever de estrito atendimento ao quanto enuncia a lei, manifesta-se de modo mais pronunciado: a matéria penal. Diz o art. 233 do Código Penal Brasileiro que comete crime quem pratica *ato obsceno* em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. Qual o significado veiculado pela expressão ‘ato obsceno’, termo do conceito de ato obsceno? Por certo que, na década dos 40, mulheres que fossem à piscina ou à praia vestindo as estreitas tiras de tecido que hoje cobrem seus corpos – quando o fazem – estariam praticando o delito tipificado no art. 233 do Código Penal; hoje, no entanto, conduta como tal não configura ilícito penal, senão – dir-se-á – agradável manifestação da evolução da moda feminina. Evoluiu a moda porque sofreram alteração os padrões culturais, e nessa alteração alterou-se também o conceito (mais correto dizer a *noção*) de ato obsceno; ou seja, outro, agora, à luz de renovados padrões culturais, é o significado veiculado pela expressão ‘ato obsceno’. Vale dizer, o evoluir da vida social, sem que a *redação do texto* tenha sofrido modificação, conduziu à enunciação de novo significado, de outra *norma*, distinta daquela produzível nos anos 40”. (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 128-129)

⁵¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129.

2.3.3 Alteração no âmbito normativo e mutação constitucional

A interpretação evolutiva ocorre quando se reconstrói o direito constitucional dinamicamente, na medida das exigências mutantes da realidade social. Roberto Baptista Dias da Silva esclarece que, “por meio da interpretação evolutiva, é possível manter a Constituição atual e viva, adaptando seu conteúdo a novas exigências e necessidades, sem contrariar o seu texto”⁵¹⁶. Isto ocorre porque o que é mais relevante não é a *occasio legis*, ou seja, a conjuntura em que editada a norma, mas sim a *ratio legis*, que é o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência. Para Luís Roberto Barroso, “este é o fundamento da chamada interpretação evolutiva”⁵¹⁷. No mesmo sentido, Riccardo Guastini expõe que

deve ser aplicada à Constituição uma interpretação chamada “evolutiva”, que consiste na atribuição ao texto de um significado diverso do “histórico” (diverso do significado que tinha no momento de sua criação), e também um significado sempre mutável, para dessa forma adaptar o conteúdo normativo às mutáveis exigências políticas e/ou sociais⁵¹⁸.

André Ramos Tavares declara que a interpretação evolutiva mostra-se adequada àquelas constituições que “contemplam em si finalidades distintas, absolutamente diversas. A preferência por uma ou outra não se encontra na Constituição, mas sim numa escolha que pertence ao momento histórico vivido”⁵¹⁹. É o que ocorre com a Constituição brasileira e com a maioria das constituições atuais. É possível, então, dizer que

a *interpretação evolutiva* é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes. Essa interpretação evolutiva se concretiza, muitas vezes, através de normas constitucionais que se utilizam de conceitos elásticos ou indeterminados, como os de autonomia, função social da

⁵¹⁶ SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de direito constitucional**. Barueri: Manole, 2007, p. 44.

⁵¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144.

⁵¹⁸ Tradução livre do texto em espanhol: “a la Constitución le debe ser aplicada una interpretación llamada ‘evolutiva’, que consiste en la atribución al texto constitucional de un significado diverso del ‘histórico’ (diverso del significado que tenía al momento de su creación), y también un significado siempre mudable, para de esta forma adaptar el contenido normativo a las mudables exigencia políticas y/o sociales”. (GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Trad. Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2001, p. 264)

⁵¹⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 86.

propriedade, redução das desigualdades etc., que podem assumir significados variados ao longo do tempo⁵²⁰.

Como foi visto no primeiro capítulo deste trabalho, as mutações constitucionais são mudanças ocorridas dentro da norma constitucional, uma vez que decorrem de alterações havidas no *âmbito normativo*, e este é um dos componentes daquela. Em outras palavras, as mutações constitucionais ocorrem em razão das mudanças ocorridas no *âmbito normativo*, pois este está sujeito às alterações que ocorrem com o passar do tempo e, com isso, os resultados da concretização da norma podem modificar-se.

Por isso, a mutação constitucional não significa uma “correção”, por parte do intérprete, de um entendimento anteriormente fixado, como leciona Gilmar Ferreira Mendes.

Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo⁵²¹.

⁵²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 145. Luís Roberto Barroso ainda diferencia *interpretação evolutiva* de *interpretação construtiva*: “A *interpretação construtiva* consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa. Já a *interpretação evolutiva* se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional. A diferença essencial entre uma e outra está em que, na interpretação construtiva, a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que, na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento”. E também dá um exemplo de interpretação construtiva: “da cláusula constitucional que assegura o direito de o preso permanecer calado (CF, art. 5º, LXIII) extraiu-se, por construção jurisprudencial, o direito à não auto-incriminação de qualquer acusado (e não apenas o preso), inclusive dos que prestam depoimento em Comissão Parlamentar de Inquérito, que não é sequer uma instância penal”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129-130) Ver também BARROSO, Luís Roberto. **Mutação constitucional**. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217-218.

⁵²¹ Voto proferido pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário RE nº 466.343. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, ainda não publicado.

De fato, “há de se assinalar que, em matéria de interpretação jurídica, inexistente a valência verdadeiro/falso, pertencente às ciências exatas. Ao contrário, o Direito é uma ciência convencional”⁵²², admitindo a mudança na sua própria interpretação, sem que isso implique considerar que, doravante, a interpretação anterior deva ser considerada falsa e a atual verdadeira. O que acontece é que “o enunciado normativo *E* que significava *S1*, no momento *M1*, adquire o significado *S2*, no momento (posterior) *M2*, em razão de circunstâncias externas ao próprio dispositivo, isto é, independentes de sua formulação (literalidade)”⁵²³.

Klaus Stern compreende a mutação constitucional tanto como um problema de interpretação quanto como um problema da relação de tensão entre a Constituição e a realidade. Para o autor alemão,

a mutação constitucional é considerada como o fenômeno mediante o qual se produz uma mudança na aplicação das normas constitucionais, de forma tal que as palavras do texto constitucional permanecem sem ser modificadas e lhes é atribuída pouco a pouco um sentido distinto daquele que lhes havia sido atribuído originariamente. Ou, dito de forma mais abreviada: mediante a mutação constitucional muda o sentido de uma norma constitucional sem que haja modificado o seu texto. A mutação constitucional é, pois, tanto um problema de interpretação, de natureza imanente da norma, como também um problema da relação de tensão entre o direito constitucional e a realidade constitucional⁵²⁴.

A este respeito, convém mencionar a mutação constitucional que se manifestou na revogação da Súmula nº 5 do Supremo Tribunal Federal, que estabelecia que “a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo”. Antes desta revogação, era possível ao Presidente da República sancionar projetos de lei, nascidos no Congresso Nacional com vício de iniciativa. Esta prática passou a não

⁵²² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 77-78.

⁵²³ LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, jan./mar., 2008, p. 228-229.

⁵²⁴ Para cotejo, é apresentado o texto em espanhol: “La mutación constitucional es considerada como el fenómeno tras el cual se produce un cambio en la aplicación de las normas constitucionales, de forma tal que a las palabras del texto constitucional que permanecen sin modificar se les atribuye poco a poco un sentido distinto del que se les había atribuido originariamente. O dicho con más brevedad: mediante la mutación constitucional cambia o sentido de una norma constitucional sin que haya cambiado su texto. La mutación constitucional es, pues, tanto un problema de interpretación, de naturaleza immanente a la norma, como también un problema de la relación de tensión entre el derecho constitucional y la realidad constitucional”. (STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 335)

mais ser aceita, “tendo em conta, entre outros elementos, o avanço no mecanismo de controle de constitucionalidade”⁵²⁵. De outra forma, uma mudança na realidade provocou a mutação constitucional.

Para Soraya Regina Gasparetto Lunardi e Dimitri Dimoulis, “não temos mutação constitucional quando um órgão decide mudar seu entendimento”, mas “só é razoável falar em mutação constitucional quando o intérprete reconhece que o anterior entendimento estava correto, mas deixou de sê-lo em virtude de mudanças ocorridas na sociedade”⁵²⁶.

A mutação constitucional modifica o conteúdo da Constituição em virtude de uma mudança do entendimento da sociedade em geral sobre um determinado assunto. Em outros termos, a mutação constitucional nada mais é do que a harmonia que deve existir entre a Constituição vigente e a sociedade vivente.

Assim, Soraya Regina Gasparetto Lunardi e Dimitri Dimoulis evidenciam que “a mudança social é imprescindível para a problemática da mutação constitucional”⁵²⁷, visto que pode tratar-se de elementos econômicos, de posicionamentos ideológicos em temas morais ou ainda de mudanças políticas.

Da mesma forma, Luís Roberto Barros anota que “a mutação constitucional é um fenômeno mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência, que pode dar-se por mera alteração do ponto de vista do julgador ou por mudança na composição do tribunal”⁵²⁸. Para este autor, o

novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder

⁵²⁵ ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. **Mudança constitucional: o Brasil pós-88**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 102.

⁵²⁶ LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, jan./mar., 2008, p. 228.

⁵²⁷ LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. *Ibidem*, p. 229.

⁵²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130. Ver também BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 218.

a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular⁵²⁹.

Todavia, pondo a salvo as práticas constitucionais, não se pode negar a existência de mudanças na interpretação da Constituição, mesmo sem haver mudanças na sociedade. Por vezes, a alteração do sentido da Constituição ocorre não como reflexo de mudanças havidas nos ideários sociais, mas sim advinda de pressões exercidas por determinados grupos⁵³⁰ – ainda que representativos de parcela da sociedade – e de interpretações administrativas, judiciais e legislativas descomprometidas com os anseios da sociedade.

É o que acontece quando há uma releitura da situação por parte do intérprete⁵³¹, e isso pode acontecer quando, *v.g.*, ocorre uma mudança na composição do tribunal constitucional ou ainda por mera mudança de convencimento do julgador. É claro que a renovação da composição do tribunal deveria refletir os novos tempos em que

⁵²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125-126. Ver também BARROSO, Luís Roberto. *Mutação constitucional*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 213.

⁵³⁰ Veja-se, por exemplo, a decisão tomada pelo presidente da Câmara dos Deputados perante o plenário daquela Casa Legislativa, no sentido de que o sobrestamento das deliberações legislativas previsto no artigo 62, § 2º, da CF somente se aplicaria aos projetos de lei ordinária cuja matéria possa ser objeto de medida provisória. Esta interpretação é completamente diversa da que se fez desde a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, que inseriu aquele referido dispositivo constitucional, com a seguinte redação: “Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”. O Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, indeferiu o pedido de medida cautelar no mandado de segurança MS 27.931-1/DF (j. 27/03/2009; não publicado até esta data), que visava a obstar esta decisão do presidente da Câmara dos Deputados.

⁵³¹ Pode-se dizer que é o que ocorreu na mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da competência para julgamento de *habeas corpus* contra ato de turma recursal dos Juizados Especiais. Até a Emenda Constitucional nº 22/1999, o Supremo Tribunal Federal julgava com base na antiga redação do artigo 102, I, “i”, do texto constitucional que estabelecia competência para processar e julgar “o *habeas corpus* quando o coator for paciente ou tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal”, sem mencionar que o Tribunal deveria ser superior. Após a referida Emenda Constitucional, a redação passou a prescrever que o STF teria competência para processar e julgar “o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior”. Mesmo com a nova redação dada em 1999, a Corte Suprema entendeu que continuaria com a competência, haja vista o silêncio do texto constitucional, chegando a editar, em 09/10/2003, a Súmula nº 690, de seguinte enunciado: “Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais”. Nesse sentido, ainda o julgamento do HC 83.228-8/MG (J. 01/08/2005, DJ 11/11/2005, Relator Min. Marco Aurélio). Todavia, no julgamento do HC-QO 86.009-5/DF (J. 29/08/2006, DJ 27/04/2007, Relator Min. Carlos Britto), o Supremo Tribunal Federal entendeu, diferentemente, que cabe aos Tribunais de Justiça estaduais processar e julgar *habeas corpus* contra atos de Turmas Recursais dos Juizados Especiais, pois isto seria mais coerente com o sistema judiciário brasileiro e não ocuparia o STF com crimes de pequeno potencial ofensivo.

vive a sociedade. Além disso, também seria saudável que o julgador mudasse o seu convencimento motivado pelo mesmo motivo, após uma melhor reflexão sobre a questão posta. Mas não é sempre isto que ocorre e, às vezes, a evolução jurisprudencial não representa o momento social vivido.

Ademais, como destaca Cristina Queiroz, existem casos em que a modificação do precedente decorre do “reconhecimento de que este havia se baseado em ‘erro’”. Não houve modificação das fontes, apenas se chegou à conclusão de que estas não eram as mais corretas. O Tribunal confessa ter incorrido em ‘erro jurídico’.”⁵³²

E não se pode deixar de registrar ainda a existência de casuísmos⁵³³, como expõe João Maurício Adeodato:

A estratégia política do Judiciário tem sido casuística, na medida em que as fundamentações têm variado a ponto de ser difícil seguir um vetor qualquer de racionalidade para a unificação da jurisprudência em geral, aí incluída a jurisdição constitucional⁵³⁴.

A interpretação legislativa efetivada pelos representantes políticos também deveria captar as mudanças de valores e pensamentos da sociedade, o mesmo deveria ocorrer com a interpretação administrativa. Entretanto, em alguns casos, existe intensa influência de grupos de pressão bem como acentuado confronto de interesses políticos.

⁵³² QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 214.

⁵³³ É imperioso reconhecer a existência de casos que se distinguem da formulação geral, como ocorre, *v.g.*, quando o Supremo Tribunal Federal supera a sua própria Súmula nº 691, que estabelece que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”. O Excelso Tribunal tem abrandado o seu teor “quando se afigure ilegalidade flagrante” (HC 89.681, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 21/11/2006, 1ª Turma, DJ de 02/02/2007), quando “o cerceio à liberdade de locomoção do paciente decorre de ilegalidade, ou de abuso de poder” (HC 94.132-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16/12/2008, 1ª Turma, DJ de 20/03/2009), havendo “flagrante constrangimento ilegal” (HC 95.674, Rel. Min. Eros Grau, j. 23/09/2008, DJ de 19/12/2008), “flagrante ilegalidade” (HC 94.387, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/11/2008, DJ de 06/02/2009), ou “ilegítimo cerceio à liberdade de locomoção” (HC 95.116, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03/02/2009, 1ª Turma, DJ de 06/03/2009). Não se trata de mudança de entendimento do STF, pois a Súmula nº 691 continua em vigor. Todavia, a fundamentação, para a sua superação – que se confunde com o próprio fundamento para a impetração do *habeas corpus* –, faz com que não se tenha previsibilidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca deste tema.

⁵³⁴ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: PIMENTEL JUNIOR, Paulo Gomes. **Direito constitucional em evolução**: perspectivas. Curitiba: Juruá, 2008, p. 122.

Diante das distintas possibilidades interpretativas, Nestor Pedro Sagüés dispõe acerca de uma tipologia própria:

Rotulamos *interpretação mutativa* a toda exegese que admita a mutação. Nela é factível distinguir: a) A *interpretação mutativa promotora da mutação*: É a que proporciona e programa uma “modificação indireta” da Constituição, mas sem que a mudança esteja assentada no direito espontâneo, parlamentar ou jurisprudencial constitucional. Aqui a interpretação funciona como *agente da mutação*, e é a típica *interpretação dinâmica*. b) A *interpretação mutativa que reconhece a mutação*: Neste caso, a interpretação limita-se a *constatar e recepcionar* uma mutação já operada pelo direito consuetudinário, parlamentar, jurisprudencial, etc.. Examinando as normas realmente vigentes, a interpretação mutativa que reconhece a mutação admite que haja outras vigências constitucionais além do texto da Constituição formal, e que elas importam uma mudança (não nas palavras, mas no conteúdo) dessa Constituição formal⁵³⁵.

De qualquer forma, não se quer dizer aqui que as mudanças de sentido da Constituição que não estejam acompanhando o desenvolvimento da realidade sejam – todas elas – inconstitucionais. Isto porque o âmbito da norma – que abrange as interferências provocadas na norma pela realidade – permite, em certos casos, o desenvolvimento de mais de um sentido para uma determinada disposição constitucional. O que não se pode permitir, todavia, é que os limites delineados no último capítulo deste trabalho sejam ultrapassados.

2.4 MEIOS DE REALIZAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os meios de realização da mutação constitucional devem ser estudados a partir da observação da experiência constitucional. Em razão da própria informalidade do processo, não se pode catalogar, com a pretensão de esgotar-se, um rol de todas as hipóteses em que as mutações constitucionais podem ocorrer. Entretanto, para os

⁵³⁵ Tradução livre do texto original em espanhol: “Rotulamos *interpretación mutativa* a toda aquella exégesis admisible de la mutación. En ella es factible distinguir: a) La *interpretación mutativa promotora de la mutación*: Es la que auspicia y programa una ‘modificación indirecta’ de la Constitución, sin que el cambio todavía se haya asentado en el derecho espontáneo, parlamentario o jurisprudencial constitucional. Aquí, la interpretación funciona como *agente de la mutación*, y es la típica *interpretación dinámica*. B) La *interpretación mutativa reconociente de la mutación*: En este caso, la interpretación se limita a *constatar y receptor* una mutación ya operada por el derecho consuetudinario, parlamentario, jurisprudencial, etc. Examinando las normas realmente vigentes, la interpretación mutativa que reconoce a la mutación admite que hay otras vigencias constitucionales, además del texto de la Constitución formal, y que ellas importan un cambio (no en las palabras, sí en el contenido) de esa Constitución formal”. (SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 44)

fins que aqui se pretendem alcançar, serão classificadas as mudanças informais da Constituição segundo, as vias em que ocorrem.

As vias informais de modificação da Constituição não têm recebido tratamento uniforme na doutrina. Para Uadi Lammêgo Bulos, a mutação constitucional pode ser ocasionada por interpretação, por construção judicial, por usos e costumes, por complementações legislativas, por práticas governamentais, legislativas e judiciárias, e ainda por influência dos grupos de pressão⁵³⁶.

Paolo Biscaretti di Ruffia anota que são meios informais de mudança da Constituição as leis ordinárias, os costumes, as decisões judiciais e, especificamente no Direito Constitucional italiano, as chamadas normas de correção constitucional. Neste sentido,

Importa sublinhar como frequentemente, mesmo não variando a letra escrita da Constituição, modifica-se sensivelmente a situação jurídica configurada pela mesma no sentido de que as leis ordinárias (no seu âmbito de validade), os costumes (enquanto idôneos para atuar em matéria constitucional), as sentenças da magistratura (sobretudo nos Estados anglo-saxões) e as regras de correção constitucional podem transformar, substancialmente, a realidade da vida constitucional, quando vem afirmado pelas mesmas normas constitucionais (fenômeno expressivamente definido pelos alemães com o termo *Verfassungswandlung*, no sentido de mudança de algum princípio do sistema constitucional vigente, em contraposição com a *Verfassungsänderung*, no sentido de revisão da letra escrita da Constituição)⁵³⁷.

⁵³⁶ Acerca dos grupos de pressão, Uadi Lammêgo Bulos anota que, “em certos momentos da vida constitucional dos Estados – influem no processo de mudança informal das constituições. Nas sociedades hodiernas, devido ao fato de refletirem a estrutura econômica, social, política, religiosa, cultural, são retratos fiéis das grandes paixões, provenientes de aspirações corporativas, que se desdobram em núcleos de configuração e finalidades inconfundíveis: associações, sindicatos, entidades de classe, partidos políticos, grupos artísticos, religiosos, filosóficos, organizações civis, militares, dentre outros. [...] Os grupos de pressão, portanto, que têm sido objeto de numerosos estudos e investigações, em todas as suas modalidades e técnicas de ação, afirmam-se como uma realidade inegável em nossos dias, independentemente de convicções pessoais e idiosincrasias. Basta ver o exemplo dos Estados Unidos, onde os *lobbies* funcionam como verdadeiras empresas especializadas, dotadas de imponentes escritórios, com organização e influências marcantes e cuja atividade é regulamentada em lei. [...] No Brasil, embora não esteja prevista na legislação, é manifesta a atividade dos grupos de pressão, não raro sob o impulso dos partidos políticos, das categorias profissionais, de trabalhadores ou de servidores públicos, das organizações econômicas, privadas e públicas, das instituições de classes liberais, militantes da defesa do meio ambiente, enfim, dos patronos de diferentes interesses, que agem, fortemente, em favor de teses e reivindicações”. (BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66-67)

⁵³⁷ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito constitucional**: instituições de direito público. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984, p. 233-234.

Já Paul Laband descreve os casos mais importantes de mutação constitucional no marco da Constituição do *Reich* e faz referência à transformação informal da Constituição do *Reich* por meio de três vias distintas: regulação por parte das leis do *Reich* de elementos centrais do Estado não previstos ou previstos, de maneira colateral, pela Constituição do *Reich*; modificação de elementos centrais do Estado por meio de leis do *Reich* que contradigam o conteúdo da Constituição e alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e de costumes dos poderes públicos⁵³⁸.

Walber de Moura Agra leciona que as mutações ocorrem de modo difuso, “não existindo um órgão próprio que tenha como função sua criação; podem ser oriundas da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, da influência dos grupos de pressão, dentre outros fatores”⁵³⁹.

Rodolfo Luis Vigo⁵⁴⁰ formula classificação acerca dos tipos de interpretação de acordo com os agentes ou sujeitos interpretativos: (i) *jurisdiccional ou judicial*: é aquela efetuada por órgãos judiciais; (ii) *legislativa*: contida em leis emanadas do Poder Legislativo; (iii) *administrativa*: concretizada em decretos, regulamentos, resoluções etc., emanados do Poder Executivo ou da Administração Pública; (iv) *consuetudinária*: levada a cabo pela sociedade através do costume jurídico; (v) *contratual, consensual ou comutativa*: plasmada em atos jurídicos acordados ou conferidos por pessoas jurídicas; (vi) *científica*: realizada por especialistas em seus trabalhos com pretensões de objetividade e de seguimento geral; (vii) *profissional ou advocatícia*: efetuada pelo profissional no interesse de uma das partes na prestação de consultoria ou no ajuizamento de uma ação.

Neste trabalho, as vias de realização das mutações constitucionais serão classificadas em quatro espécies, a seguir explanadas: (i) mutação constitucional por meio da interpretação legislativa, (ii) mutação constitucional por meio da

⁵³⁸ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr., 2000, p. 108.

⁵³⁹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 16.

⁵⁴⁰ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2004, p. 100-101.

interpretação administrativa, (iii) mutação constitucional por meio da interpretação judicial e (iv) mutação constitucional por meio das práticas constitucionais. Mas, antes, convém esclarecer a distinção entre a interpretação constitucional oficial e a não-oficial.

2.4.1 Interpretação constitucional oficial e interpretação constitucional não-oficial

As modificações informais da Constituição podem emanar de órgãos estatais ou não, pois há várias fontes possíveis de interpretação constitucional⁵⁴¹. A *interpretação constitucional oficial* ou *orgânica* é a modalidade que é desenvolvida por órgão que retira da própria Constituição a força para aplicá-la, o que se dá, *v.g.*, no desdobramento normativo dos princípios constitucionais e na decisão judicial que aplica o texto constitucional.

Já a *interpretação constitucional não-oficial* ou *inorgânica*, da qual a interpretação constitucional doutrinária é um exemplo, emana do trabalho dos juristas, “das pesquisas dos cientistas do direito, buscando tão-somente compreender o significado de uma norma ou de várias que participem da ordem constitucional, sem qualquer intuito de aplicá-las”⁵⁴². Não se pode desprezar a importância e a influência dos intérpretes não oficiais – juristas, grupos de pressão, opinião pública etc. –, que, muitas vezes, dão o fundamento necessário ou mesmo constituem a força motriz da mutação constitucional.

A importância da interpretação constitucional não-oficial é destacada por Peter Häberle, quando explica que a interpretação constitucional sempre foi vista como uma atividade *fechada*, da qual “tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional”. Mas a interpretação constitucional não pode ser vista como uma atividade *fechada*, mas sim como uma atividade *aberta*, na qual

⁵⁴¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madri: Civitas, 1985, p. 33.

⁵⁴² BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 132.

“todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade”⁵⁴³. Assim,

Na realidade, pode-se levantar a hipótese de que as normas jurídicas são construídas, concretizadas por todos os destinatários, todo o ambiente social que lhes determina o sentido, de forma plural, como quer Häberle, para quem não é possível estabelecer-se um *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Quando cumprem efetivamente um contrato, por exemplo, as partes com certeza concretizam normas jurídicas, sem intervenção do Judiciário⁵⁴⁴.

Esta interpretação *aberta* da Constituição pode ser exercida de muitas formas, a saber: audiências públicas, consultas públicas etc.⁵⁴⁵. Ainda representando esta tendência pluralística de interpretação, convém lembrar do *amicus curiae*⁵⁴⁶, que poderá ser admitido no processo de ação direta de inconstitucionalidade com o fito de prestar informações e trazer elementos de convencimento ao Supremo Tribunal Federal acerca de uma determinada controvérsia, o que, muitas vezes, influencia em sua decisão.

Como anota João Maurício Adeodato, “a concretização da norma jurídica não deve ser exclusivamente concentrada na autoridade estatal judicante, ainda que a importância do Judiciário venha crescendo com a complexidade social contemporânea”⁵⁴⁷. Apesar de não ser vinculante, a interpretação inorgânica é de grande importância no contexto da democracia, na medida em que “possibilita que a

⁵⁴³ 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, 2002, p. 13.

⁵⁴⁴ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: PIMENTEL JUNIOR, Paulo Gomes. **Direito constitucional em evolução**: perspectivas. Curitiba: Juruá, 2008, p. 121.

⁵⁴⁵ Para um melhor desenvolvimento do assunto, cf. PEDRA, Adriano Sant’Ana. A democracia que temos e a democracia que queremos: uma análise da democracia participativa na Constituição Cidadã. **Revista Estudos Jurídicos** – Revista da Procuradoria-Geral Federal junto à Universidade Federal Fluminense, Niterói, ano 3, n. 3, p. 147-160, jan./dez., 2006.

⁵⁴⁶ Cf. artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

⁵⁴⁷ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: PIMENTEL JUNIOR, Paulo Gomes. **Direito constitucional em evolução**: perspectivas. Curitiba: Juruá, 2008, p. 121.

sociedade em geral, por meio da influência e pressão exercida sobre os intérpretes orgânicos, participe, ainda que indiretamente, da interpretação constitucional”⁵⁴⁸.

Também é relevante o reflexo que a interpretação doutrinária⁵⁴⁹ produz nas modalidades de interpretação constitucional orgânica. Conforme anota Jean-Louis Bergel, “se a interpretação doutrinária orienta e inspira os poderes públicos, ela não tem efeito obrigatório nem a autoridade das interpretações oficiais”⁵⁵⁰. Sobre o tema, também escreve José Horácio Meirelles Teixeira:

A interpretação doutrinária contribui largamente para a modificação informal das Constituições rígidas, como das leis em geral. Trabalhando sobre os materiais fornecidos pela Constituição, pelas leis, pelos costumes, pela jurisprudência e por aqueles princípios não formulados – equidade, analogia, princípios gerais de direito, convicções sociais vigentes, valores, ideia de justiça –, os juristas sistematizam esse material, construindo teorias, dele extraindo novos significados, adaptando-os, também, à realidade concreta⁵⁵¹.

A doutrina desempenha um papel fundamental⁵⁵² e sua contribuição possui o mérito de não ser ditada por quaisquer interesses imediatistas e conjunturais e contribuem

⁵⁴⁸ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009, p. 134.

⁵⁴⁹ José Alfredo de Oliveira Baracho leciona que “a doutrina pode ser definida em dois sentidos complementares: como o conjunto de opiniões emitidas sobre o direito, por pessoas cuja função é estudá-lo, como os jurisconsultos ou juristas; ou o corpo de juristas, professores, consultores, doutores em direito, autores de teses ou monografias, advogados, magistrados, que expõem o direito positivo, dando sua opinião sobre a interpretação de uma lei sobre o valor de uma decisão da justiça”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 87)

⁵⁵⁰ Tradução nossa do texto original: “Si l’interprétation doctrinale oriente et inspire les pouvoirs publics, elle n’a pas d’effet obligatoire, ni l’autorité des interprétations officielles”. (BERGEL, Jean-Louis. **Méthodologie juridique**. Paris: PUF, 2001, p. 234)

⁵⁵¹ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 146.

⁵⁵² Apesar da importância do papel da doutrina, há pensamento diferente, como pode ser verificado no voto do ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrito: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém”. (Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial - AgReg em ERESF nº 279.889. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, Relator para o acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14/08/2002, DJ 07/04/2003)

para iluminar os caminhos dos intérpretes autorizados. Como acentua Celso Ribeiro Bastos, “os repertórios de doutrina tornam-se fonte útil ao operador do direito”⁵⁵³.

Uma distinção desta natureza também é feita por Hans Kelsen, que aparta *interpretação autêntica*⁵⁵⁴ e *interpretação não-autêntica*⁵⁵⁵. A primeira é “a interpretação do direito pelo órgão que o aplica” e a segunda é “a interpretação do direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”⁵⁵⁶. No tocante a isso,

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assume a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. [...] Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito⁵⁵⁷.

⁵⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 136.

⁵⁵⁴ A doutrina também utiliza a terminologia “autêntica” para identificar a interpretação que é realizada pelo próprio órgão do qual procede a disposição normativa a ser interpretada. Neste sentido, “Denomina-se autêntica a interpretação, quando emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara. Portanto, só uma Assembleia Constituinte fornece a exegese obrigatória do estatuto supremo; as Câmaras, a da lei em geral, e o Executivo, dos regulamentos, avisos, instruções e portarias. O regulamento pode esclarecer o sentido da lei e completá-lo; mas não tem o valor de interpretação autêntica a oferecida por aquele”. (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 71)

⁵⁵⁵ Riccardo Guastini expõe o que entende por *interpretação autêntica* da Constituição: (i) Em primeiro lugar, pode-se entender que a interpretação de um documento normativo é autêntica apenas se for realizada pelo mesmo órgão que aprovou o referido documento. (ii) Em segundo lugar, pode-se entender como autêntica a interpretação de um documento normativo, realizada através de um documento dotado do mesmo *nomen juris* que o documento interpretado. (iii) Em terceiro lugar, pode-se entender como autêntica a interpretação de um documento normativo, realizada através de um documento dotado da mesma “força” jurídica do documento interpretado. (iv) Em quarto lugar, pode-se considerar autêntica a interpretação de um documento normativo, realizada por um órgão que tenha a última palavra na matéria, ou seja, um órgão cuja interpretação não possa ser contraditada ou modificada por algum outro órgão e seja vinculante para todos. (GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Trad. Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2001, p. 260-261)

⁵⁵⁶ KELSEN. Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 388.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 394-395.

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, “são espécies da interpretação orgânica a interpretação constitucional legislativa, a judicial e a administrativa”⁵⁵⁸. Do mesmo modo, para Agassiz Almeida Filho, “de acordo com uma ótica tradicional, o processo de interpretação/concretização das normas constitucionais é deixado a cargo das instâncias legislativas, judiciais e administrativas”⁵⁵⁹.

A seguir serão analisados os meios de realização de mutação constitucional, começando pela interpretação constitucional orgânica, que tem como espécies a *interpretação constitucional legislativa*, a *interpretação constitucional administrativa* e a *interpretação constitucional judicial*. Na seqüência deste trabalho, serão analisadas as *prática constitucionais*.

2.4.2 Mutação constitucional por meio da interpretação legislativa

A *interpretação constitucional legislativa* é a atividade desenvolvida pelo órgão dotado de poder legiferante, 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”⁵⁶⁰.

A interpretação constitucional legislativa normalmente cabe ao Poder Legislativo e desenvolve-se por meio de leis de aplicação da Constituição. Mas se deve lembrar que, no Brasil, o chefe do Poder Executivo pode editar medidas provisórias⁵⁶¹ com força de lei (artigo 62 da Constituição Federal) e elaborar leis delegadas (artigo 68 da Constituição Federal). Além disso, o chefe do Poder Executivo também participa da interpretação legislativa, interferindo no processo legislativo, o que se dá pela

⁵⁵⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 54.

⁵⁵⁹ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 206.

⁵⁶⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. Cit.*, p. 65. Nota 556.

⁵⁶¹ Sobre a possibilidade de medidas provisórias também serem editadas pelos prefeitos e governadores, além do presidente da República, cf. PEDRA, Adriano Sant’Ana. Possibilidade de edição de medidas provisórias pelos municípios. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 91-99, out./dez., 2000. Belo Horizonte: Fórum.

iniciativa – que pode ser privativa ou concorrente⁵⁶² –, pela sanção, pelo veto e pela promulgação.

Pode haver hipóteses em que a lei fixa o conteúdo de uma norma constitucional, alterando-lhe o alcance⁵⁶³, “o sentido ou o significado, sem violar o seu texto. O resultado, assim, obtido configura *mutação constitucional*, identificada, portanto, a lei como uma das vias concretas de sua realização”⁵⁶⁴.

Haverá mutação constitucional por via legislativa quando, por ato normativo primário, procura-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo⁵⁶⁵.

Geralmente as normas constitucionais possuem uma relativa amplitude, “e as leis ordinárias que lhes dão ou devem dar precisão, muitas vezes pendem mais para um lado, ou para outro, pondo ênfase em pontos que a Constituição não expressava”⁵⁶⁶. A ocorrência de uma mutação constitucional mediante o exercício de atividade legiferante⁵⁶⁷ pode ser observada nas normas constitucionais de eficácia plena, nas de eficácia contida e também nas de eficácia limitada⁵⁶⁸.

⁵⁶² A iniciativa legislativa pode caber ainda a outros agentes.

⁵⁶³ Cf. a Lei nº 9.507/1997, que, em seu art. 7º, II, aumentou os casos de concessão de *habeas data* para também abarcar hipótese de “anotação nos assentamentos do interessado” (*habeas data* explicativo), embora a Constituição (artigo 5º, LXXII) só cuidasse expressamente da hipótese de “assegurar o conhecimento de informações” (*habeas data* cognitivo) e de “retificação de dados” (*habeas data* retificatório).

⁵⁶⁴ ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n.35, abr.-jun., 2001. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2001, p. 214.

⁵⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132. Ver também BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220.

⁵⁶⁶ ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. **Mudança constitucional: o Brasil pós-88**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 74.

⁵⁶⁷ DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 41.

⁵⁶⁸ A respeito desta classificação, cf. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 146. Além disso, “Como se sabe, nem todos os dispositivos da Constituição são auto-executáveis, isto é, aplicáveis por si mesmos, desde logo, mas ao contrário, grande número deles necessita da complementação da lei ordinária para sua aplicação. Daí reportar-se a Constituição, frequentemente, à lei ordinária, que deverá integrá-la, a fim de que tenha plena vigência”. Cf. também SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Segundo Pedro de Vega⁵⁶⁹, podem-se considerar três circunstâncias que colaboram para que as mutações constitucionais decorram de atos legislativos. Em primeiro lugar, muitas normas constitucionais exigem, para sua aplicação concreta, um desenvolvimento legislativo posterior. Essa eficácia diferida de certas normas constitucionais possibilita concretizações diversas e, assim, dá azo à mutação. Em segundo lugar, é preciso considerar que a Constituição é produto de consenso das distintas forças políticas que concorrem para a sua elaboração. Como resultado de pactos recíprocos, algumas das disposições constitucionais podem apresentar-se como ambíguas ou contraditórias entre si. Nestas hipóteses, um desenvolvimento legislativo que potencialize uma ou outra perspectiva proporcionará uma mutação constitucional de um sentido para outro. Por último, está o fato de que a própria Constituição, em diversas ocasiões, envia para a legislação posterior o desenvolvimento de seus próprios preceitos.

Embora se esteja aqui utilizando a expressão em seu sentido lato, convém registrar que a doutrina normalmente faz distinção entre *interpretação da Constituição* e *integração da Constituição*⁵⁷⁰, uma vez que

O constituinte deixou muitas das normas com conteúdo aberto, a ser criteriosamente preenchido pelo legislador ordinário. Neste sentido, *integração* é o processo normal de regulamentação da Constituição, por meio de sucessivas normas. Assim, na Constituição vários temas são deixados expressamente para o legislador ordinário regulá-los de acordo com as regras e princípios impostos pela Constituição, mas sempre atendendo à evolução sócio-histórica em curso. A integração aqui é concebida no sentido de uma íntima composição de duas vontades legislativas vocacionadas para incidirem no caso concreto. Trata-se da fusão de uma norma constitucional (de escalão superior) com uma norma infraconstitucional (de escalão inferior). Através da edição de uma lei ordinária há a composição da vontade constitucional e o preenchimento do então vazio semântico⁵⁷¹.

Assim, conforme leciona Celso Ribeiro Bastos, a *interpretação* ocorre dentro do campo normativo e cuida de “extrair a significação do preceito normativo diante de

⁵⁶⁹ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madri: Tecnos, 1999, p. 190-191.

⁵⁷⁰ Vale dizer que “a integração não se confunde com a interpretação”. (BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 80)

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 77.

uma hipótese por ele regulada. Já na *integração*, busca-se encontrar uma solução normativa para uma hipótese que não se encontra regulada pela lei”⁵⁷².

Jorge Miranda⁵⁷³ escreve que ocorrem *omissões legislativas* quando há situações *previstas* no programa ordenador global da Constituição, mas faltam as prescrições adequadas a uma imediata exequibilidade. As omissões podem ser especificamente declaradas pelos órgãos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, e a integração das omissões legislativas ocorre por meio da edição de lei. Além disso, a Constituição também apresenta *lacunas*, que são situações *não previstas*. Neste espaço, poderá o legislador atuar dentro da margem de liberdade que a Constituição lhe conferir.

Existem certas palavras inseridas no texto constitucional que já possuem um significado no senso comum das pessoas, como, *v.g.*, “consumidor”, mas isso não impede o legislador de interpretá-las. A Constituição brasileira estabelece que o “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (artigo 5º, XXXII), sendo que esta defesa também constitui um princípio da ordem econômica (artigo 170, V). O legislador, neste caso, ao realizar a interpretação de “consumidor”, conferiu-lhe um alcance maior do que aquele que lhe é atribuído lexicalmente⁵⁷⁴.

Todavia, há outros termos, como “arguição de descumprimento de preceito fundamental”⁵⁷⁵, que precisam ser interpretados pelo legislador – não necessariamente com exclusividade –, pois são termos novos que precisam ser construídos.

⁵⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 80.

⁵⁷³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II, p. 274.

⁵⁷⁴ Cf. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990: “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. [...] Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

⁵⁷⁵ A Lei nº 9.882/1999 dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, assim como o seu objeto. Cf. ainda Constituição Federal, artigo 102, § 1º: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Um exemplo tradicionalmente citado pela doutrina⁵⁷⁶ de mutação constitucional, por via legislativa, foi o advento do voto feminino. A Constituição Republicana de 1891, previa, em seu artigo 70, que seriam eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, excluindo expressamente os mendigos, os analfabetos, os praças de pré, os religiosos e os inelegíveis. Àquela época, entendia-se que, além dessas exclusões expressas no texto constitucional, também existia a exclusão das mulheres, uma vez que não foi aprovada qualquer das emendas, durante a constituinte, que lhe atribuíam o direito de voto político. Entretanto, em 1932, sem qualquer alteração na letra da Constituição, o voto feminino foi consagrado, por interpretação constitucional legislativa, por meio da edição do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 (Código Eleitoral).

Além desses casos citados, em diferentes ocasiões o legislador estadunidense promoveu mudanças constitucionais naquele país. Um bom exemplo é a legislação sobre os direitos cívicos dos anos sessenta, garantindo a não discriminação no voto, na educação, no emprego e no acesso a alojamentos públicos⁵⁷⁷. Dessa forma, uma mudança em favor dos *direitos civis*, também conhecida como “Segunda Reconstrução”⁵⁷⁸, foi implementada por meio da aprovação de um conjunto de leis ordinárias, ao longo da década de 1960, como o *Civil Rights Act* (1964), o *Voting Rights Act* (1965) e o *Fair Housing Act* (1968).

Ao dizer que se deve levar em consideração o direito infraconstitucional no momento de interpretar a Constituição, não se está propondo uma inversão de hierarquia entre a Constituição e a lei, mas o que se faz é reconhecer o legislador como intérprete da Constituição.

Apesar disso, não se pode olvidar que a interpretação legislativa está submetida ao controle judicial de constitucionalidade. “A interpretação legislativa das normas constitucionais nem sempre é definitiva, pois normalmente permite-se a revisão

⁵⁷⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 55.

⁵⁷⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.181.

⁵⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125. Ver também BARROSO, Luís Roberto. *Mutação constitucional*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 212-213.

judicial da constitucionalidade”⁵⁷⁹. A advertência também é feita por José Joaquim Gomes Canotilho.

Algumas concepções que defendem a ideia de constituição como *concentrado* de princípios, concretizados e desenvolvidos na legislação infraconstitucional, apontam para a necessidade da *interpretação da Constituição de acordo com as leis*, a fim de encontrar um mecanismo constitucional capaz de salvar a constituição em face da pressão sobre ela exercida pelas complexas e incessantemente mutáveis questões econômico-sociais. Esta *leitura da Constituição de baixo para cima*, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir à *derrocada* 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)⁵⁸⁰.

Esta interdependência entre o direito constitucional e o direito infraconstitucional também é afirmada por Konrad Hesse, segundo o qual a *interpretação da Constituição*, conforme a lei, interpretará a norma constitucional, dentro do possível, no sentido em que o legislador a tenha concretizado. “Daí que a interpretação, conforme as leis, seja, em seu efeito reflexo sobre a interpretação da Constituição, interpretação da Constituição conforme a lei”⁵⁸¹.

Assim, pode-se dizer que a caracterização do direito vigente como um sistema implica um duplo efeito. O primeiro, mais recente e menos difundido⁵⁸², é a *interpretação da Constituição conforme a lei*, que foi abordada neste tópico. O outro, mais tradicional e claramente assimilado pela doutrina e pela jurisprudência, é a *interpretação da lei conforme a Constituição*.

⁵⁷⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 62.

⁵⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1214.

⁵⁸¹ Tradução nossa do texto em espanhol: “De ahí que la interpretación conforme de las leyes sea, en su efecto reflejo sobre la interpretación de la Constitución, interpretación de la Constitución conforme a la ley”. (HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 34)

⁵⁸² VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2004, p. 126.

2.4.3 Mutação constitucional por meio da interpretação administrativa

A *interpretação constitucional administrativa* realiza-se mediante atos, pareceres⁵⁸³, resoluções ou disposições que não tenham por objetivo a elaboração de “leis integrativas ou complementares   Constituic o ou decisões jurisprudenciais visando à aplicação da Constituic o a casos concretos ou   declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos”⁵⁸⁴. Nesse sentido, são órgãos de interpretação constitucional administrativa o Poder Executivo, por excelência, e os demais poderes constituídos, quando exercem atribuic es de natureza administrativa conferidas pela Constituic o.

Vale dizer que a interpretação administrativa pode resultar de imposição direta ou indireta ao administrador. No primeiro caso, a atuação do administrador é determinada diretamente pela Constituic o, enquanto no segundo o administrador atua para integrar ou complementar uma norma legal, editada em razão de comando constitucional. “Como ato administrativo, deve obedecer ao princípio da legalidade, caso existente normatização legislativa complementar ou integrativa”⁵⁸⁵, e, em qualquer caso, deve obediência   Constituic o, nos elementos expressamente previstos, tais como competência, forma, conteúdo, finalidade e limites. Em outras palavras, a interpretação administrativa submete-se tanto ao controle judicial de constitucionalidade quanto ao de legalidade. Nesse sentido é a lavra de Celso Ribeiro Bastos:

Os  rg os administrativos também não deixam de realizar a interpretação da Carta Magna, seja na aplicação direta (concreta) do direito, seja por ocasião da criação de outras normas (como os decretos, regulamentos e

⁵⁸³ Ver, *v.g.*, a Lei complementar n  73/1993, que institui a lei org nica da Advocacia-Geral da União, *in verbis*: “[...] Art. 4  - São atribuic es do Advogado-Geral da União: [...] X - fixar a interpretação da Constituic o, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal; [...] Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.   1  O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. [...]”.

⁵⁸⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudanç a da Constituic o**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 148.

⁵⁸⁵ ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n.35. abr.-jun., 2001. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2001, p. 220.

portarias), com a particularidade, aqui mais intensa, de que estes atos se sujeitam ao crivo judicial do controle de constitucionalidade. É certo, porém, que a atuação administrativa sofre um cerceamento, resultante da aplicação do princípio da legalidade. A interpretação a que procede é, portanto, muito minguada, por força da necessidade de haver lei para que o Poder Público possa atuar⁵⁸⁶.

A interpretação constitucional administrativa reveste-se de grande complexidade quando analisada genericamente. Isto porque, em razão das características do Direito Administrativo, verifica-se que adquire notas bem peculiares em cada ordenamento jurídico. A interpretação constitucional administrativa atuará como processo de mutação constitucional sempre que estender ou restringir o significado e o sentido da Constituição⁵⁸⁷. Observe-se que a inércia do intérprete constitucional administrativo é bastante significativa, tanto quando lhe cumpre integrar a eficácia da norma constitucional diretamente, como quando deve fazê-lo indiretamente.

Toda interpretação constitucional administrativa visa à aplicação mediata ou imediata de uma norma constitucional. Convém mencionar que a interpretação constitucional administrativa abrange também os atos administrativos qualificados de políticos, isto é, atos administrativos que tenham finalidade política. José Afonso da Silva⁵⁸⁸, analisando a aplicabilidade das disposições da Constituição brasileira, registra, dentre os meios de integração da eficácia das suas normas, atos administrativos de finalidade administrativa ou política.

⁵⁸⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 132.

⁵⁸⁷ “É possível despreender-se, também, a importância da interpretação constitucional administrativa, como processo de mutação constitucional, se a questão for examinada sob outro ângulo, ou seja, quando se analisa a interpretação como condição prévia para a positivação de atos administrativos ou de finalidade política ou atos de governo. Os poderes públicos podem receber da Constituição competência para atuar e aplicar a norma constitucional direta ou indiretamente, tanto praticando atos administrativos em sentido estrito, como atos administrativos de finalidade política. Exemplifique-se. A nomeação de Ministro de uma Corte Suprema da Justiça, escolhido por critérios subjetivos do Chefe do Poder Executivo, pode influir na interpretação constitucional judicial. Indiretamente, portanto, o Poder Executivo torna-se, pela atuação livre da norma constitucional, veículo de outro processo de mutação constitucional”. (FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 163)

⁵⁸⁸ “A Constituição menciona, como meios de integração da eficácia de suas normas, meios de aplicabilidade de normas de eficácia limitada: [...] f) decreto do Executivo Federal, como para a aplicação das normas sobre a intervenção nos Estados (art. 36, §1º), alteração das alíquotas ou das bases de cálculos dos impostos previstos no art. 153, I, II e IV, e §1º, aplicação das normas sobre o estado de defesa (art. 136) e o estado de sítio (arts. 137, parágrafo único, e 138); também certas normas programáticas podem ser atuadas por atos do Executivo, como, por exemplo, a proteção à cultura e incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa e a capacitação tecnológica (arts. 215; 216, §1º; 218); g) resoluções do Senado Federal, como certos limites à autonomia tributária e financeira dos Estados (arts. 155, §1º, IV, e §2º, IV e V)”. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 227)

Nos termos da classificação que aqui se desenvolve, também será tomada, dentro da categoria de interpretação administrativa, a manifestação da Justiça Eleitoral a respeito de consulta que lhe seja formulada. A resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral a uma consulta representa a exteriorização do seu entendimento, em tese, sobre matéria eleitoral, provocada por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político (artigo 23, XII, do Código Eleitoral). Não se trata propriamente de uma decisão, nem envolve julgamento de litígio eleitoral, mas dúvida suscitada pelo consulente. Dessa forma, a resposta do Tribunal Superior Eleitoral a consulta eleitoral “não tem natureza jurisdicional nem efeito vinculante”⁵⁸⁹ e também “não possui a natureza de atos normativos”⁵⁹⁰. Convém assinalar que as consultas não têm efeito vinculante nem para o tribunal consultado nem para os órgãos hierarquicamente inferiores da Justiça Eleitoral.

Considerando a especificidade dos tribunais eleitorais, mormente porque seus membros exercem suas funções por tempo certo, não é de se estranhar que haja renovação da pergunta – e até mesmo mudança na resposta –, tendo em vista que a resposta do Tribunal Superior Eleitoral não constitui coisa julgada⁵⁹¹.

Um exemplo de interpretação da Constituição feita pelo Tribunal Superior Eleitoral ocorreu em 27 de março de 2007, quando este Tribunal decidiu, em resposta à Consulta nº 1.398, que os partidos e as coligações partidárias conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional⁵⁹² (deputados federais, deputados estaduais e vereadores)⁵⁹³, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou

⁵⁸⁹ Mandado de Segurança MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04/10/2007, Plenário, DJ de 03/10/2008. No mesmo sentido: Mandado de Segurança MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, j. 04/10/2007, Plenário, DJ de 17/10/2008; Mandado de Segurança MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/10/2007, DJ de 19/12/2008.

⁵⁹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIn 1.805-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 26/03/1998, DJ de 14/11/2003.

⁵⁹¹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 207-249, abr./jun., 2008, p. 230-231.

⁵⁹² PEDRA, Adriano Sant’Ana. Fidelidade partidária. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 01 abr. 2007.

⁵⁹³ Na Consulta nº 1.407 (relator ministro Carlos Ayres Britto), o Tribunal Superior Eleitoral estendeu a perda do mandato por infidelidade para os exercentes de cargos majoritários, o que não é objeto de análise deste estudo.

de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda⁵⁹⁴. Esta decisão promoveu uma mudança de entendimento sobre o assunto⁵⁹⁵, o que foi confirmado, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁹⁶.

Outro exemplo de interpretação constitucional feita pelo Tribunal Superior Eleitoral foi o estabelecimento da verticalização das alianças partidárias⁵⁹⁷. A regra da verticalização surgiu, no Brasil, em 2002, restando poucos meses para as eleições, por meio de uma interpretação que o Tribunal Superior Eleitoral⁵⁹⁸ fez da Constituição⁵⁹⁹. Como os partidos políticos têm caráter nacional (artigo 17, I, CF), só seria possível haver coligações nos diferentes Estados⁶⁰⁰ com aquelas agremiações partidárias que também participassem de sua aliança nas eleições para a Presidência da República. Os partidos não seriam obrigados a se coligarem nos Estados, repetindo a coligação do pleito presidencial, mas não poderiam integrar coligações de que também participassem adversários nacionais.

O TSE entendeu ainda que o partido político sem candidato à Presidência da República estaria livre para se coligar nos diversos Estados, inclusive com partidos diferentes que tivessem candidatos próprios à Presidente da República. “Alianças de momento, inconsistentes e oportunistas, acabaram por ser viabilizadas na visão do TSE, desde que o partido interessado não tivesse candidato à Presidência da República”⁶⁰¹.

Várias críticas foram apresentadas à verticalização, tais como: i) a ausência de simetria e mesmo congruência nas coligações seria uma decorrência da autonomia partidária, e isto não feriria o caráter nacional dos partidos políticos; ii) a

⁵⁹⁴ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reforma política: compromissos e desafios da democracia brasileira. In: _____ (org.). **Arquivos de direito público**. São Paulo: Método, 2007, p. 19.

⁵⁹⁵ *Idem*. A questão do troca-troca partidário. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 23 jul. 2008.

⁵⁹⁶ Mandado de Segurança MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04/10/2007, Plenário, DJ de 03/10/2008. No mesmo sentido: Mandado de Segurança MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, j. 04/10/2007, Plenário, DJ de 17/10/2008; Mandado de Segurança MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/10/2007, DJ de 19/12/2008.

⁵⁹⁷ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reforma política: compromissos e desafios da democracia brasileira. In: _____ (org.). **Arquivos de direito público**. São Paulo: Método, 2007, p. 19.

⁵⁹⁸ A verticalização nasceu com a Consulta nº 715 do TSE, que originou a Resolução nº 21.002/02.

⁵⁹⁹ E também do artigo 6º da Lei nº 9.504/1997.

⁶⁰⁰ Não é demais lembrar que as eleições municipais ocorrem em momentos distintos.

⁶⁰¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 730.

verticalização violaria o pacto federativo, pois o quadro partidário deve refletir as especificidades regionais do país; *iii*) o fundamento da verticalização repousaria sobre um dado acidental do sistema eleitoral brasileiro, que é a realização das eleições presidencial, federais e estaduais na mesma data; *iv*) a verticalização não impediria que os partidos políticos que não estivessem disputando o cargo de Presidente da República se coligassem das mais diversas formas nos Estados⁶⁰².

Contudo, a Emenda Constitucional nº 52, de 08 de março de 2006, pôs fim à obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias, assegurando a possibilidade de coligações assimétricas entre o pleito presidencial e os demais pleitos federais e estaduais.

A referida Emenda Constitucional nº 52/2006 levantou muitas discussões a respeito da possibilidade de sua aplicação já nas eleições de outubro de 2006, pois não obedeceria ao princípio da anualidade (ou anterioridade) eleitoral. O artigo 16 da Constituição Federal estabelece que a norma que alterar o processo eleitoral não poderá ser aplicada à eleição que ocorrer até um ano da data de sua vigência. Isto assegura ao cidadão o direito de conhecer, com antecedência, as regras que estarão em vigor na eleição seguinte, preservando, assim, a segurança jurídica. Esta norma constitucional tem o objetivo de evitar a deformação do processo eleitoral por meio de mudanças casuisticamente nele introduzidas, aptas a romper a igualdade de participação dos candidatos e dos partidos políticos.

A EC nº 52/2006 encontrou aí um obstáculo, porque não é possível a deliberação de uma proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais (artigo 60, §4º, IV, CF). Os direitos individuais constituem direitos de resistência e de oposição perante o Estado, protegendo o indivíduo em relação a este e limitando o seu poder. Neste contexto, o artigo 16 da Constituição está protegido como cláusula pétrea e não pode ser afastado nem mesmo por emenda constitucional⁶⁰³. Esta tese, defendida à época⁶⁰⁴, foi confirmada pelo Supremo

⁶⁰² BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 3, jul.-set., 2006. Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais – IDEIAS. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 352-353.

⁶⁰³ PEDRA, Adriano Sant'Ana. Eleições e casuísmo. **A Gazeta**, Vitória, 07 out. 2005.

⁶⁰⁴ *Idem*. A agonizante verticalização. **A Gazeta**, Vitória, 13 mar. 2006.

Tribunal Federal⁶⁰⁵, que proclamou a inconstitucionalidade parcial da EC nº 52/2006 e realizou uma interpretação conforme a Constituição. O STF manteve a verticalização para as eleições de 2006, aplicando a norma da EC nº 52/2006 para o pleito de 2010 e declarando a inconstitucionalidade da inusitada expressão “aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002” (artigo 2º da EC nº 52/2006)⁶⁰⁶.

O curioso é que esta segurança jurídica, proporcionada pelo princípio da anualidade (ou anterioridade) eleitoral, não foi assegurada quando houve a mudança nas “regras do jogo” proporcionada pela interpretação constitucional feita pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Veja-se outro exemplo. “No plano da interpretação administrativa, mutação constitucional igualmente emblemática materializou-se na Resolução nº 7, de 14 de novembro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça⁶⁰⁷. A Constituição Federal atribuiu competência ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o controle da atuação administrativa do Poder Judiciário, cabendo-lhe zelar pela observância dos princípios da moralidade e da impessoalidade, dentre outros, apreciando a juridicidade dos atos administrativos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias (artigo 103-B, §4º, II, CF)⁶⁰⁸. Em razão disso, o CNJ editou a referida resolução considerando ilegítima a investidura de parentes de magistrados, até o terceiro grau, em cargos em comissão e em funções gratificadas da estrutura do Poder Judiciário, além de determinar a exoneração daqueles que estivessem nas situações vedadas. Posteriormente, esta resolução foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁰⁹. “O nepotismo, na hipótese aqui descrita, constituía prática centenária, corriqueira e socialmente tolerada, que se viu proscrita, retroativamente, por uma

⁶⁰⁵ ADIn nº 3685, em 22 de março de 2006.

⁶⁰⁶ Para André Ramos Tavares, o STF deveria “fulminar a totalidade da EC n. 52/2006, e não apenas uma específica aplicação temporal nela contida”. (TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 733)

⁶⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131-132. Ver também BARROSO, Luís Roberto. *Mutação constitucional*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.

⁶⁰⁸ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Coibição aos desmandos. **A Gazeta**, Vitória, 12 fev. 2006.

⁶⁰⁹ Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC-MC 12/DF, Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Carlos Ayres Britto, j. 16/02/2006, DJ 01/09/2006.

clara mudança na valoração do significado dos princípios da impessoalidade e da moralidade”⁶¹⁰.

2.4.4 Mutação constitucional por meio da interpretação judicial

A *interpretação constitucional judicial*   aquela desenvolvida pelo Poder Judiciário. Haverá mutação constitucional por meio da interpretação judicial “quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do direito”⁶¹¹.

Neste sentido, a interpretação constitucional judicial revela-se nas decisões que aplicam a Constituição, o que pode ocorrer tanto mediante a aplicação pura e simples da norma constitucional para resolver a lide em um caso concreto, como nos casos em que o exercício da função jurisdicional visa ao controle abstrato de constitucionalidade de leis ou de atos normativos.

Algumas constituições reconhecem expressamente aos tribunais a missão de intérprete da Constituição, enquanto que, em outras, esta tarefa decorre implicitamente da natureza da função judicial.

⁶¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131-132. Ver também BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 130. Ver também BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 218. E complementa o autor – “A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade”. (*Ibidem*, p. 136). Ver também BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

A interpretação judicial é considerada por Uadi Lammêgo Bulos⁶¹² a mais importante entre as modalidades de interpretação constitucional orgânica, em razão da grande repercussão das decisões judiciais, bem como das características que a circunscreve, como a definitividade. No mesmo sentido, Philipp Heck destaca a importância desta interpretação, pois “O direito realmente importante para a vida é aquele que se realiza na sentença judicial. O direito legislado não logra o poder autoritário que dá ao direito seu valor a não ser por meio da sentença do juiz”⁶¹³.

Não se poderia deixar de fazer, neste ponto, uma breve consideração acerca da *construção constitucional*, importante técnica que permite que a Suprema Corte norte-americana construa o próprio direito, em determinadas circunstâncias de premência e de necessidade, a fim de suprir as deficiências ou as imperfeições do ordenamento jurídico.

Duas correntes formam-se em torno da *construction*: uma considerando que ela é distinta da interpretação e outra entendendo que aquela é espécie desta. Uadi Lammêgo Bulos⁶¹⁴ distingue *construção* de *interpretação*, pois, enquanto a primeira retiraria conclusões por meio de elementos já existentes, dados e indicados pela linguagem empregada, a segunda prestar-se-ia a “descobrir” o sentido da própria linguagem, das palavras ou dos símbolos. José Horácio Meirelles Teixeira⁶¹⁵, entretanto, considera a construção como uma modalidade de interpretação, ressaltando que não há motivo para distinção entre construção e interpretação constitucional, porque,

⁶¹² Uadi Lammêgo Bulos destaca os seguintes caracteres da interpretação constitucional judicial: “a) obrigatoriedade – a interpretação constitucional judicial é obrigatória, porque o Magistrado não poderá furtar-se à missão de julgar litígios, e.g., no papel do controle de constitucionalidade das leis e, também, do controle de constitucionalidade da atuação do legislador ordinário, que interpreta de igual modo o Texto Maior, para elaborar as leis de aplicação constitucional; b) primariedade – tal modalidade de interpretação ocorre por provocação, dada a máxima *nemo iudex sine actore*, implicando dizer que ela é realizada através do processo judicial; e c) definitiva – essa característica é própria das Cortes Constitucionais, que possuem autoridade final para decidir litígios, dando a última palavra sobre a matéria submetida a seu crivo”. (BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 133)

⁶¹³ Tradução livre do texto em espanhol: “El derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial. El derecho legal no consigue el poder autoritario que da al derecho su valor sino por medio de la sentencia del juez”. (HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Trad. Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999, p. 26)

⁶¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. Cit.*, p. 141. Nota 610.

⁶¹⁵ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 271.

na verdade, toda autêntica, verdadeira interpretação, é construção, pois o intérprete não pode jamais ater-se exclusivamente ao texto, à letra da lei, isolando-a de outras partes do ordenamento jurídico, dos princípios e valores superiores da Justiça e da Moral, da ordem natural das coisas, das contingências históricas, da evolução e das necessidades sociais, da vida, enfim.

Esta é a concepção adotada neste trabalho. Também não faz distinção entre construção e interpretação, Anna Candida da Cunha Ferraz⁶¹⁶ a qual entende que “a interpretação constitucional é gênero do qual ambas são espécies, que se distinguem particularmente pelos elementos ou critérios interpretativos que adotam e pelos resultados finais alcançados”.

São múltiplos os exemplos de intervenção da Corte Suprema dos Estados Unidos, no que diz respeito à promoção dos direitos humanos. A Corte estadunidense, de maneira bem desembaraçada, não hesita em construir o direito, especialmente quando se trata de um caso concernente aos direitos fundamentais.

Merece, a este respeito, ser citada a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roe versus Wade*, em 1973, que reconhece, pela primeira vez, um direito constitucional ao aborto, o que provocou uma crise na identidade constitucional⁶¹⁷ dos americanos. Referida decisão envolveu construção judicial criativa, pois nem o texto da Constituição nem a jurisprudência da Suprema Corte previamente articulada poderiam ser razoavelmente considerados como impositivos ou como impeditivos da decisão tomada pela Corte.

Também pode ser trazido o importante exemplo que pode ser extraído do julgamento do caso *Texas versus Gregory Lee Johnson*, em 21 de março de 1989, no qual foi dada ampla significação à Emenda I, alargando o significado de “livre expressão” para admiti-la mesmo quando ofensiva. Gregory Lee Johnson queimou a bandeira norte-americana durante um protesto político em 22 de agosto de 1984, por ocasião da convenção do Partido Republicano em Dallas. Por tal ato de “profanação

⁶¹⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 47-48.

⁶¹⁷ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 44-45.

de um objeto venerado”, como é considerada a referida flâmula, foi condenado a um ano de prisão e multa de dois mil dólares, na forma da lei do Estado do Texas.

Diante da decisão, recorreu à Corte de Apelação estadual que manteve a condenação, mas conseguiu da *Texas Court of Criminal Appeals*, a mais alta corte estadual, a revogação por maioria (5x4) da condenação, por entender a lei texana inconstitucional. O Estado recorreu, então, desta decisão para a Suprema Corte. No julgamento, os juízes William H. Rehnquist (presidente), Harry A. Blackmun, William J. Brennan Jr., Anthony Kennedy, Thurgood Marshall, Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia, John Paul Stevens e Byron R. White, por maioria (5x4), declararam a inconstitucionalidade da lei texana, seguindo a tradição da Corte de entender que a Emenda I deve proteger todas as manifestações de dissidência política.

Graças à construção judicial, a Constituição norte-mericana deu abrigo a novas doutrinas, novos princípios, permitindo verdadeiras mudanças sem qualquer alteração do texto constitucional, o que levou Charles Evans Hughes, então Presidente da Corte Suprema norte-americana, a afirmar, enfaticamente: “A Constituição é o que os juízes dizem que ela é”⁶¹⁸. Foi mediante interpretação que o devido processo legal (*due process of law*), como garantia de um processo justo, ampliou-se para a admissão do *substantive due process*, garantidor do exercício pleno no direito à vida, à liberdade e à propriedade. Assim, não está a cláusula do *due process of law* a indicar apenas a tutela processual⁶¹⁹.

A Suprema Corte norte-americana pratica permanentemente atos integrativos da Constituição, em processos informais de mudança, adaptando-a às manifestações das forças reais de poder, contornando, assim, a rigidez do processo formal estabelecido no artigo V do seu texto⁶²⁰.

Por meio da *construction*, a Constituição dos Estados Unidos da América não ficou engessada, mas aderiu à evolução política e social e com ela evoluiu. A mais

⁶¹⁸ Cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 135. “The Constitution is what the judges say it is”.

⁶¹⁹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 247, p. 13-30, jan./abr. 2008, p. 22-23.

⁶²⁰ BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 84-85.

conhecida competência constitucional não escrita nos Estados Unidos “é, sem dúvida, o próprio ‘direito judicial de controle’ (*judicial review*), que não se encontrava como tal *explicitamente* consignado na Constituição Federal de 1787”⁶²¹.

No caso *William Marbury versus James Madison*⁶²², julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no ano de 1803, o *Chief Justice* John Marshall consagrou o controle difuso de constitucionalidade ao reconhecer a superioridade hierárquica da Constituição em relação às leis e declarar nulas as resoluções legislativas incompatíveis com a Constituição. “O caso *Marbury vs. Madison* é emblemático. Nele verificamos a autocriação da própria competência de decidir sobre a constitucionalidade de leis federais”⁶²³.

A este respeito, Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi explicam que, do ponto de vista teórico, “a configuração das regras do processo objetivo pode se dar mediante o fenômeno que propomos denominar de *autocriação* e o fenômeno da *hetero-referência* que pode ser *típica* ou *atípica*”⁶²⁴. E prosseguem explicando que se tem *autocriação* de uma regra processual quando certa autoridade estatal “estabelece normas e padrões que ela mesma deve seguir. No decorrer do tempo, tais normas e padrões se consolidam e formam uma tradição ou costume que a mesma autoridade reconhece como juridicamente vinculante”⁶²⁵. A *hetero-referência típica* ocorre nos

casos em que certa autoridade reconhece e aplica regras criadas por vontade alheia. A hetero-referência está fortemente presente no direito

⁶²¹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 116.

⁶²² “Na sessão de fevereiro de 1803, William Marbury, por seu advogado, requereu ao Supremo Tribunal a notificação de James Madison, Secretário de Estado dos Estados Unidos, para embargar a expedição de um *mandamus* em que o Tribunal lhe ordenaria entregar ao dito Marbury a sua comissão de juiz de paz para o Distrito de Columbia. Em confirmação desse requerimento, mostravam-se certificados de que John Adams, último Presidente dos Estados Unidos, propôs Marbury ao Senado para ser nomeado juiz de paz deste Distrito; que o Senado aprovou tal nomeação; que, em consequência disso, a comissão foi lavrada, subscrita pelo presidente e selada com o selo dos Estados Unidos; mas que o Sr. Madison não quis entregá-la, a despeito de já estar assim subscrita e selada”. (MARSHALL, John. **Decisões constitucionais**. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 1-2)

⁶²³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões do processo objetivo. Autocriação e hetero-referência como meios de configuração do processo constitucional nas duas décadas da Constituição Federal de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 145.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 145.

processual, pois as autoridades do Poder Judiciário normalmente aplicam as normas contidas nos Códigos e nas leis processuais, havendo pouco espaço para inovações e atuação ‘criativa’. [...] As autoridades do Poder Judiciário decidem a quais regras se submeterão, atribuindo-lhes caráter vinculante⁶²⁶.

Cumpram-se também que a *hetero-referência atípica* ocorre em hipóteses nas quais, após uma primeira cristalização das regras do processo objetivo, “o tribunal constitucional introduz, em sua prática processual, elementos oriundos de outros ramos do direito processual, *subjetivando* o processo objetivo e submetendo-o a regras que não lhe são próprias”⁶²⁷.

No Brasil, entretanto, a experiência constitucional mostra que a *construction* constitucional não teve grande relevo e importância⁶²⁸, mas apresenta uma tendência promissora.

Um significativo exemplo de outrora que pode ser trazido de construção judicial foi a denominada *doutrina brasileira do “habeas corpus”*. Esta foi uma grande contribuição do Poder Judiciário no desenvolvimento de uma interpretação jurisprudencial criativa em torno da Constituição brasileira, ressaltando que a aplicação do direito é um processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e aos seus conflitos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ampliou a interpretação do artigo 72, § 22⁶²⁹, da Constituição de 1891, para conceder *habeas corpus* contra qualquer ato de abuso de autoridade e não apenas contra a liberdade de locomoção⁶³⁰. A razão disso estava na redação original do citado dispositivo constitucional, que não fazia nenhuma remissão ao direito de ir e vir nem não falava em prisão, constrangimento corporal ou em liberdade física propriamente dita. Somando-se a isso à “presença

⁶²⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões do processo objetivo. Autocriação e hetero-referência como meios de configuração do processo constitucional nas duas décadas da Constituição Federal de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 148.

⁶²⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 137-138.

⁶²⁹ *In verbis*: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

⁶³⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 95.

das expressões *coação*, *ilegalidade* e *abuso de poder*, construiu-se a tese da utilização desse *writ* em todas essas hipóteses, independentemente da presença de um constrangimento físico direto”⁶³¹.

Esta *doutrina brasileira do “habeas corpus”*, precursora do mandado de segurança, serviu para “assegurar a posse de governadores e outros ocupantes de cargos públicos, assim como para garantir a liberdade de imprensa, a imunidade parlamentar, o direito de greve e as prerrogativas da magistratura”⁶³². Por interpretação construtiva, fortemente influenciada por Ruy Barbosa, na tribuna de defesa, e por Pedro Lessa, na cátedra e na magistratura, o Supremo Tribunal Federal, em 1909, deu amplo alcance ao conceito genérico contido no artigo 72, § 22, da Constituição de 1891.

Convém registrar que esta Constituição, documento de notórias influências liberais e que trazia, em seu bojo, uma Declaração de Direitos na qual eram enunciados direitos eminentemente individuais, “continha apenas uma espécie de garantia ativa ou *writ*: o *habeas corpus*”⁶³³. Daí a necessidade de estender o remédio do *habeas corpus*, originalmente imaginado como instrumento de proteção apenas da liberdade de locomoção, à proteção de quaisquer lesões de direitos pessoais, praticadas por abuso de autoridade pública.

Também no ordenamento jurídico pátrio, pode ser apontado o exemplo que diz respeito à construção jurisprudencial em torno da aplicação ampliadora do mandado de segurança contra atos jurisdicionais. O artigo 5º, II, da Lei nº 1.533/1951, admite mandado de segurança contra ato jurisdicional de que não caiba qualquer recurso, com ou sem efeito suspensivo, ou correção capaz de modificá-lo.

⁶³¹ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança: análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 177, p. 75-82, jan./mar., 2008, p. 76.

⁶³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136. Ver também BARROSO, Luís Roberto. *Mutação constitucional*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

⁶³³ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança: análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 177, p. 75-82, jan./mar., 2008, p. 75.

Entretanto, a simples existência de recurso processual cabível não afasta o mandado de segurança se este recurso é insuficiente para coibir a ilegalidade do Poder Judiciário e impedir a lesão ao direito evidente do impetrante. Isto porque a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso LXIX, assevera que este *writ* será concedido quando o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, a fim de proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Assim, se o recurso revelar-se ineficaz em sua missão protetora de direito individual ou coletivo, líquido e certo, poderá o seu titular utilizar o mandado de segurança excepcional e concomitantemente. Dessa forma, hodiernamente generalizou-se o uso do *mandamus* para dar efeito suspensivo aos recursos que não o tenham, desde que interposto o recurso normal cabível⁶³⁴.

Outros exemplos de mutação constitucional por interpretação judicial são apresentados em outras partes deste trabalho.

2.4.5 Mutação constitucional por meio das práticas constitucionais

Existem *práticas constitucionais* repetidas que não estão previstas na Constituição e que são tidas como obrigatórias. Kenneth C. Wheare escreve que uma prática constitucional é um processo de mudança “que certamente afeta a Constituição, às vezes fazendo-a na prática uma letra morta, às vezes determinando o modo no qual será interpretada ou exercitada na prática, mas que, de qualquer forma, deixa inalterado seu texto”⁶³⁵.

⁶³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 20. ed. atual. por Arnold Wald. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 43.

⁶³⁵ Tradução livre do original em inglês: “a process of change which certainly affects the law of the Constitution, sometimes by making it in practice a dead letter, sometimes by determining the way in which in practice it will be interpreted or exercised, but which, none the less, leaves its words unchanged”. (WHEARE, Kenneth C. **Modern constitutions**. London: Oxford University, 1975, p. 121)

Dessa forma, deve-se ter presente que, junto ao direito constitucional escrito, estão também aqueles usos ou normas jurídicas consuetudinárias que completam, interpretam ou adaptam os textos constitucionais⁶³⁶. Francis Hamon, Michel Troper e Georges Burdeau trazem um exemplo do direito constitucional britânico, como se vê:

Na Grã-Bretanha, quando a maioria da Câmara dos Comuns manifesta sua desconfiança com o gabinete, o primeiro ministro envia sua demissão à Rainha. Não existe norma escrita que lhe obrigue a isto. Poder-se-ia pensar então que, já que esta conduta não está expressamente prescrita, nem proibida, o primeiro ministro teria a faculdade de realizar este procedimento ou se abster dele. Entretanto, há mais de dois séculos, quando estas circunstâncias ocorrem, o primeiro ministro sempre apresenta sua demissão e existe um sentimento universalmente disseminado de que este procedimento não constitui uma simples faculdade, mas uma verdadeira obrigação⁶³⁷.

Ademais, Pedro de Vega anota que as mutações constitucionais podem derivar de “simples práticas políticas que, ou não ultrapassam sua condição de fatos, tornando-se normas de natureza político-social (convenções), ou aspiram converter-se em autênticos fatos jurídicos (costumes)”⁶³⁸.

As práticas constitucionais compreendem diversas figuras – como os *usos*, as *convenções constitucionais*, as *normas de correção* e os *costumes* – que se formam à luz da Constituição, de acordo com a experiência constitucional de cada país. Um problema que se tem com relação às práticas constitucionais, como reconhece Kenneth C. Wheare, é que, “em muitas vezes, é difícil dizer se uma forma particular de conduta é obrigatória ou somente persuasiva”⁶³⁹.

⁶³⁶ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2004, p. 57.

⁶³⁷ Tradução nossa do texto original em francês: “En Grande-Bretagne, lorsque la majorité de la Chambre des Communes a exprimé sa défiance au cabinet, le Premier ministre remet sa démission à la Reine. Il n'existe pas de norme écrite qui lui en fasse obligation. On pourrait donc penser que, puisque cette conduite n'est pas expressément prescrite, ni d'ailleurs interdite, il a le droit de le faire, comme de s'en abstenir. Cependant, depuis plus de deux siècles, lorsque ces circonstances se produisent, le Premier ministre présente toujours sa démission et il existe un sentiment universellement répandu qu'il s'agit pour lui non pas d'une simple faculté mais d'une réelle obligation”. (HAMON, Francis. TROPER, Michel. BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel**. 27.ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 53)

⁶³⁸ Tradução livre do original em espanhol: “Otras veces derivan de simples prácticas políticas que, o no sobrepasan su condición de hechos, quedando convertidas en normas de naturaleza político-social (convenciones), o aspiran a convertirse en auténticos hechos jurídicos (costumbres)”. (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madri: Tecnos, 1999, p. 189)

⁶³⁹ Para cotejo, é apresentado o original em inglês: “It is often difficult to say whether a particular course of conduct is obligatory or persuasive only”. (WHEARE, Kenneth C. **Modern constitutions**. London: Oxford University, 1975, p. 122)

O *uso constitucional* decorre de uma sucessão de atos substancialmente idênticos, que conduz à criação e à consolidação de uma cadeia de precedentes. Nisto o uso assemelha-se ao costume. Todavia, o uso também deste se difere. O uso não possui uma consciência de obrigatoriedade, uma capacidade prescritiva com força de obrigar e, em conseqüência, “não gera normas jurídicas em sentido estrito. De certo modo, o uso poderia se passar por uma ‘continentalização’ das convenções britânicas”⁶⁴⁰.

Acerca da importância dos usos no ordenamento constitucional espanhol, Manuel Martínez Sospedra informa que

Os usos são, em seu núcleo essencial, práticas da aplicação da Constituição que, ao flexibilizar ou facilitar a sua aplicação, permitem que aquela se adapte às cambiantes necessidades e situações políticas. O fato de que não se trate de normas jurídicas, e, por isso, não nos encontremos diante de normas constitucionais, não deve diminuir a sua importância. Apesar da tendência ao avanço de Constituições extensas e detalhistas – como a espanhola de 1978 – ter reduzido drasticamente seu campo de atuação, não só são essenciais em alguns regimes constitucionais, como o britânico, mas também têm notável importância na hora de moldar a Constituição viva, a Constituição existente em um dado momento. A dissolução simultânea de ambas as Câmaras, a prática das mensagens reais em determinadas circunstâncias (fim de ano, Páscoa Militar), a consulta aos chefes dos grupos parlamentares em situações que afetem seriamente o interesse nacional, a procura do consenso na designação de determinados órgãos constitucionais ou na aprovação de determinadas leis, são, no caso espanhol, boa prova do que foi dito⁶⁴¹.

Outra prática que se verifica é a *convenção constitucional*. Riccardo Guastini afirma que as convenções constitucionais estão muito próximas dos costumes

⁶⁴⁰ Tradução livre do texto em espanhol: “no genera normas jurídicas en sentido estricto. En cierto modo el uso podría pasar por una ‘continentalización’ de las convenciones británicas”. (SOSPEDRA, Manuel Martínez. **Manual de derecho constitucional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 204)

⁶⁴¹ Tradução nossa do original em espanhol: “Los usos son, en su núcleo esencial, prácticas aplicativas de la Constitución que, al flexibilizar o facilitar la aplicación, permiten que aquella se adapte a las cambiantes necesidades y situaciones políticas. El hecho de que no se trate de normas jurídicas, y, por ello, no nos encontremos ante normas constitucionales no debe llevar a minusvalorar su importancia. Aunque la tendencia al desarrollo de Constituciones extensas y detallistas – como la española de 1978 – haya reducido drásticamente su campo de actuación no sólo son esenciales en algunos regímenes constitucionales, como el británico, sino que también tienen notable importancia a la hora de configurar la Constitución viva, la Constitución existente en un momento dado. La disolución simultánea de ambas Cámaras, la práctica de los mensajes reales en determinadas circunstancias (fin de año, Pascua Militar), la consulta a los jefes de los grupos parlamentarios en situaciones que afectan seriamente al interés nacional, la procura del consenso en la designación de determinados órganos constitucionales o en la aprobación de determinadas leyes, son, en el caso español, buena prueba de cuanto llevamos dicho”. (*Ibidem*, p. 205)

constitucionais, e o autor reconhece que “não é fácil traçar concretamente um linha de demarcação bem definida entre normas consuetudinárias e regras convencionais”⁶⁴², pois

As convenções constitucionais podem equiparar-se aos costumes constitucionais. A expressão “convenção constitucional” designa uma espécie de convênio ou acordo – tácito na maioria das vezes (e, por isso mesmo, segundo alguns, fictício) – entre os titulares dos órgãos constitucionais (e/ou entre as forças políticas). De tais acordos nascem regras de comportamento, não escritas⁶⁴³.

Quanto a isso, Pedro de Vega esclarece que as convenções constitucionais são consideradas como simples regras que estabelecem práticas políticas, porém carentes de todo tipo de coercibilidade jurídica. E acrescenta que, “ao contrário do costume, que dá lugar à criação de uma norma jurídica sancionável, e cujo cumprimento pode ser exigido perante o juiz, as convenções, se são violadas, não produzem nenhuma consequência ou sanção jurídica”⁶⁴⁴.

Uadi Lammêgo Bulos⁶⁴⁵ apresenta, como exemplo de convenção constitucional em Portugal, a concessão anual de indultos pelo Presidente da República, a solicitação ou não do Presidente da República de retirar decretos submetidos à promulgação, a ratificação pelo Presidente de tratados internacionais devidamente aprovados e o papel determinante dos partidos no exercício do mandato parlamentar. Todavia, expõe que, nos sistemas de matriz britânica, as convenções constitucionais situam-se em nível diferente, entre os usos e os costumes, ou como expressão de uma juridicidade não formal e específica, ou, ainda, como ordem normativa *sui generis*, irreduzível às categorias habitualmente estudadas.

⁶⁴² Para comparação, é apresentada a lavra em espanhol: “No es fácil trazar concretamente una nítida línea de demarcación entre normas consuetudinarias y reglas convencionales”. (GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Trad. Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2001, p. 253)

⁶⁴³ Tradução nossa do texto em espanhol: “Las convenciones constitucionales pueden equipararse a las costumbres constitucionales. La expresión ‘convención constitucional’ designa una especie de convenio o acuerdo – tácito las más de las veces (y, por eso mismo, según algunos, ficticio) – entre los titulares de los órganos constitucionales (y/o entre las fuerzas políticas). De tales acuerdos nacen reglas de comportamiento, no escritas”. (*Ibidem*, p. 250)

⁶⁴⁴ É exibido o original em espanhol, para cotejo: “A diferencia de la costumbre, que da lugar a la creación de una norma jurídica sancionable, y cuyo cumplimiento puede ser exigido ante el juez, las convenciones, si se quebrantan, no producen ninguna consecuencia o sanción jurídica”. (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madri: Tecnos, 1999, p. 202)

⁶⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 172-173.

Na concepção de Kenneth C. Wheare, a convenção constitucional é uma prática que goza de obrigatoriedade, visto que

Por *convenção* entende-se uma norma que se impõe, uma regra de conduta reconhecida como obrigatória por aqueles a quem se destina a vigência da Constituição; *uso* significa não mais que uma prática habitual. É evidente que um uso pode tornar-se uma convenção. O que é feito habitualmente acaba sendo o que deve ser feito⁶⁴⁶.

Todavia, para Manuel Martínez Sospedra⁶⁴⁷, as convenções britânicas são regras que se impõem aos atores políticos e órgãos constitucionais, mas que não são obrigatórias. O seu descumprimento não se submete a controle judicial e tem como única consequência a responsabilidade política.

A ausência de obrigatoriedade das normas convencionais correlaciona-se a uma maior facilidade para a sua construção. Pedro de Vega escreve que “as regras convencionais surgem de um só precedente, são geradas por poucos sujeitos (que ocupam situações de poder) e não necessitam do transcurso do tempo para poder ser consideradas como tais”⁶⁴⁸.

Outra prática constitucional experimentada é a norma de *correttezza costituzionale*. Paolo Biscaretti di Ruffia escreve que “regras de correção constitucional podem transformar, substancialmente, a realidade da vida constitucional”⁶⁴⁹. Pautado na obra deste autor italiano, Raul Machado Horta qualifica a norma de correção como norma social, em que, muitas vezes, o Direito encontra seu pressuposto necessário. “Estranha ao Direito, a norma de correção é dele indispensável complemento. A

⁶⁴⁶ Tradução nossa do texto original em inglês: “By *convention* is meant a binding rule, a rule of behavior accepted as obligatory by those concerned in the working of the Constitution; by *usage* is meant no more than a usual practice. Clearly a usage might become a convention. What is usually done comes to be what is done”. (WHEARE, Kenneth C. **Modern constitutions**. London: Oxford University, 1975, p. 122)

⁶⁴⁷ SOSPEDRA, Manuel Martínez. **Manual de derecho constitucional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 204-205.

⁶⁴⁸ Tradução livre do original em espanhol: “Las reglas convencionales surgen de un solo precedente, se gestan por pocos sujetos (que ocupan situaciones de poder) y no necesitan el transcurso del tiempo para poder ser consideradas como tales”. (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madri: Tecnos, 1999, p. 203)

⁶⁴⁹ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito constitucional**: instituições de direito público. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984, p. 233-234.

norma de *correttezza* socorre, circunda, alimenta e vivifica o Direito, mas não é Direito”⁶⁵⁰. Quanto a isso, Raul Machado Horta destaca ainda que

a distinção entre as convenções constitucionais do regime parlamentar britânico – *Conventions of the Constitution* – e as normas de *correttezza costituzionale*. Enquanto as convenções constitucionais são normas carentes de juridicidade, embora impregnadas de substancial relevo jurídico e dotadas de sanção política, as normas de *correttezza costituzionale*, segundo conceito elaborado no Direito Italiano, são normas do cerimonial, da boa educação política, do *far play* constitucional, de mera correção de comportamento das relações políticas⁶⁵¹.

Em razão da semelhança existente, também é difícil diferenciar as *normas de correção dos usos*, como reconhece Manuel Martínez Sospedra⁶⁵².

As normas de correção permitem uma relação mais fácil entre os poderes públicos e entre os órgãos constitucionais, manifestando-se no mútuo respeito e na vontade de colaboração no correto exercício das atribuições e competências próprias de cada um deles. São, como diz Manuel Martínez Sospedra⁶⁵³, regras de boa educação, de urbanidade constitucional, destinadas a abrandar os contatos e a facilitar as mútuas relações. Práticas como o juramento de membros do Governo perante o Rei, as visitas dos titulares de órgãos constitucionais ao Monarca depois da nomeação ou posse, as normas de protocolo etc. são exemplos de normas de correção.

Feitas estas considerações, parte-se agora para o estudo de uma outra prática constitucional: o *costume*.

O costume representa, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶⁵⁴, o direito novo estabelecido por uma decisão tácita da coletividade, de modo que dispensa a forma escrita para comunicação e prova, visto que é manifestação da própria consciência do grupo. José Joaquim Gomes Canotilho anota que existirá uma norma constitucional consuetudinária “quando no sistema jurídico constitucional se verifica a institucionalização social de um ato ou fato aos quais é reconhecida a significação

⁶⁵⁰ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 105.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 105.

⁶⁵² SOSPEDRA, Manuel Martínez. **Manual de derecho constitucional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 205-206.

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 205-206.

⁶⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 184.

de uma norma de caráter constitucional”⁶⁵⁵. Carlos Maximiliano leciona que o “costume é uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante de prática diuturna e uniforme, que lhe dá força de lei”⁶⁵⁶. Também sobre o tema, escreve R. Limongi França.

Por direito consuetudinário, ensina Windscheid, se entende aquele que é usado de *fato*, sem que o Estado o haja estabelecido. De nossa parte, também aqui distinguimos o direito propriamente dito, na forma por ele assumida, sendo de se notar que, segundo Ribas, o costume constitui um meio pelo qual o direito, latente na “consciência nacional”, se manifesta, num estágio anterior ao da lei e da jurisprudência⁶⁵⁷.

A diferença entre o *direito consuetudinário* e o *direito estatutário* é que este é uma criação de direito centralizada no Estado, enquanto que aquele é uma criação de direito descentralizada. Mas é necessário frisar, como faz Maurice Hauriou, que “os costumes constitucionais são, contudo, regras de direito”⁶⁵⁸. Convém acrescentar ainda que o costume constitucional só existe *ratione materiae*, isto é, os derivados dos comportamentos e das práticas de natureza constitucional⁶⁵⁹.

Todavia, a doutrina dos costumes constitucionais não é isenta de críticas, haja vista que, como aduz Pedro de Vega,

⁶⁵⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1119. “Assim, por exemplo, poderá afirmar-se a existência, entre nós, de um costume constitucional reconduzível à regra de nomeação obrigatória, pelo Presidente da República, como Primeiro-Ministro, do ‘candidato a Primeiro-Ministro’ indicado pelo partido que venceu as eleições? A Constituição escrita não fala em ‘candidatos a Primeiro-Ministro’ e estabelece apenas que o Primeiro-Ministro será nomeado pelo Presidente da República ‘tendo em conta os resultados eleitorais’ (CRP, art. 190º/1). Poder-se-á considerar existir entre nós uma regra consuetudinária que dispensa o Primeiro-Ministro em exercício de pôr o cargo à disposição do Presidente da República quando haja tomado posse um novo Presidente da República? Lembremos que o Primeiro-Ministro depende politicamente do Presidente da República (CRP, art. 193). Ter-se-ia institucionalizado no sistema jurídico-constitucional português o *costume* da admissibilidade da acumulação de empregos ou cargos públicos em contradição com a norma escrita do art. 269º/4 da CRP? Haverá uma regra consuetudinária de valor constitucional no sentido de transformar o Supremo Tribunal de Justiça num tribunal de carreira reservada a magistrados em clara oposição ao teor textual do art. 215º/4 da Constituição?”.

⁶⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 154.

⁶⁵⁷ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 133.

⁶⁵⁸ Tradução livre da lavra em espanhol: “Las costumbres constitucionales son, sin embargo, reglas de derecho”. (HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional**. Granada: Comares, 2003, p. 328)

⁶⁵⁹ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 196-197.

Explicar as mutações constitucionais, e pretender inclusive justificá-las, apelando à categoria jurídica do costume, como faz um importante setor da doutrina francesa, não possui, logicamente, o menor fundamento. As mudanças constitucionais não podem valer-se em sua descrição das normas consuetudinárias, pela simples razão de que estas normas carecem no Direito Constitucional do significado e do alcance que adquirem em outros ramos do Direito⁶⁶⁰.

Exigem-se duas condições cumulativas⁶⁶¹ para se poder falar da institucionalização de uma norma consuetudinária: a *inveterata* ou *longaeva consuetudo* (uso durante largo tempo) e a *opinio necessitatis* ou *opinio juris* (convicção da sua juridicidade)⁶⁶². “De dois elementos o costume se compõe e deles resulta: um externo (elemento material ou de fato), que é o uso, ou prática; outro interno (ou elemento psicológico), que é a *opinio juris et necessitatis*”⁶⁶³.

O costume baseia-se na crença e na tradição sob a qual está o argumento de que “algo deve ser feito, e deve sê-lo porque sempre o foi. A autoridade do costume repousa, pois, nessa força conferida ao tempo e ao uso contínuo como reveladores

⁶⁶⁰ Tradução nossa do original em espanhol: “Explicar las mutaciones constitucionales, e intentar incluso justificarlas, apelando a la categoría jurídica de la costumbre, como hace un importante sector de la doctrina francesa, no posee, lógicamente, el menor fundamento. Los cambios constitucionales no pueden reconducirse en su exposición a las normas consuetudinarias, por la sencilla razón de que esas normas carecen en el Derecho constitucional del significado y del alcance que adquieren en otras ramas del Derecho”. (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madri: Tecnos, 1999, p. 198)

⁶⁶¹ É oportuna a lição de Alf Ross: “Parece óbvio que nem todo costume pode ser considerado fonte do direito. Diz-se que somente o costume jurídico o é, e este é caracterizado por um elemento especial em termos de experiência psicológica, chamado *opinio necessitatis sive obligationis*, um sentimento de estar obrigado, ou uma convicção de que o comportamento exigido pelo costume é também um dever legal. Essa explicação, todavia, pode não ser correta. [...] O costume jurídico, tampouco, pode ser caracterizado pela convicção de que a conduta exigida por ele seja um dever legal, convicção que necessariamente equivale à expectativa de que o costume terá que ser aceito pelos tribunais como um padrão que sirva para fundar decisões. Tal convicção não pode surgir arbitrariamente, tendo, sim, que ser motivada e justificada por alguma qualidade inerente ao costume que é considerado obrigatório, e que o distingue de outros costumes. A convicção do caráter jurídico do costume tem, necessariamente, que derivar de um critério objetivo e o costume não pode ser definido por esta convicção. [...] Há um domínio particular no qual a doutrina tradicional de que o costume tem que haver sido observado por um longo tempo para ser reconhecido como jurídico, é evidentemente inadequada. Os costumes relativos ao comércio – especialmente os costumes ou usos comerciais de uma forma de comércio em particular – não são, de ordinário, muito antigos. A despeito disso, é obrigatório, além de constituir uma prática jurídica geral, levá-los em consideração ao interpretar os contratos”. (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Rev. técnica de Alysso Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2000, p. 120-124)

⁶⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1119-1120.

⁶⁶³ RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2004, p. 281.

de normas, as normas consuetudinárias”⁶⁶⁴. Nesse sentido também é o magistério de Francis Hamon, Michel Troper e Georges Burdeau, porquanto

Em direito constitucional, como nos outros ramos do direito, fala-se de costume quando duas condições estão reunidas: 1º) quando uma prática foi repetida durante um período de tempo suficientemente longo; 2º) quando existe o sentimento de que esta prática é obrigatória⁶⁶⁵.

Dessa forma, há um elemento objetivo, que consiste na prática uniforme, constante, pública e geral. Além disso, há também um elemento subjetivo, psicológico ou interno, que resulta na convicção generalizada de sua exigibilidade, da crença de que a obrigatoriedade da norma é indispensável, o que distingue o costume de outras normas de conduta, também costumeiras, como as de natureza religiosa, moral, social, ou de meros hábitos.

No que tange a isso, Paolo Biscaretti di Ruffia leciona que

o costume, segundo a opinião mais difundida, é uma fonte de direito que se concretiza na constante uniformidade de um determinado modo de agir, acompanhada da convicção de que tal comportamento é juridicamente obrigatório. Dois elementos resultam, portanto, fundamentais para sua existência: um é material (o *usus*), constituído pela simples repetição no tempo de uma determinada atitude (elemento que, considerado isoladamente, daria origem a um mero uso de fato) e o outro é mais propriamente psicológico (a *opinio iuris et necessitatis*), a cuja formação colaboram vários fatores⁶⁶⁶.

A obrigatoriedade caracteriza-se como um elemento interno da norma jurídica costumeira e permite distingui-la de outras normas de conduta “como as de natureza religiosa, social, moral, ou dos simples hábitos, de que podem, sem dúvida, resultar consequências jurídicas, mas que não constituem normas de direito”⁶⁶⁷. Dessa

⁶⁶⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 237.

⁶⁶⁵ Tradução livre do texto original em francês: “En droit constitutionnel, comme dans les autres branches du droit, on parle de coutume lorsque deux conditions sont réunies: 1º) lorsqu’une pratique a été répétée pendant une assez longue durée; 2º) lorsqu’existe le sentiment que cette pratique est obligatoire”. (HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel**. 27. ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 50)

⁶⁶⁶ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito constitucional**: instituições de direito público. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984, p. 95.

⁶⁶⁷ RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2004, p. 283.

forma, Vicente Ráo⁶⁶⁸ considera que o costume é a regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa constante e uniformemente com a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica. Assim concebido, o costume contém em si, como elemento próprio, o sentido de sua obrigatoriedade. O costume deve ser uniforme, constante, público e geral, pois

Uniforme, pressupondo sensível e múltipla repetição da mesma prática, porque, quando os atos ou as relações são disciplinadas por modos diversos, desses modos não é possível extrair-se uma norma jurídica segura; *constante*, isto é, não interrompido, porque não é próprio das normas jurídicas terem vigência periódica ou alternada; *público* (*actus palam editi*), porque, devendo obrigar a todos por todos deve ser conhecido; *geral*, não no sentido de se aplicar a toda a comunidade, ou a todo o território, mas no de alcançar todos os atos e todas as pessoas e relações que realizam os pressupostos de sua incidência na norma costumeira⁶⁶⁹.

Não se consegue fixar a duração ou o número de vezes que uma prática deve ser repetida para que se esteja na presença de um costume. “É cientificamente impossível predeterminar-se um período certo e rigoroso para a transformação de qualquer uso em costume, quando é certo que ao lado de costumes de prática imemorial, outros existem de prática relativamente recente”⁶⁷⁰.

Em muitos casos, o pretense costume dura tanto quanto a situação de influência coercitiva e constrangedora (*contrainte*). Se ela desaparece, então pode surgir uma prática diferente. Francis Hamon, Michel Troper e Georges Burdeau⁶⁷¹ ilustram esta situação com um célebre exemplo do direito constitucional dos Estados Unidos, onde a Constituição estabelece que o mandato do presidente é de quatro anos. Em sua redação de 1787, a Constituição não limitava o número de mandatos que uma mesma pessoa poderia ter⁶⁷². Entretanto, o primeiro presidente, George Washington, após ter completado o seu segundo mandato, renunciou à candidatura de um terceiro, prática esta que foi adotada por todos os seus sucessores. Estava-se, então, diante de uma prática repetida, acompanhada de um caráter obrigatório, sendo que muitos doutrinadores consideravam que existia uma norma constitucional

⁶⁶⁸ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2004, p. 281.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 281-282.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 282.

⁶⁷¹ HAMON, Francis. TROPER, Michel. BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel**. 27.ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 54-55.

⁶⁷² A Emenda XXII posteriormente estabeleceu que “ninguém poderá ser eleito mais de duas vezes para o cargo de Presidente [...]”.

costumeira, que havia revogado e substituído a norma escrita: estar-se-ia proibido de cumprir mais de dois mandatos. Isso não impediu, entretanto, que Franklin Delano Roosevelt exercesse mais de dois mandatos.

Anna Candida da Cunha Ferraz argumenta que o costume constitucional é perfeitamente compatível com a noção de constituição escrita e rígida, visto que

O fundamento primeiro da existência do costume constitucional encontra-se no próprio poder constituinte que, dotado de caráter de permanente, não se esgota em sua obra – a Constituição – mas conserva-se latente, quando expressamente previsto, sob a forma do poder de reforma constitucional. Por outro lado, continua latente também, de modo não previsto e não organizado no chamado *poder constituinte difuso*, invisível, que intervém quando necessário para preencher lacunas ou interpretar disposições constitucionais obscuras. Esse *poder constituinte difuso* é atuado pelos órgãos constitucionais que têm competência para aplicar normas constitucionais e que, mesmo diante da obscuridade do texto, precisam interpretá-lo para dar-lhe aplicação. É também posto em ação por esses mesmos poderes quando há na Constituição vazios, espaços em branco, que somente normas de natureza constitucional poderiam preencher e não o fazem. Nessas hipóteses, os poderes constitucionais têm o dever de atuar a Constituição, já que a situação, o comportamento ou o ato, que por ela deveriam ser regidos e não o são, devem encontrar resposta ou solução⁶⁷³.

Na experiência constitucional da Inglaterra, o surgimento do Governo de Gabinete foi fruto de um autêntico costume constitucional. O alemão Jorge I, soberano que não falava a língua dos súditos ingleses, disposto a não continuar dirigindo as sessões do Conselho de Gabinete, em que eram debatidas questões que ele sequer entendia, enviou, como seu substituto nessas reuniões, um de seus ministros. Foi assim que nasceu, por via exclusivamente costumeira e sem fundamento em nenhum texto jurídico, “uma forma de governo ‘destinada a êxito duradouro’, não só na Inglaterra, que lhe serviu de berço, mas também em todos os países que, inspirados no modelo britânico, adotaram o sistema parlamentarista”⁶⁷⁴.

Além de a Constituição inglesa ser consuetudinária (em parte), também o seu direito ordinário tem natureza consuetudinária (em parte), pois estão constituídos sobre uma base de costume geral (*common law*). Mas aí são incorporadas as leis escritas

⁶⁷³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 183-184.

⁶⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.

aprovadas pelo Parlamento (*statute law*). Dessa forma, Maurice Hauriou⁶⁷⁵ lembra que a Constituição inglesa é flexível, no sentido de que uma lei ordinária do Parlamento pode modificar a qualquer momento as instituições governamentais. “Por via de consequência, o sistema inglês exclui a distinção entre o poder legislativo ordinário e o poder constituinte”⁶⁷⁶.

É possível apontar também a existência de normas costumeiras em países de Constituição escrita. Em Portugal, existe a “regra” de nomeação obrigatória, pelo Presidente da República, do indicado pelo partido que venceu as eleições, para o cargo de Primeiro Ministro⁶⁷⁷. Todavia, a Constituição da República Portuguesa (artigo 190º/1) apenas estabelece que o Primeiro-Ministro seja nomeado pelo Chefe do Estado “tendo em conta os resultados eleitorais”.

German J. Bidart Campos e Walter F. Carnota⁶⁷⁸ citam, como exemplo de modificação informal da Constituição, a eleição do presidente dos Estados Unidos da América, que a Constituição norte-americana regula como indireta. Mas, costumeiramente, estabeleceu-se que os *grandes eleitores* não podem recusar o nome indicado pelo partido vencedor na escolha popular, o que, na prática, converte a referida eleição em direta.

“Exemplo de costume constitucional, no direito brasileiro, é o reconhecimento da possibilidade de o Chefe do Executivo negar aplicação à lei que fundadamente considere inconstitucional”⁶⁷⁹. Outro exemplo no direito constitucional brasileiro está relacionado com as Comissões Parlamentares de Inquérito. Nos últimos anos, uma prática política expandiu os poderes da CPI e redefiniu suas competências⁶⁸⁰. “Passou-se a admitir, pacificamente, a determinação de providências que antes

⁶⁷⁵ HAURIU, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional**. Granada: Comares, 2003, p. 331.

⁶⁷⁶ Tradução livre do texto em espanhol: “Por vía de consecuencia, el sistema inglés excluye la distinción entre el poder legislativo ordinario y el poder constituyente”. (*Ibidem*, p. 332)

⁶⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

⁶⁷⁸ BIDART CAMPOS, German J.; CARNOTA, Walter F. **Derecho constitucional comparado**. Buenos Aires: Ediar, 2001, t. I, p. 170.

⁶⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135. Ver também BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constitui o brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 222.

⁶⁸⁰ STF, DJU 12/05/2000, MS 23.452/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

eram rejeitadas pela doutrina e pela jurisprudência, aí incluídas a quebra de sigilos bancários, telefônicos e fiscais”⁶⁸¹.

Outra prática costumeira, no direito constitucional brasileiro, é o desmembramento de uma Proposta de Emenda Constitucional – PEC, a fim de apartar o texto em que há consenso de outro em que não há, criando, assim, a figura da “PEC paralela”. Dessa forma, é promulgada apenas a “parte” do texto que foi aprovada em ambas as Casas do Congresso Nacional, sem prejuízo do exame do texto restante ainda pendente de deliberação⁶⁸².

É possível afirmar que o texto constitucional e os costumes constitucionais convivem em permanente diálogo. Louis Assier-Andrieu, citando Grosley, afirma que “dentre as leis, há algumas que se originaram dos costumes; há também algumas que estabeleceram e fixaram os costumes”. Para Grosley, “tanto as leis como os costumes são mutuamente relativos, alternativamente causas e efeitos, alternativamente constitutivos uns dos outros, animados de uma motricidade perpétua”⁶⁸³. Para Louis Assier-Andrieu, o direito, apesar da imagem de estabilidade que a noção de sistema jurídico traduz, é um fenômeno dinâmico. Costumes e leis, relações sociais e direito, são espaços movediços de uma ordem provisória.

Georg Jellinek ainda acentua que a revogação das leis não implica necessariamente a extinção dos preceitos que continham. Tais preceitos podem manter-se como direito consuetudinário, apontando o exemplo da doutrina francesa quanto a textos constitucionais franceses que não reconheciam, expressamente, os princípios da

⁶⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135. Ver também BARROSO, Luís Roberto. Mutações constitucionais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

⁶⁸² Este mecanismo gerou uma crise institucional na ocasião da aprovação da PEC nº 20/2008, conhecida como “PEC dos vereadores”, relativa à nova redação do artigo 29, *caput*, IV, CF. Por um lado, a Câmara dos Deputados aprovou um texto autorizando o aumento do número de vereadores com a condição de redução nos gastos da Câmara Municipal. Por outro lado, o Senado aprovou apenas a parte relativa ao aumento e deixou a parte que cuidava da redução dos gastos para deliberação posterior (PEC paralela). Como era costumeiro, seguiu-se para promulgação a parte aprovada em ambas as Casas, mas a Mesa da Câmara dos Deputados recusou-se a fazê-lo com o argumento de que os dois textos separados não seriam autônomos. Este obstáculo à promulgação da nova emenda à Constituição brasileira ensejou a impetração, pela Mesa do Senado, do mandado de segurança MS nº 27.807 (STF, Rel. Min. Menezes Direito).

⁶⁸³ ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XXVI.

Declaração de 1789, mas nem por isso tais princípios deixavam de ser considerados na Constituição. Assim, os preceitos podem manter-se “como direito consuetudinário, o que é prova de que já tinham, antes da revogação da lei, o duplo caráter de direito escrito e consuetudinário, do que, sem dúvida, não se tinha consciência durante o tempo em que a lei estava vigente”⁶⁸⁴.

Mas, não há unanimidade na aceitação do costume no sistema das fontes do direito constitucional⁶⁸⁵. A respeito da do ordenamento constitucional italiano, assim se manifesta Riccardo Guastini:

Acerca da situação do costume constitucional no sistema das fontes, convém, não obstante, advertir duas coisas. Em primeiro lugar, deve-se destacar que a Constituição italiana vigente não contém nenhum reenvio à fonte consuetudinária. Em segundo lugar, deve-se recordar que a Constituição vigente é uma Constituição rígida. Estas simples observações levam por si sós a concluir que: 1. No ordenamento vigente, na ausência de reenvios constitucionais a normas consuetudinárias, simplesmente não existe um costume *secundum constitutionem*. 2. No ordenamento vigente, não é admissível em nenhum caso um costume *contra constitutionem*. 3. Tampouco, em nenhum caso, um costume *praeter constitutionem* pode operar como fonte legal, mas somente como fonte *extra ordinem*, em virtude do princípio da efetividade⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ Tradução livre do texto em espanhol: “como Derecho consuetudinario lo cual es prueba de que tenían ya, antes de la abolición de la ley, el doble carácter de Derecho escrito y consuetudinario, de ello, sin duda, no se tenía conciencia mientras la ley estaba vigente”. (JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 10)

⁶⁸⁵ Em sentido contrário à aceitação: “O costume só é inserido no sistema do direito positivo nos casos especificamente previstos pelo próprio sistema. Isso só nos parece possível quando a legislação vigente, em determinados instantes, instituir o costume como processo criador de direito positivo. Do contrário, o costume não tem qualquer relevância para o direito. [...] Vale ressaltar que nossa Constituição Federal, apesar de ser uma Constituição rígida, não faz qualquer menção ao costume, deixando-o a cargo da legislação infraconstitucional. Portanto, não há que se falar em costume jurídico-constitucional, parecendo-nos também correto concluir que o costume é hierarquicamente inferior à Constituição”. (MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 166-168)

⁶⁸⁶ Tradução livre do texto em espanhol: “En cuanto a la ubicación de la costumbre constitucional en el sistema de las fuentes, conviene, sin embargo, advertir dos cosas. En primer lugar, debe subrayarse que la Constitución italiana vigente no contiene ningún reenvío a la fuente consuetudinaria. En segundo lugar, debe recordarse que la Constitución vigente es una Constitución rígida. Estas sencillas observaciones llevan por sí solas a concluir que: 1. En el ordenamiento vigente, en ausencia de reenvíos constitucionales a normas consuetudinarias, simplemente no existe una costumbre *secundum constitutionem*. 2. En el ordenamiento vigente, no es admisible en ningún caso una costumbre *contra constitutionem*. 3. Tampoco, en ningún caso, una costumbre *praeter constitutionem* puede operar como fuente legal, sino sólo como fuente *extra ordinem*, en virtud del principio de efectividad”. (GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Trad. Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2001, p. 249-250)

A despeito da resistência de alguns, a maioria admite o costume como fonte do direito constitucional, nas modalidades *secundum constitutionem* e *praeter constitutionem*, devendo ser descartadas as práticas agressivas *contra constitutionem*, “porque incompatíveis com a ‘primazia da normatividade constitucional’, com a supremacia da Constituição”⁶⁸⁷. Uma vez que as constituições preveem o modo expresso de reforma de suas disposições, o costume *contra constitutionem* não pode ser aceito⁶⁸⁸, pois o costume serve tão-somente como elemento de interpretação (costume *secundum constitutionem*) ou ainda para suprir uma lacuna das normas dispositivas (costume *praeter constitutionem*)⁶⁸⁹.

Quanto a isso, Paolo Biscaretti di Ruffia assevera que

distingue-se o costume em várias formas, segundo sua relação com o direito escrito, dando origem à seguinte tripartição: 1) interpretativo (ou *secundum legem*), que não assume, por outro lado, a qualidade de fonte, senão quando chega, por tal via, a inovar a norma desprendida do texto legislativo; 2) introdutório (ou *praeter legem*), isto é, que se desenvolve em todos aqueles casos em que uma matéria não recebeu nenhuma regulamentação por parte de normas escritas, ou pelo menos não recebeu completa regulamentação; e 3) abrogativa (ou *contra legem*), que pode assumir dois aspectos diversos, conforme a norma consuetudinária se forme em contraposição àquela contida na formulação escrita, ou que tenha, puramente, origem por *desuetudo*, impondo, portanto, a simples inobservância da mesma norma escrita. O costume abrogativo é o que tem encontrado maiores oposições – no plano prático e doutrinário – no que

⁶⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

⁶⁸⁸ Limongi França lembra, entretanto, em casos excepcionais, do “papel educativo do costume *contra legem*, desde que fundado na justiça, ou na ‘boa razão’, conforme a tradição do nosso direito. Exemplo disso é o caso do chamado ‘aluguel progressivo’, que, não obstante ter sido proibido pelo art. 3º da Lei do Inquilinato, Lei n. 1.300, de 25 de dezembro de 1950, foi largamente praticado durante a sua vigência. De tal forma que a Lei n. 3.494, de 19 de dezembro de 1958, acabou por consagrá-lo em seu art. 2º”. (FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 137-138)

⁶⁸⁹ Para Anna Candida da Cunha Ferraz, “o costume constitucional não adquire, em plenitude, a eficácia das normas constitucionais escritas. Assim, não goza do atributo formal de regra superior, de regra dotada da supremacia constitucional, inerente às normas escritas das Constituições rígidas e por essa razão preponderantes no confronto com normas infraconstitucionais. Não se lhe poderá reconhecer, pois, valor constitucional igual ou superior às normas constitucionais escritas. Deverá ser tido como norma não escrita, materialmente constitucional porque versando matéria constitucional, porém sem a eficácia ou o valor jurídico de norma constitucional escrita. Complexo, pois, o posicionamento jurídico do costume constitucional. Pela matéria, é constitucional porque preenche lacunas constitucionais ou interpreta disposições constitucionais; na hierarquia das normas não tem a superioridade e a eficácia das normas constitucionais. Destarte, num confronto com normas constitucionais escritas é sempre inferior; sofre controle de constitucionalidade em grau, natureza e profundidade maior que o incidente sobre a reforma constitucional, por exemplo”. (FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185-186)

concerne à sua admissibilidade, quando a ordenação jurídica (como, por ex., na Itália) não só não a prevê, mas a exclui⁶⁹⁰.

Na hipótese de costume *secundum constitutionem*, pela sua função interpretativa, o costume serve de essência para a interpretação, explicitando o sentido, o significado e o alcance de uma determinada norma constitucional. O costume “é *secundum legem* quando seu preceito, não contido na lei, é por ela reconhecido e admitido com eficácia obrigatória”⁶⁹¹. Para Carlos Maximiliano, o costume *secundum legem* “é o mais prestigioso, universalmente aceito, até mesmo por aqueles que, em geral, não admitem o costume como direito subsidiário”⁶⁹².

Na hipótese de costume *praeter constitutionem*, o costume serve de fonte supletiva para a colmatação de lacunas, desempenhando relevante serviço quando não se encontra norma para disciplinar determinado caso concreto. Dessa forma, o costume *praeter legem* “substitui a lei nos casos pela mesma deixados em silêncio; preenche as *lacunas* das normas positivas e serve também como elemento de interpretação”⁶⁹³. Na lição de Vicente Ráo, “o costume é *praeter legem* quando se reveste de caráter *supletivo*, vigorando na falta ou na omissão da lei”⁶⁹⁴.

Há ainda a doutrina que reconhece a força derogatória da norma constitucional. O costume *contra constitutionem* apresenta-se, basicamente, de duas formas: (i) a *consuetudo abrogatória*, constituindo-se em prática contrária ao texto constitucional escrito; e (ii) a *desuetudo*, ou seja, o desuso, que se caracteriza pela inobservância uniforme, constante e prolongada do texto constitucional escrito.

⁶⁹⁰ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito constitucional**: instituições de direito público. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984, p. 96-97.

⁶⁹¹ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2004, p. 285.

⁶⁹² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 156-157.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 156-157.

⁶⁹⁴ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2004, p. 285.

Assim, também explica Vicente Ráo que o costume “é *contra legem* quando cria uma norma contrária à da lei, ou produz a desaplicação da norma legal, pelo desuso”⁶⁹⁵, pois

O *desuso*, isto é, a não aplicação de um dispositivo constitucional, pode também, na prática, resultar na sua nulificação, e, portanto, na alteração ou modificação das Constituições rígidas, e como tal é objeto de consideração de numerosos publicistas⁶⁹⁶.

Contudo, Carlos Maximiliano adverte, quanto ao costume *contra legem*, que, “apesar dos esforços de uma corrente ultra-adiantada de doutrina jurídica, ainda não encontra apoio nos pretórios, nem tampouco em cátedras universitárias”⁶⁹⁷. José Horácio Meirelles Teixeira considera que os costumes modificadores da Constituição rígida devem ser tidos como juridicamente inadmissíveis. Todavia, reconhece que, em certos países, como na França, a prática tem consagrado muitos desses costumes “que autores de renome procuram justificar, criando-se, destarte, um choque entre a realidade jurídica e a realidade política, entre a teoria e a prática política”⁶⁹⁸. Entretanto, deve-se admitir que, pelo menos na prática constitucional, as Constituições rígidas são modificadas pelos costumes. Sobre o assunto, merece registro a advertência de José Horácio Meirelles Teixeira:

Ao nosso ver, porém, os costumes contrários à Constituição rígida são *juridicamente inexistentes*, configurando apenas *estados de fato, situações anticonstitucionais para as quais inexiste sanção*, e que, por isso mesmo, e pela força das conjunturas políticas e sociais que lhes deram origem, conseguem manter-se indefinidamente, acabando, por vezes, consagrados pela prática política constitucional⁶⁹⁹.

Tercio Sampaio Ferraz Junior também anota que a doutrina brasileira tende a recusar o costume negativo ou *contra legem*. “Apesar disso, conhecem-se inúmeros exemplos de costumes *contra legem* que acabam por se impor na prática judiciária”⁷⁰⁰. José Joaquim Gomes Canotilho também vislumbra um difícil problema

⁶⁹⁵ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2004, p. 285.

⁶⁹⁶ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 149.

⁶⁹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 156-157.

⁶⁹⁸ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Op. Cit.*, p. 150. Nota 694.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 150.

⁷⁰⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 239.

quando “estiver em causa um costume *contra constitutionem scripta*, ou seja, uma regra consuetudinária em contradição com as normas constitucionais escritas”⁷⁰¹. Já, para Manuel Martínez Sospedra, “o costume *contra constitutionem* só é admissível quando se fundamenta em uma interpretação errônea da Constituição efetuada de boa fé”⁷⁰².

De qualquer forma, verifica-se a ocorrência de vários casos comprovados de formação do costume *contra constitutionem*. À guisa de ilustração, convém trazer os exemplos de costumes extraídos do ordenamento português por Jorge Miranda:

Também na experiência constitucional portuguesa podem inventariar-se casos de costume constitucional, uns de costume *secundum e praeter legem*, outros, inclusivamente, de costume constitucional *contra legem*. Basta recordar fatos bem conhecidos: a prática dos decretos ditatoriais e dos ulteriores *bills de indemnidade* das Câmaras, na vigência da Carta Constitucional – tendo havido um Ato Adicional feito por essa forma, o de 1895-1896; a exclusão do direito de voto da mulher antes de 1913; a proscrição ou a proibição de partidos políticos, no domínio da Constituição de 1933; a prática legislativa do Governo entre 1933 e 1945; a aprovação de tratados pelo Governo entre 1933 e 1971 e a prática dos acordos em forma simplificada, antes de 1971. Assim como, durante a preparação do texto de 1976, um importante costume constitucional *contra legem* se manifestou: em vez de o plenário da Assembleia Constituinte votar os preceitos correspondentes aos projetos de Constituição apresentados pelos partidos, votou sem deliberação prévia (ao arrepio do art. 75º, nº 2, do Regimento) os preceitos constantes dos pareceres das comissões. E não será uma das nossas normas constitucionais mais antigas, exclusivamente consuetudinária, a fixação da capital em Lisboa? E até 1976 não era o costume que dava valor constitucional às normas sobre bandeira e hino nacionais? Na prática posterior a 1976, apesar do curto tempo decorrido e do articulado constitucional ser longo e minucioso, são de referir como exemplos de costume *praeter* ou *contra legem*: 1º) A inelegibilidade local para cargos políticos de ministros de religião de qualquer culto com poderes de jurisdição; 2º) A desvalorização dos planos; 3º) A participação dos eleitores de Macau na eleição do Presidente da República; 4º) A incompatibilidade dos cargos de Presidente da República e de membro do Governo com qualquer função pública ou privada; 5º) A não sujeição dos decretos do Governo a um prazo específico de promulgação; 6º) A convalidação da assinatura dos decretos-leis pelo Primeiro-Ministro e pelos Ministros em referenda da promulgação dos mesmos decretos-leis; 7º) O pouco estrito entendimento das incompatibilidades dos Deputados; 8º) A reserva de competência legislativa da Assembleia da República sobre alguns dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores; 9º) As especialidades das autorizações legislativas contidas na lei do orçamento; 10º) A admissibilidade de textos de substituição das comissões; 11º) A

⁷⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1120.

⁷⁰² Tradução livre do original em espanhol: “la costumbre *contra Constitutionem* sólo es admisible cuando se fundamenta en una interpretación errônea de la Constitución efectuada de buena fe”. (SOSPEDRA, Manuel Martínez. **Manual de derecho constitucional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 204)

desnecessidade de deliberação para que os projetos e as propostas de lei sejam votados na especialidade em comissão; 12º) Os Governos de gestão; 13º) A admissibilidade dos tribunais arbitrais, inclusive dos tribunais arbitrais necessários; 14º) A admissibilidade das derramas ou adicionais sobre impostos diretos lançados pelos municípios, à margem de um poder tributário próprio; 15º) O desuso do art. 273º, nº 4, enquanto cometesse às Forças Armadas qualquer missão autônoma de garantia da transição para o socialismo; 16º) Em vez de cinco, quinze dias para o Presidente da República requerer ao Conselho da Revolução a apreciação preventiva da constitucionalidade (arts. 139º, nº 1, e 277º, nº 3, do texto de 1976); 17º) O recurso atípico para Tribunal Constitucional da decisão de qualquer tribunal de aplicação de norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral. A revisão constitucional de 1982 veio consagrar de certa maneira, alguns destes costumes: o 7º, o 8º, o 10º, o 12º, o 13º e o 15º [cfr., respectivamente, atuais arts. 157º, 168º, nº 1, alínea b), 170º, nº 8, 189º, nº 5, 211º, nº 2, e 275º, nº 4]. E afastou outros: o 5º, o 6º e o 16º (cfr., respectivamente, os atuais arts. 136º, nº 4, 140º e 278º, nº 3). Por seu turno, a revisão constitucional de 1989 formalizaria o 9º (cfr. Art. 165º, nº 5). Alguns autores chegam a entender que toda a Constituição econômica de 1976 se teria modificado por via de costume: em vez de socialista, teria revertido em capitalista. E há quem vá mais longe: o princípio coletivista-marxista, um dos pilares da Lei Fundamental, teria caducado ainda antes da revisão de 1989⁷⁰³.

É possível, pois, encontrar na experiência constitucional de alguns países o costume *contra constitutionem*. Isto ocorre quando o texto constitucional não corresponde ao desenvolvimento da consciência nacional. Neste contexto, o povo desobedece à norma ou pede a sua revogação, perdendo ela, tacitamente, a sua força obrigatória, isto é, toda a sua eficácia social. Neste contexto, verifica-se o costume contra a Constituição formal, quando ela não está de acordo com a Constituição material, mas jamais contra esta.

Um exemplo⁷⁰⁴ que pode ser lembrado no direito constitucional brasileiro é o “voto de liderança”, decorrente do esvaziamento do Congresso no regime militar. Como os parlamentares estavam fora, intermediando recursos regionais, os líderes de bancada votavam como se as bancadas tivessem decidido. Tal prática contraria a regra constitucional presente no artigo 47 da atual Constituição brasileira, que também figurava nas constituições anteriores, de que “as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”. Ainda sobre o tema, Luís Roberto Barroso traz exemplos mais recentes:

⁷⁰³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II, p. 125-127.

⁷⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 296.

Há casos de outros costumes inconstitucionais ainda não superados, como a rotineira inobservância por Estados e Municípios das regras constitucionais relativas aos precatórios, em especial do dever de fazer a inclusão nos seus orçamentos de verba para o respectivo pagamento (CF, art. 100, § 1º); a consumação da desapropriação sem pagamento efetivo da indenização (CF, art. 5º, XXIV); ou o descumprimento de regras orçamentárias, como a que veda o remanejamento de verbas sem autorização legislativa (CF, art. 5º, VI)⁷⁰⁵.

O direito constitucional argentino registra diversas disposições da Constituição de 1853-60 derogadas, seja por seu abandono, seja por sua transgressão aberta e cotidiana. Néstor Pedro Sagüés⁷⁰⁶ traz, como exemplo de abandono, o imperativo estabelecimento do “juízo por jurados”, enfaticamente previsto pelos então artigos 24 e 102 da Constituição e sepultado no esquecimento. Como exemplo de transgressão aberta e cotidiana, o artigo 86, inciso 21, a respeito da impossibilidade do presidente ausentar-se da capital federal sem permissão do Congresso, o que fez com demasiada frequência em virtude de deslocamentos para a residência presidencial em Olivos, situada fora da capital federal.

⁷⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135. Ver também BARROSO, Luís Roberto. *Mutação constitucional*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

⁷⁰⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 41.

3 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As limitações às mutações constitucionais são imprescindíveis. Se, por um lado, é necessária a conformação da Constituição à realidade social; por outro, deve-se ter a prudência de não cair em estado de anomia mesmo que na presença de um texto constitucional.

Como afirma Lenio Luiz Streck, a admissão da tese de que norma e texto são coisas distintas “não pode significar que é possível atribuir qualquer sentido ao texto”⁷⁰⁷. O autor ainda esclarece que

a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma)⁷⁰⁸.

Como se trata de uma expressão do poder constituinte, a mutação constitucional encontrará limitações, eis que aquele mesmo também as conhece. Mas os limites da mutação constitucional não se resumem aos limites do poder constituinte.

Na lição de Konrad Hesse, vê-se que

uma teoria jurídica da mutação constitucional e de seus limites só seria possível mediante o sacrifício de um dos pressupostos metódicos básicos do positivismo: a estrita separação entre “Direito” e “realidade”, bem como o que constitui sua consequência, a inadmissão de quaisquer considerações históricas, políticas e filosóficas no processo de argumentação jurídica. Sobre tais supostos resultava impossível resolver juridicamente o problema da influência da “realidade” sobre o conteúdo das normas⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004, p. 122.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 131.

⁷⁰⁹ Tradução livre do texto em espanhol: “una teoría jurídica de la mutación constitucional y de sus límites sólo hubiera sido posible mediante el sacrificio de uno de los presupuestos metódicos básicos del positivismo: la estricta separación entre “Derecho” y “realidad”, así como los que constituye su consecuencia, la inadmisión de cualesquiera consideraciones históricas, políticas y filosóficas del proceso de argumentación jurídica. Sobre tales supuestos resultaba imposible resolver jurídicamente el problema de la influencia de la “realidad” sobre el contenido de las normas”. (HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 90-91)

Em verdade, inexistiu tratamento sistemático no tocante às limitações dos processos indiretos de mudança da Constituição, e a maioria da doutrina não enfrentou o tema especificamente. Como escreve Walber de Moura Agra, “a doutrina não definiu, com parâmetros claros, o limite para a concretização das mutações”⁷¹⁰.

Para Uadi Lammêgo Bulos, “não é possível delimitar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis”⁷¹¹, que variam conforme os acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação. Neste sentido, o autor declara que

as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo, psicológica – seria a *consciência* do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior. Assim, evitar-se-iam as mutações inconstitucionais, e o limite, nesse caso, estaria por conta da ponderação do intérprete, ao empreender o processo interpretativo que, sem violar os mecanismos de controle da constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima à realidade social cambiante. É inegável que esse limite subjetivo, consubstanciado no elemento psicológico da consciência do intérprete em não violar os parâmetros jurídicos, através de interpretações maliciosas e traumatizantes, não pode ser levado às últimas consequências, diante da realidade cotidiana dos diversos ordenamentos constitucionais⁷¹².

Apesar disso, não se pode tolerar a ausência de limites em um Estado Democrático de Direito. A mutação constitucional somente pode ocorrer dentro dos limites impostos pela normatividade da Constituição. Dito de outra maneira, a mutação constitucional tem sua atuação reduzida ao domínio permitido pela própria Constituição.

⁷¹⁰ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17. Cf. também: AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 119.

⁷¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 91.

⁷¹² *Ibidem*, p. 91.

3.1 A SUPREMACIA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

As transformações da Constituição constituem um tema que nos leva a estabelecer ponderações acerca de suas necessárias limitações a fim de que sejam asseguradas a sua supremacia e a sua força normativa e, com estas, sejam protegidos os valores de certeza e segurança jurídica.

Um dos instrumentos, para se alcançar a necessária estabilidade da Constituição, é a rigidez constitucional, que está relacionada com as limitações do poder reformador e que se revela um importante instrumento da limitação jurídica do poder. Uma Constituição rígida prevê um procedimento dificultado em relação ao procedimento previsto para as leis infraconstitucionais para a adição, a supressão ou a alteração do texto constitucional.

Todavia, ao contrário do que ocorre com a reforma constitucional, que tem suas limitações previstas expressamente no texto constitucional⁷¹³, a mutação constitucional não tem os seus limites e o seu alcance previstos expressamente na Constituição, tais balizas serão uma decorrência da supremacia e da força normativa da Constituição. Torna-se imperioso, assim, superar antigo entendimento acerca das mudanças informais, pois

Laband, apesar de ressaltar e destacar a grande quantidade de mudanças informais na Constituição afirmou a impossibilidade de controlá-los juridicamente. Neste sentido, sustentou que “a regra segundo a qual as leis ordinárias devem estar sempre em harmonia com a Constituição e não devem ser incompatíveis com esta, constitui um postulado de política legislativa, mas não um axioma jurídico”. Isto indica que Laband atribuía à Constituição força normativa, mas não superioridade hierárquica sobre as leis do Parlamento⁷¹⁴.

⁷¹³ Em verdade, há limites expressos e limites implícitos.

⁷¹⁴ Tradução livre do original em espanhol: “Laband, a pesar de resaltar y destacar la gran cantidad de cambios informales a la Constitución afirmó la imposibilidad de controlarlos juridicamente. En este sentido, sostuvo que “la regla según la cual las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no deben ser incompatibles con ésta, constituye un postulado de política legislativa, pero no un axioma jurídico”. Lo anterior indica que Laband atribuía a la Constitución fuerza normativa pero no superioridad jerárquica sobre las leyes del Parlamento”. (URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr., 2000, p. 110)

É necessário, sobretudo, que seja preservado o princípio da supremacia constitucional, que indica que a Constituição é a norma maior do ordenamento, e que acima dela nenhuma norma de existência concreta existe. Isto porque, como leciona Pedro de Vega, o reconhecimento da existência das mutações constitucionais não se pode colocar em dúvida a característica de *Lex superior* da Constituição⁷¹⁵.

O princípio da supremacia da Constituição significa que esta se apresenta “no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”⁷¹⁶. Deste princípio decorre a hierarquia das normas, a partir da norma constitucional, e o controle de constitucionalidade, que afere a compatibilidade das normas que compõem o sistema jurídico.

As mutações constitucionais podem coexistir com o princípio da supremacia constitucional, sem que haja detrimento deste. Pedro de Vega⁷¹⁷ destaca que o problema dos limites da mutação constitucional surge quando a tensão entre facticidade e normatividade converte-se social, política e juridicamente em um conflito que põe em risco a própria noção de supremacia. Daí a difícil tarefa do intérprete, como anota José Horácio Meirelles Teixeira, que terá como balizas, de um lado, “o respeito à Constituição, como expressão máxima e solene da soberania nacional e, por outro, essa necessidade de constante adaptação dos seus princípios e cláusulas às supremas exigências da paz social, da Justiça e do Bem Comum”⁷¹⁸.

Além da supremacia, deve ser observada a força normativa da Constituição. Como lembra Konrad Hesse, “a Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle”⁷¹⁹. Ainda segundo a lição do autor

⁷¹⁵ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 214-215.

⁷¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45.

⁷¹⁷ VEGA, Pedro de. *Op. cit.*, p. 215. Nota 715.

⁷¹⁸ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 152.

⁷¹⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 25.

alemão⁷²⁰, a existência da Constituição é, em primeiro lugar, uma questão de sua força normativa. E, ainda, maior será a disposição de reconhecer os conteúdos da Constituição como obrigatórios na medida em que a ordem constitucional corresponda às realidades da situação histórica. E, quanto mais firme for a determinação de atualizar esses conteúdos, maior a chance de as ameaças serem evitadas. É como escreve o autor:

Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes⁷²¹.

A mutação constitucional atua como mecanismo de aproximação entre a Constituição e a realidade constitucional. Segundo Ana Victoria Sánchez Urrutia⁷²², somente é possível inferir-se mudanças informais na Constituição a partir de sua concepção normativa, e apenas desde que a concepção da Constituição, enquanto ordenação do sistema político e normativo, possa ser estabelecida de tal forma que a mutação constitucional seja integrada como um de seus elementos.

A mutação constitucional está vinculada à existência de uma Constituição dotada de força normativa, pois a mutação constitucional “não é um fenômeno passível de ser encontrado em qualquer ordem jurídica, mas apenas em uma ordem jurídica estruturada por uma Constituição normativa”⁷²³. Vale dizer que a Constituição deve ser tanto normativa quanto dinâmica. Enquanto a força normativa da Constituição é responsável pela conformação da vida em sociedade, o caso concreto conferirá

⁷²⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 503.

⁷²¹ *Idem*. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20-21.

⁷²² URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 106.

⁷²³ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 177.

dinamicidade às normas constitucionais. Daí porque escreve Pedro de Vega⁷²⁴ que não se trata de prevalecer o *fiat jus pereat mundus* tampouco impor a facticidade, mas, sim, encontrar a fórmula que, sem destruir nenhuma, possam coexistir as duas. Isto porque, como evidencia Konrad Hesse, “a Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade”⁷²⁵.

De acordo com Konrad Hesse, o desenvolvimento da força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas de sua *praxis*, que se efetiva por uma interpretação adequada, “que é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”⁷²⁶. Assim resume Konrad Hesse:

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. 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. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada 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*)⁷²⁷.

Por conter as diretrizes superiores da organização política e jurídica de um povo, a Constituição só se consolidará e produzirá os resultados adequados à medida que for possível o seu amoldamento às novas realidades da vida social. Para esclarecer,

A força normativa da Constituição está condicionada por cada *vontade atual* dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição. Como a Constituição, como toda ordem jurídica, carece da atualização pela atividade humana, sua força normativa depende da disposição de considerar seus conteúdos como obrigatórios e da determinação de realizar esses conteúdos, também contra resistências⁷²⁸.

A ideia de Constituição normativa exige que as normas constitucionais sejam responsáveis por conformar a realidade. Nesse sentido, é indispensável aproximar o

⁷²⁴ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 211.

⁷²⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 25.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 22-23.

⁷²⁷ *Ibidem*, p. 24.

⁷²⁸ *Idem*. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 49.

mundo fático e o mundo normativo a fim de que não haja qualquer mitigação à supremacia da Constituição, tendo em vista que o fático não pode sobrepujar o normativo. Dessa forma, torna-se necessário que a mutação constitucional atenha-se aos limites normativos criados pela própria Constituição. “Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído”⁷²⁹. Se estes limites não forem obedecidos, ter-se-á uma mutação inconstitucional, haja vista que

A questão da fixação dos limites da atividade de interpretação é de suprema importância, pois, do contrário, esta poderia servir como um meio de alterar indistintamente a constituição de forma arbitrária, violando seu conteúdo essencial e – o que é pior – gerando uma atmosfera de total insegurança jurídica, que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito⁷³⁰.

Como foi visto no primeiro capítulo deste trabalho, segundo a teoria da concretização, as normas constitucionais resultam da conexão entre o *programa normativo* (*Normprogram*), ou seja, a sua expressão literal, e o *âmbito normativo* (*Normbereich*), entendido como a realidade circundante, o que resulta na *norma de decisão*. Dentro deste contexto, declara Pedro de Vega⁷³¹ que, assim como o programa normativo conforma a realidade, o âmbito normativo também conforma o programa normativo. Isto significa que a realidade constitucional é uma realidade complexa e englobante, na qual confluem e aparecem inter-relacionadas a facticidade e a normatividade.

As mutações constitucionais ocorrem a partir das alterações havidas no âmbito normativo e comportadas pelo processo de concretização. Dessa forma, os limites da mutação constitucional estão ligados ao *programa normativo*, ao *âmbito normativo* e à *norma de decisão*, conforme será visto na seqüência.

⁷²⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coords.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 357.

⁷³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 147.

⁷³¹ VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 213.

3.2 LIMITES CONCERNENTES AO PROGRAMA NORMATIVO

3.2.1 Elasticidade do texto

Em decorrência da própria natureza da mutação constitucional, como processo informal de alteração da Constituição, impõe-se o texto constitucional como o seu mais peculiar limite. Não a letra do texto, mas a elasticidade que ele permite. Em outros termos, busca-se o sentido literal possível do enunciado normativo. O texto normativo constitui o ponto de partida da atividade interpretativa e também balizará o seu limite.

O significado de um enunciado normativo é aquilo que este suscita na mente do sujeito cognoscente. Nesse sentido, quando se afirma que o texto possui uma elasticidade de interpretação, o que se quer dizer é que não se pode extrair do texto aquilo que ele não suscita na mente do intérprete.

A interpretação de um texto normativo deve ter como parâmetro o próprio texto. Isto porque “o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto”⁷³² e os enunciados constituem “verdadeiras barreiras interpretativas para o operador do Direito”⁷³³. Dessa forma, se é verdade que um texto pode ter mais de um significado, também é verdade que não pode ter infinitos⁷³⁴.

Quanto a isso, João Maurício Adeodato anota que o texto da norma é importante em sua concretização, pois assume a função de “fixar os limites (*Grenzfunktion*) a partir dos quais a norma será concretizada. Neste sentido, aproxima-se da ‘moldura’ kelseniana, pois o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer

⁷³² Tradução nossa do texto em espanhol: “El contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto”. (HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 101)

⁷³³ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 219.

⁷³⁴ CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. Madri: Tecnos, 1997, p. 108-109.

direção”⁷³⁵. Luís Roberto Barroso destaca que a interpretação evolutiva encontra limite “representado pelo próprio texto, pois a abertura da linguagem constitucional e a polissemia de seus termos não são absolutas, devendo estancar diante de significados mínimos”⁷³⁶. Diante desse quadro, é possível falar que o texto desempenha uma *função negativa*⁷³⁷.

A mutação constitucional “apenas pode ser realizada, de maneira legítima, no quadro das possibilidades semânticas que o texto constitucional permitir”⁷³⁸. No marco da Constituição da República Federal da Alemanha, Konrad Hesse sustenta que a mutação constitucional é admissível enquanto não vulnere a literalidade e não entre em contradição direta com o sentido ou a finalidade do texto normativo. Em suas palavras:

A interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma. Estabelecimentos obrigatórios podem, nisso, também estar contidos em Direito Constitucional não-escrito. Como, entretanto, direito não-escrito não deve entrar em contradição com a *constitutio scripta*, é esta um limite insuperável da interpretação constitucional. Esse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ele inclui a possibilidade de uma mutação por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente⁷³⁹.

Não pode haver uma realidade constitucional *contra constitutionem*. Em razão da própria função da Constituição escrita, Klaus Stern anota que “não é possível passar por cima do direito constitucional escrito alegando-se um direito não escrito. No tocante a isso, não pode haver uma eventual mutação constitucional

⁷³⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 230-231.

⁷³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148.

⁷³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1202.

⁷³⁸ LEITE, Glauco Salomão. Os limites da interpretação judicial da Constituição na redefinição do controle incidental de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 225-244, jul./set., 2008, p. 233-234.

⁷³⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 69-70.

derrogatória”⁷⁴⁰. Dessa forma, quando a realidade não é reflexo da Constituição, chegou o momento de reformá-la. Por isso, para Konrad Hesse, “a problemática da revisão constitucional começa ali onde terminam as possibilidades de mutação constitucional”⁷⁴¹.

Ao discutir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁷⁴², Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, chegam a indagar se a interpretação da Constituição pode levar o STF a produzir “interpretações que, levadas ao limite, façam soçobrar os limites semânticos do texto no modo que ele vinha sendo entendido na (e pela) tradição (no sentido hermenêutico da palavra)?”⁷⁴³.

Como já alhures visto, a mutação constitucional não altera o texto da Constituição⁷⁴⁴, mas somente uma reforma (ou revisão) constitucional pode fazê-lo.

⁷⁴⁰ Para cotejo, é apresentado o texto em espanhol: “Por la propia función de la constitución escrita no es posible, pasar por encima del derecho constitucional escrito reclamándose del derecho no escrito. En este sentido no puede actuar una eventual mutación constitucional de manera derogadora”. (STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana**. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 263)

⁷⁴¹ Vide texto em espanhol, para comparação: “la problemática de la revisión constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de mutación constitucional”. (HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 24)

⁷⁴² Especificamente na Reclamação nº 4.335-5/AC, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento não concluído até a conclusão deste trabalho).

⁷⁴³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coords.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 377.

⁷⁴⁴ Nesse sentido, discorda-se aqui do entendimento manifestado pelo Ministro Eros Grau no julgamento da Reclamação nº 4.335-5/AC (Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento não concluído até a conclusão deste trabalho), acerca do artigo 52, X, da Constituição: “Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto ‘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’. Eis precisamente o que o eminente relator pretende que tenha ocorrido, uma mutação constitucional”. Curiosamente, no mesmo voto, algumas linhas antes, o Ministro dizia de forma diferente: “A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual”.

Convém informar que Cristina Queiroz enfatiza que o texto “limita de modo inultrapassável a capacidade de construção do intérprete”⁷⁴⁵ e, por conseguinte, o processo de reforma constitucional existe precisamente para ultrapassar as restrições constantes no texto constitucional vigente. Nesse sentido, anota a autora portuguesa:

Importa por isso distinguir o direito constitucional não escrito *contra constitutionem* do direito constitucional não escrito *intra constitutionem*. Pelas funções que a Constituição desempenha, não será possível passar por cima do direito constitucional escrito, reclamando-se do direito constitucional não escrito. Neste sentido, não poderão ocorrer entre nós mutações constitucionais de forma derogatória face a um objetivo normativo deixado claro pelo legislador constituinte⁷⁴⁶.

Friedrich Müller também entende que “o teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis”⁷⁴⁷. Dessa forma, a mutação constitucional há de estancar diante dos sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado, visto que “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”⁷⁴⁸.

Mas se deve ressaltar que, em certos casos, a elasticidade do texto normativo permite a extração de uma norma bastante distante da letra da Constituição, sem que isto implique o seu rompimento.

⁷⁴⁵ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 174.

⁷⁴⁶ A autora portuguesa registra o entendimento divergente firmado no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 142/85, no qual a “tradição” é tomada autonomamente como fonte de decisão. “O Tribunal Constitucional considera que a ‘longa e ininterrupta tradição de que goza no ordenamento jurídico português o instituto da colocação na disponibilidade dos funcionários diplomáticos’, de natureza pré-constitucional, em nada afeta ou viola princípios constitucionais fundamentais como seja a audiência prévia do interessado, princípios de igualdade e da fundamentação dos atos administrativos, justificando-se o seu peculiar particularismo pela natureza própria da atividade diplomática e especificação das funções desempenhadas pelos membros das respectivas carreiras”. (*Ibidem*, p. 117-118)

⁷⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 75.

⁷⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127-128. Ver também BARROSO, Luís Roberto. **Mutação constitucional**. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 215.

É o que ocorreu, por exemplo, com o conceito de família dado pela Constituição de 1967/1969, qual seja, “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (artigo 167 do texto de 1967 e artigo 175 do texto de 1969). Dentro desse conceito, não havia a ideia de proteção à situação de um homem e uma mulher que coabitassem como cônjuges, sem serem casados. Apesar da literalidade do dispositivo anteriormente citado, no seu processo de concretização, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento do Recurso Extraordinário RE nº 60.657/GO⁷⁴⁹ que, em razão das mudanças nas concepções culturais e sociais brasileiras, o direito deveria também proteger a relação constituída a partir da convivência, sob o mesmo teto, de homem e mulher não casados.

Pode-se dizer que este hiato entre o texto constitucional – recente em relação a estas decisões do Supremo Tribunal Federal – e a realidade brasileira deve-se, em grande parte, ao fato de o referido texto constitucional ter sido outorgado, mas não discutido em uma assembleia constituinte formada por legítimos representantes do povo.

Alterações profundas como esta são suscetíveis de acontecer mormente em textos novos, como anota Pablo Lucas Verdú ao comentar o exemplo do Chanceler do *Reich* e sua delegação, citado no capítulo anterior.

Pode surgir a necessidade, de modo surpreendente, de transmutar a organização estatal contra a letra constitucional. Isto ocorre nas Constituições criadas *ex novo* porque qualquer concepção humana é incapaz de determinar a formação real de instituições novas, todavia não experimentadas. Com freqüência, a instituição criada sofrerá, em tais casos, uma transmutação possivelmente muito profunda, sem alteração alguma dos textos legais correspondentes, devido a circunstâncias, previstas ou imprevistas, e talvez rapidamente ou em pouco tempo⁷⁵⁰.

⁷⁴⁹ Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Rel. Min. Adalicio Nogueira. J. 20/11/1970. DJ 16/12/1970.

⁷⁵⁰ Tradução nossa do original em espanhol: “Puede surgir, la necesidad, de modo sorprendente, transmutando la organización estatal contra la letra constitucional. Ello ocurre en las Constituciones creadas *ex novo* porque cualquier concepción humana es incapaz de determinar la formación real de instituciones nuevas todavía no experimentadas. A menudo, la institución planeada sufrirá, en tales casos, una transmutación posiblemente muy profunda, sin cambio alguno de los textos legales correspondientes, debido a circunstancias, previstas o imprevistas, y tal vez rápidamente o en poco tiempo”. (VERDÚ, Pablo Lucas, no estudo preliminar da obra JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. LXXI)

Sob a égide da Constituição brasileira de 1988, o Governador do Estado do Rio de Janeiro propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132/RJ, em que se pleiteia o reconhecimento de que o regime jurídico das uniões estáveis também deve se aplicar às uniões homoafetivas, apesar de o texto constitucional vigente estabelecer que, “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” (artigo 226, §3º). Referida ADPF ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, mas o Advogado-Geral da União manifestou-se no sentido de se extrair daí uma norma além do que está expressamente escrito no texto constitucional:

Pode-se afirmar que, a despeito de a Carta de 1988 não haver contemplado – de modo expresso – o tratamento jurídico das uniões homoafetivas no capítulo que dedica à família, a evolução e a complexidade das relações humanas estão a exigir do sistema jurídico respostas adequadas para a resolução dessas controvérsias, intimamente ligadas ao pleno exercício dos direitos humanos fundamentais. [...] A compreensão do tema perpassa, sem dúvida, pela análise dos parâmetros normativos já existentes com relação ao casamento e à união estável e da concretização dos postulados constitucionais da igualdade, da liberdade e da promoção de uma sociedade livre de preconceitos. [...] Considerando, pois, que as relações afetivas, sejam homo ou heterossexuais, são baseadas no mesmo suporte fático, razão não há – sob pena de discriminação – para se atribuir às mesmas tratamento jurídico diferenciado. [...] Não há esforço hermenêutico, destituído de preconceito, capaz de encontrar justificativa plausível para oferecer solução jurídica que trate de modo diferenciado os integrantes de uniões homoafetivas. Induvidosamente, constituem *família*.

Cumprir lembrar que a Justiça Eleitoral⁷⁵¹ já considera como cônjuges, para efeito da inelegibilidade estabelecida no artigo 14, § 7º, da Constituição Federal, as pessoas do mesmo sexo, haja vista que, vivendo em estado de casadas, devem ser tratadas como se casadas fossem, assim não deve ser desprezado o princípio da igualdade.

Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho reconhece que “problema mais complicado é o que se levanta quando existe uma radical mudança de sentido das

⁷⁵¹ Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564, acórdão publicado em sessão, em 01/10/2004: “Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal”.

normas constitucionais (exs.: [...] admitir que no art. 36º/1⁷⁵² estão previstos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo)⁷⁵³. Como observa María Luisa Balaguer Callejón, é muito difícil estabelecer até aonde é possível ir com a interpretação, pois,

quando se trata de um texto reinterpretado por uma nova realidade sócio-política que destacou outro sentido da letra escrita, o problema torna-se uma questão de limites da mutação, e volta assim à questão geral de saber até onde se pode forçar o texto sem incorrer em um excesso interpretativo⁷⁵⁴.

Por exemplo, o artigo 55⁷⁵⁵ da Constituição Nacional argentina exige, para ser Senador, que se conte com uma renda anual de dois mil pesos fortes. Esta quantidade, que corresponderia hoje cerca de dois mil dólares por mês⁷⁵⁶, importa em uma exigência oligárquica axiologicamente inaceitável.

É preciso distinguir as novas leituras que se mantenham dentro do espectro dos significados aceitáveis de um texto jurídico, daquelas outras criações sub-reptícias de novos preceitos, que ocorrem por meio de interpretações que ultrapassam o sentido literal possível dos enunciados jurídicos e acabam por transformar os seus “intérpretes em legisladores sem mandato”⁷⁵⁷.

Deve ser frisado que o limite é a elasticidade do texto constitucional como um todo, e não de um enunciado específico isoladamente analisado.

⁷⁵² *In verbis*: “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

⁷⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1213-1214.

⁷⁵⁴ Tradução livre do original em espanhol: “Cuando se trata de un texto, reinterpretado por una nueva realidad socio-política, que ha destacado otro sentido de la letra escrita, el problema se convierte en una cuestión de límites de la mutación, y revierte así a la cuestión general, de hasta dónde puede llegar a forzarse un texto, sin incurrir en un exceso interpretativo”. (CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. Madri: Tecnos, 1997, p. 34)

⁷⁵⁵ *In verbis*: “São requisitos para ser eleito senador: ter a idade de trinta anos, ser cidadão da Nação há seis anos, desfrutar de uma renda anual de dois mil pesos fortes ou de uma quantia equivalente, e ser natural da província que o eleja, ou com dois anos de residência imediata nesta”.

⁷⁵⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 34.

⁷⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132.

Em muitas vezes, existe uma interpretação que, à primeira vista, contraria o texto de um determinado dispositivo constitucional, mas que, na verdade, a interpretação sistemática revela o seu verdadeiro significado. Foi assim que o Supremo Tribunal Federal excluiu a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração (90,25%), apesar do que dispõe expressamente o texto do artigo 37, XI⁷⁵⁸, e §12⁷⁵⁹ da Constituição Federal⁷⁶⁰.

A pluralidade que compõe a Constituição impede a análise isolada de um determinado dispositivo. Para a sua compreensão mais acurada, é imprescindível a interpretação sistêmica.

Quanto ao princípio da unidade da Constituição, Friedrich Müller explica que

Esse princípio ordena interpretar normas constitucionais de modo a evitar contradições com outras normas constitucionais e especialmente com decisões sobre princípios do direito constitucional. A “unidade da Constituição” enquanto visão orientadora da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida, bem como, sobretudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da constituição como um *arcabouço de normas*. Este, por um

⁷⁵⁸ *In verbis*: “Art. 37. [...] XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”.

⁷⁵⁹ *In verbis*: “Art. 37. [...] §12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores”.

⁷⁶⁰ “Do exposto, concedo a liminar, nos termos do art. 10, §3º, da Lei nº 9.868, de 10.11.99, para, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 37, XI, e §12, da Constituição da República, o primeiro dispositivo, na redação da Emenda Constitucional nº 41/2003, e o segundo, introduzido pela Emenda Constitucional nº 47/2005, excluir a submissão dos membros da magistratura estadual ao *subteto de remuneração* [90.25%], bem como para suspender a eficácia do art. 2º da Resolução nº 13/2006 e art. 1º, parágrafo único, da Resolução nº 14, ambas do Conselho Nacional de Justiça” (Ministro Cezar Peluso, relator, no julgamento da ADIn-MC 3.854-1/DF. Supremo Tribunal Federal. Pleno. J. 28/02/2007. DJ 29/06/2007).

lado, não é destituído de tensões nem está centrado em si, mas forma, por outro lado, provavelmente um todo integrado com sentido⁷⁶¹.

Quando existem contextos distintos de sentido e de valor, nem sequer a letra é garantia de certeza. A argumentação “literal” de Pórcia contra a pretensão de Shylock, em “O Mercador de Veneza”⁷⁶², é uma demonstração clássica disso.

O Supremo Tribunal Federal fez uma leitura extensiva do artigo 5º, *caput*, do texto constitucional, valendo-se de outros enunciados normativos que complementam o seu sentido, desenvolvendo uma adequada interpretação sistemática. O artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988 prescreve que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. Embora não se defenda a interpretação gramatical ou literal pura e simples, “a letra da lei constitui sempre ponto de referência obrigatório para a interpretação de qualquer norma”⁷⁶³. Dessa forma, uma primeira leitura do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal poderia levar o leitor a excluir do alcance da norma os estrangeiros não residentes no Brasil.

Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, não há explicação satisfatória para esta exclusão, “a não ser o fato de o constituinte ter-se apegado à tradição da Constituição de 1891 que reconhecia os direitos individuais somente a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil”⁷⁶⁴. Mas, segundo José Afonso da Silva,

quando a Constituição, como as anteriores, assegura tais direitos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, indica, concomitantemente,

⁷⁶¹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 84.

⁷⁶² O diálogo estabelecido na Cena I do Ato IV da obra de William Shakespeare expõe esta situação: “Pórcia: – Pertence-te uma libra aqui da carne do mercador; a Corte o reconhece, porque a lei o permite. Shylock: – Oh juiz íntegro! Pórcia: – E deveis retirá-la justamente do peito dele; a Corte o reconhece, porque a lei o permite. Shylock: – Oh juiz sábio! Isso, sim, que é sentença! Vamos logo; preparai-vos. Pórcia: – Um momentinho, apenas. Há mais alguma coisa. Pela letra, a sangue jus não tens; nem uma gota. São palavras expressas: ‘Uma libra de carne’. Tira, pois, o combinado: tua libra de carne. Mas se acaso derramares, no instante de a cortares, uma gota que seja, só, de sangue cristão, teus bens e tuas terras todas, pelas leis de Veneza, para o Estado passarão por direito.” (SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 138)

⁷⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 110.

⁷⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007, p. 85.

sua positivação em relação aos sujeitos (subjetivação) a que os garante. Só eles, portanto, gozam do direito subjetivo (poder ou permissão de exigibilidade) relativamente aos enunciados constitucionais dos direitos e garantias individuais. [...] Quando o art. 1º põe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito faz uma proclamação de valor universal, aí sim, abrangente do ser humano⁷⁶⁵.

Todavia, como a interpretação é uma operação que atribui significado a um texto, no julgamento do *habeas corpus* HC 74.051-1/SC⁷⁶⁶, o Supremo Tribunal Federal expressou o entendimento de que não apenas os brasileiros e os estrangeiros residentes no país estão protegidos pela norma constitucional em comento, mas também os estrangeiros não residentes.

O voto do ministro relator Marco Aurélio foi abalizado na doutrina do também ministro Celso de Mello, que disserta acerca do gozo de direitos pelos estrangeiros. Neste sentido, tem-se que

A garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais, salvo as exceções de ordem constitucional, se estende também aos estrangeiros não residentes ou domiciliados no Brasil. O caráter universal dos direitos do homem não se compatibiliza com estatutos que os ignorem. A expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro⁷⁶⁷.

A negação dos direitos humanos fundamentais, para os estrangeiros em trânsito no Brasil, seria contra a ideologia humanista que norteia os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente o objetivo de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, CF), além do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Todavia, uma análise isolada do texto do *caput* do artigo 5º da Constituição admite – embora não seja a melhor – uma interpretação excludente dos direitos fundamentais dos estrangeiros não residentes. Convém ilustrar esta situação com o caso *United*

⁷⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 192.

⁷⁶⁶ Rel. Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. J. 18/06/1996. DJ 20/09/1996.

⁷⁶⁷ MELLO, Celso de. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 424.

*States versus Verdugo-Urquidez*⁷⁶⁸ do direito norte-americano, no qual a Suprema Corte norte-americana entendeu que Verdugo não estaria protegido pela Emenda IV⁷⁶⁹. Na visão do *Chief Justice* Willian Rehnquist, o “*We the People*” não compreenderia todos os membros que habitam o país, mas somente aquela fração dos indivíduos que fazem parte de uma comunidade nacional ou que tenham desenvolvido relação suficiente com o país a ponto de poderem fazer parte desta comunidade⁷⁷⁰.

Contudo, uma vez assentada uma interpretação mais extensiva para o *caput* do artigo 5º, da Constituição brasileira, alcançando também os estrangeiros não residentes no país, fica vedado qualquer retrocesso na interpretação que venha excluí-los da proteção constitucional. Trata-se de outra limitação, que se verá adiante.

3.2.2 Decisões vinculantes do Tribunal Constitucional

Outra limitação que pode se verificada diz respeito às decisões vinculantes do Tribunal Constitucional. Tais limitações devem ser vistas com temperamento, haja

⁷⁶⁸ “Verdugo era um cidadão do México com *status* de residente legal nos USA e possuía casas em ambos os países. Em janeiro de 1986, ele foi apreendido e levado para a custódia americana. Com Verdugo preso, em San Diego, os agentes da *U. S. Drug Enforcement Agency* (DEA) buscaram colher provas contra ele em sua residência no México a fim de ajudar os promotores do caso. Os agentes não obtiveram autorização para tanto, embora tivessem permissão por parte das autoridades mexicanas. Encontrado uma prova de remessa de maconha para a fronteira, esta fora refutada pelo conselho de defesa de Verdugo que mandara suprimir tal prova com base em que o direito de Verdugo a Quarta Emenda fora violado. A Corte Distrital da Califórnia e a Nona Corte apoiaram Verdugo, mas a Suprema Corte reverteu a decisão e a condenação de Verdugo permaneceu”. (SIFFERT, Paulo de Abreu. Breves notas sobre o constitucionalismo americano. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Temas de direito constitucional norte-americano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 68)

⁷⁶⁹ *In verbis*: “Não se atingirá o direito dos cidadãos de estarem livres de busca e apreensão arbitrárias, quanto a sua pessoa, domicílio, documentos e seu patrimônio; nenhum mandado poderá ser expedido se ele não se baseia em motivos plausíveis, se não se apóia em declarações ou afirmações sob juramento e se não se menciona de forma detalhada os locais objetos de busca e as pessoas ou objetos a apreender”.

⁷⁷⁰ “Esta construção excludente dos membros do ‘*We the People*’ apresentada por *Justice* Rehnquist não era unânime em sua Corte. Em oposição, podemos citar a visão inclusiva de *Justice* Willian Brennan, que se baseou em seu esboço da ‘mutuality’ (mutualidade/reciprocidade) para sustentar uma leitura mais ampla de quem poderia reivindicar a proteção substantiva do *Bill of Rights*. Seu entendimento deságua na compreensão de que aonde a lei americana alcança, direitos são pré-requisitos para justificar a obrigação legal”. (SIFFERT, Paulo de Abreu. Breves notas sobre o constitucionalismo americano. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Temas de direito constitucional norte-americano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 69)

vista que as decisões judiciais vinculantes apresentam-se como limites a certos intérpretes da Constituição, excetua-se, *v.g.*, o próprio Tribunal Constitucional, que não fica vinculado às suas próprias decisões.

Inicialmente merece ser destacada a existência de duas tradições jurídicas importantes, representadas em dois grandes modelos conhecidos de sistemas jurídicos: (i) o modelo romanístico do direito codificado (*civil law*) e (ii) o modelo do precedente judicial anglo-saxão (*common law*).

O modelo romanístico caracteriza-se pela não-vinculação dos juízes inferiores às decisões dos tribunais superiores. Além disso, os juízes não se vinculam às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, o que possibilita que haja decisões diferentes em casos semelhantes. Em verdade, os juízes não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de entendimento diante de outros casos semelhantes. No modelo romanístico, vigora o princípio (regra estrutural do sistema) da *independência do juiz*, que deve julgar segundo a Constituição e as leis, e ainda conforme a sua consciência. “Por essas razões, a doutrina costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte, ao contrário do que sucede com a teoria do precedente no mundo anglo-saxônico”⁷⁷¹.

No modelo anglo-saxônico, o aperfeiçoamento dos repertórios dos casos e o surgimento de uma hierarquia judiciária mais homogênea levaram a consagrar, no século XIX, uma doutrina conhecida como *stare decisis*. O *stare decisis* é “a doutrina de aplicação ao caso a ser resolvido dos precedentes assentados em casos anteriores, quando os fatos são materialmente os mesmos, independentemente de quem sejam as partes”⁷⁷². Deste modo,

Considera-se como precedente o caso anterior que serve, ou pode ser tomado, como modelo ou regra para casos subseqüentes, ou em virtude do qual pode defender-se ou justificar-se algum ato ou circunstância similar. O precedente obedece à necessidade de manter uma certeza jurídica nas

⁷⁷¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 241.

⁷⁷² Tradução nossa do original em espanhol: “la doctrina de aplicación al caso a resolver de los precedentes sentados en casos anteriores, cuando los hechos son materialmente los mismos, y con independencia de quiénes sean las partes”. (FAYT, Carlos S. **La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia**: leading cases y holdings. Casos trascendentes. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 205)

resoluções judiciais, evitando que se produzam decisões contraditórias em casos similares⁷⁷³.

A locução completa de “*stare decisis*” é “*stare decisis et non quieta movere*”, que, literalmente, quer dizer “estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas”, ou seja, o órgão judicial deve ficar com os precedentes decididos e não alterar as decisões aquietadas. Conforme expõe Herbert L. A. Hart, *stare decisis* é uma expressão latina que significa a letra acatar os casos decididos. Esta expressão designa o princípio fundamental do direito inglês segundo o qual “os precedentes constantes das decisões anteriores dos tribunais régios gozam de autoridade, são vinculativos, devendo ser seguidos por todos os tribunais quando ocorram no futuro casos semelhantes”⁷⁷⁴.

Para esclarecer, Tércio Sampaio Ferraz Junior aponta os seus traços fundamentais:

Primeiro, os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais se obrigam por suas próprias decisões; segundo, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes; terceiro, o que vincula no precedente é sua *ratio decidendi*, isto é, o princípio geral de direito que temos de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão; quarto, um precedente (sua *ratio decidendi*) nunca perde sua vigência, ainda que os anos o tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas: ele permanece válido, e pode ser invocado desde que se demonstre sua utilidade para o caso⁷⁷⁵.

Assim, o *stare decisis* impõe que sejam observados: (i) objeto jurídico idêntico; (ii) fatos similares; e (iii) dever hierárquico de respeito, sempre presente quando se tratar de precedentes da Suprema Corte. Karl Larenz destaca a importância dos precedentes judiciais, visto que identifica um direito judicial:

Existe uma grande possibilidade no plano dos fatos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes

⁷⁷³ Tradução livre da lavra original em espanhol: “Se considera como precedente el ejemplo o caso anterior que sirve, o puede ser tomado, como modelo o regla para casos subsiguientes, o en virtud del cual puede defenderse o justificarse, algún acto o circunstancia similar. El precedente, obedece a la necesidad de mantener una certeza jurídica en las resoluciones judiciales, evitando que se produzcan decisiones contradictorias acerca de casos similares”. (CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 67)

⁷⁷⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 149.

⁷⁷⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 240.

litigantes, das empresas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, são considerados, decorrido algum tempo, “Direito vigente”. Assim se forma em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito estatuído, um “Direito judicial”⁷⁷⁶.

Os argumentos formulados, em uma decisão do Tribunal Constitucional, podem, em certos casos, ser considerados vinculantes em decisões posteriores, ou seja, devem ser seguidos em outros casos. Carlos S. Fayt explica que

o *holding* ou a *ratio decidendi* foram definidos por Mac Cormick como uma decisão tomada por um juiz com racionalidade considerada suficiente para resolver as questões colocadas pelas partes em um caso e que se valora como necessária para justificar como caráter de norma individual a decisão que resolve o caso⁷⁷⁷.

Dessa forma, é oportuno apontar que, pela observância do *stare decisis*, o tribunal passa a acatar os seus precedentes, provocando, assim, uma certa unificação nas decisões deste tribunal enquanto não variar a *ratio decidendi*⁷⁷⁸.

Quanto ao fundamento do uso dos precedentes, segundo Robert Alexy, é constituído a partir do princípio da universalidade, uma exigência subjacente a todo conceito de justiça, como concepção formal, de tratar de igual maneira aquilo que é igual⁷⁷⁹. Dessa forma, segundo o princípio da universalidade, as decisões que envolvem um problema específico devem sempre se repetir. Em um primeiro momento, essa ideia parece assemelhar-se ao princípio da igualdade, haja vista que o referido princípio faz parte do universo da argumentação moral e determina que um indivíduo deve comportar-se levando em consideração o comportamento assumido por outrem diante da mesma situação.

⁷⁷⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611-612.

⁷⁷⁷ Tradução livre da lavra original em espanhol: “el *holding* o la *ratio decidendi* fueron definidos por Mac Cormick como una decisión tomada por un juez con racionalidad considerada suficiente para resolver las cuestiones planteadas por las partes en un caso y que se valora como necesaria para justificar como carácter de norma individual el fallo que resuelve el caso”. (FAYT, Carlos S. **La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia**: leading cases y holdings. Casos trascendentes. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 205)

⁷⁷⁸ Deve-se distinguir aquela proposição jurídica contida na decisão judicial que não é parte da *ratio decidendi*. Trata-se do *obiter dictum*, que é a parte que não vincula na decisão. O *obiter dictum* é uma declaração feita pelo tribunal sobre uma questão de direito que não é essencial para a resolução do caso, referindo-se a questões colaterais, e que pode ser adotada ou não.

⁷⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 259.

Assim, de acordo com Robert Alexy, os principais argumentos para utilização de precedentes são que eles se baseiam “na igualdade, na segurança jurídica, na proteção da confiança, na redução do volume de trabalho e na estabilidade como base do desenvolvimento”⁷⁸⁰.

André Ramos Tavares leciona que o distanciamento entre os dois modelos teóricos tem diminuído no Brasil e, neste contexto, deve-se compreender a introdução da súmula vinculante no nosso país. Assim, escreve:

O chamado *precedente* (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o *caso já decidido*, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são *induzidos* a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. Esse precedente, com o princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma (ocorrendo, aqui, portanto, uma aproximação com a ideia de súmula vinculante brasileira)⁷⁸¹.

Nesse sentido, o texto constitucional brasileiro passou a prever, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, a súmula com efeito vinculante. Como se vê a seguir:

Art. 103-A. 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.

Apesar de o texto constitucional não prescrever expressamente que a súmula vinculante também vinculará o legislador, “a súmula vinculante, por estar inserida no contexto interpretativo, impede a atuação contrária do Parlamento, por meio de lei formal”⁷⁸².

⁷⁸⁰ Tradução livre do texto em espanhol: “Los argumentos más importantes apuntan a la igualdad, la seguridad jurídica, la protección de la confianza, la descarga y la estabilidad como base del progreso”. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 537)

⁷⁸¹ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007, p. 21.

⁷⁸² *Idem*. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 232.

Como explica André Ramos Tavares, “os detalhes dos casos concretos, suas particularidades e interesses, apreciados pelas decisões anteriores, serão descartados para fins de criação de um enunciado que seja suficientemente abstrato”⁷⁸³ para produzir efeitos *erga omnes*. Esta generalidade, assumida pelas súmulas vinculantes à margem das particularidades dos casos concretos, não está isenta de críticas⁷⁸⁴.

Mas críticas são amenizadas em razão da possibilidade da distinção (*distinguish*). Afinal, a estrutura normativa da Constituição deve estar preparada para as demandas das sociedades complexas e, em certos casos, o enunciado extraído de certos julgados pode abranger indevidamente hipóteses que não foram antevistas à época de sua formulação.

A este respeito, o Supremo Tribunal Federal possuía o entendimento⁷⁸⁵ no sentido de que o artigo 7º, IV, CF⁷⁸⁶, vedava apenas o emprego do salário mínimo como indexador, sendo legítima a sua utilização como base de cálculo do adicional de

⁷⁸³ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007, p. 13.

⁷⁸⁴ Lenio Luiz Streck exemplifica: “Veja-se, a propósito, o seguinte exemplo, que diz respeito ao problema (metafísico) das súmulas vinculantes, trazendo a lume o caso da Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal: ‘Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária’. Aparentemente, poder-se-ia dizer que, afinal, o verbete sumular trata de uma obviedade, pelo fato de que, denegado o principal (o mérito do mandado de segurança), seria ilógico que o secundário (a liminar) permanecesse gerando efeitos. Veja-se, entretanto, como uma aplicação *tabula rasa* da referida Súmula pode vir a acarretar problemas. Neste caso específico – e tantos outros poderiam ser aqui explicitados –, estariam excluídos todos os casos particulares em que a liminar deveria ser mantida, como, por exemplo, na hipótese de uma liminar concedida a um aluno para frequentar curso universitário, onde a revogação da liminar ainda em sede de primeiro grau, sem esgotar as instâncias recursais, pode vir a provocar prejuízo irreparável. Hermeneuticamente, o que pode ser correto na sua ‘generalidade’ pode não ser verdadeiro na sua singularidade, uma vez que a verdade é sempre desvelamento de uma situação concreta, aquele caso, nas suas especificidades. Não se pode esquecer, ademais, que um princípio pode não ser aplicado em determinados casos, sem que, com isso, perca a sua validade. Afinal, repita-se, interpretar é (sempre) um ato de *applicatio*”. (STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004, p. 150)

⁷⁸⁵ Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento AI-AgR nº 638.100-9/ES. Segunda Turma. Rel. Min. Eros Grau. J. 22/05/2007. DJ de 15/06/2007.

⁷⁸⁶ *In verbis*: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

insalubridade⁷⁸⁷. Todavia, a partir da publicação⁷⁸⁸ da Súmula Vinculante nº 4, passou a prevalecer novo entendimento do STF expresso no seu enunciado: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”⁷⁸⁹. Como se verifica, a súmula vinculante admite a possibilidade de *distinguishes*, como, *v.g.*, a possibilidade de fixação de pensão alimentícia vinculada ao salário mínimo.

De igual modo, a Constituição estabelece efeito vinculante para as decisões proferidas nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. Consoante o que vislumbra a seguir:

Art. 102. [...]

§ 2º 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.

As decisões vinculantes do Tribunal Constitucional são importantes, porque o princípio da segurança jurídica, uma das bases do Estado Democrático de Direito, exige que o conteúdo do Direito seja conhecido pelos destinatários da norma, mormente quando se trata do Direito Constitucional.

Todavia, algumas críticas são feitas às decisões vinculantes do Tribunal Constitucional, como anota André Ramos Tavares.

Objeção pertinente considera que as próprias decisões adotadas pelo poder constituinte não foram reforçadas com o efeito vinculante, quer dizer, a

⁷⁸⁷ Direito previsto no artigo 7º, XXIII, CF; “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

⁷⁸⁸ DJ de 09/05/2008.

⁷⁸⁹ Apesar da Súmula Vinculante nº 4 e do reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo nº 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, esta norma continua a reger as relações obrigacionais em virtude de não ser permitido ao Poder Judiciário criar critério novo para servir de base de cálculo (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade). Por isso, o Tribunal Superior do Trabalho formulou nova redação à sua Súmula da Jurisprudência Uniforme nº 228: “A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo” (Resolução nº 148/2008, DJ de 08, 09 e 10/07/2008).

Constituição deixou de adotá-lo para suas normas, sendo apenas aplicável às decisões do Tribunal Constitucional. Essa seria, sem dúvida, uma grave distorção do sistema, que aparenta conferir maior preocupação (e proteção) às decisões do Tribunal Constitucional do que às decisões do constituinte. Contudo, na medida em que aquele seria o legítimo representante deste (e de suas decisões), a dificuldade vislumbrada inicialmente dissipou-se desde logo⁷⁹⁰.

Além disso, Robert Alexy destaca que as duas regras principais, para a utilização de precedentes, são: “(1) Se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, deve-se utilizá-lo. (2) Aquele que pretende afastar o precedente tem, para tanto, o ônus da argumentação”⁷⁹¹.

Foi dito que a igualdade de tratamento deriva da ocorrência de suportes fáticos semelhantes. Contudo, há hipóteses em que a valoração que incidia sobre eles vem a sofrer alteração. Nestes casos, temos uma situação que justifica a mutação constitucional, pois os elementos fáticos não seriam mais coincidentes nem possuiriam um nível tal de similitude que justificaria a aplicação da mesma decisão normativa.

Deve-se considerar que, se aparecer um caso semelhante a outro ocorrido no passado, a decisão encontrada naquele processo de concretização pode não ser mais normativamente adequada a um novo momento histórico. Neste sentido também é a lavra de Alf Ross, ao declarar que

O fato de que num caso anterior de caráter similar se tenha escolhido uma certa regra como fundamento da decisão, constitui um forte motivo para que o juiz baseie a decisão presente na mesma regra. Além de tal procedimento poupar tempo, dificuldades e responsabilidades ao juiz, esse motivo está estreitamente relacionado à ideia de justiça formal, a qual em todos os tempos parece ter sido um elemento essencial da administração da justiça: a exigência de que os casos análogos recebam tratamento similar, ou de que cada decisão concreta seja baseada numa regra geral. Por outro lado, razões de peso podem ser dadas para a ruptura com práticas anteriores, particularmente, sob condições sociais em mudança e em relação a áreas do direito nas quais a legislação, contudo, não tem interferido para atualizar as normas. Em tais circunstâncias, atribuir demasiado valor ao precedente

⁷⁹⁰ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 233.

⁷⁹¹ Tradução livre do texto em espanhol: “Las dos reglas principales del uso de los precedentes rezan: (1) Si puede aducirse un precedente en favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo. (2) Quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación”. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 537)

será considerado formalismo, com uma ênfase excessiva nas exigências de justiça formal às expensas da “equidade” material⁷⁹².

Com isso, pode-se perceber que as decisões vinculantes do Tribunal Constitucional prejudicam a capacidade de evolução da interpretação da Constituição, pois a mudança de interpretação deve partir unicamente deste órgão, o que limita a possibilidade de haver uma mutação constitucional, na medida em que as decisões vinculantes inibem a liberdade de interpretação dos tribunais inferiores e, deste modo, a possibilidade de as mudanças chegarem à Corte Suprema “de baixo para cima”.

Merece ser enfatizado que não se quer dizer que as decisões vinculantes constituam um obstáculo intransponível. Caso isto fosse verdade, não haveria mutação constitucional nestas hipóteses. Como foi dito, o Tribunal Constitucional não fica vinculado às suas próprias decisões, e a este respeito, expõe Mauro Cappelletti:

Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permaneça “on the books”, é tornada “a dead law”, uma lei morta, conquanto pareça que não tenham faltado alguns casos, de resto excepcionalíssimos, de revivescimento de uma tal lei por causa de uma “mudança de rota” daquela Corte⁷⁹³.

Não se nega aqui a legitimidade das mudanças das decisões vinculantes, que devem ocorrer quando estas não forem mais congruentes com a realidade social⁷⁹⁴.

⁷⁹² ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 111.

⁷⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 81-82.

⁷⁹⁴ Acerca da superação dos precedentes judiciais no *common law*, consoante Patrícia Perrone Mello, “O tribunal poderá revogar integralmente um precedente, medida designada *overruling*; poderá apenas restringir o seu âmbito de aplicação, em favor de uma regra que lhe é posterior, através do *overriding*; e, ocasionalmente, por intermédio de um artifício denominado *transformation*, conferirá significado tão diverso a um comando, que, na verdade, ensejará implicitamente o abandono da norma original, sem assumi-lo explicitamente. Além desses mecanismos, o *stare decisis* apresenta duas técnicas intermediárias de alteração de decisões, que objetivam acomodá-las a circunstâncias que poderiam aconselhar a manutenção de um entendimento, tais quais: a necessidade de proteger a confiança dos jurisdicionados e de evitar a reabertura de casos já julgados. Um desses instrumentos é a superação de uma orientação com efeitos futuros, chamada de *prospective overruling*, pela qual se estabelece que uma nova regra será aplicada apenas a eventos ocorridos a partir do julgamento que a estabeleceu, ou de determinada data nele fixada, mantendo-se a validade do precedente antigo para a solução de demandas anteriores. Outra modalidade de decisão intermediária consiste na sinalização, *signaling*, pela qual o tribunal vinculante, ao apresentar determinado caso concreto, aplica-lhe a doutrina vigente, mas informa, sinaliza à comunidade jurídica, através de um mero *obiter dictum*, a intenção de abandoná-la no futuro, o que afasta, a partir do aviso, a justificada confiança em sua aplicação”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 235-236)

É perfeitamente possível o Tribunal expressar uma mudança nos critérios jurisprudenciais, ainda que solidamente arraigados.

Os tribunais de justiça constitucional não se encontram vinculados pelos seus próprios precedentes. Podem *'overrule'*, isto é, modificar uma orientação jurisprudencial prévia, decidindo em sentido contrário. A *Supreme Court* só se encontra vinculada pelo direito constitucional, não pelas decisões anteriores dos tribunais, incluindo as suas próprias decisões⁷⁹⁵.

É certo que estas legítimas alterações podem afetar a credibilidade da função judicial, ao se declarar admissível hoje o que se rechaçou no passado, mas este é um preço que se tem que pagar diante da necessidade de preservar a liberdade de juízo do intérprete⁷⁹⁶, e é imprescindível para a harmonia entre o direito e a realidade.

A fundamentação do Tribunal Constitucional deve fazer referência à decisão vinculante anterior e justificar a negação dos critérios que levou o Tribunal a decidir tal como da vez anterior. Este ônus impõe-se, porque, nesta hipótese, o Tribunal está operando uma mutação constitucional. Como a nova decisão modifica o conteúdo da Constituição, exige-se uma fundamentação reforçada para justificar a alteração de entendimento pelo intérprete.

3.2.3 Vedação de abolição de cláusulas pétreas

O texto constitucional brasileiro prescreve expressamente que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; (iv) os direitos e garantias individuais” (artigo 60, § 4º).

As constituições republicanas brasileiras sempre tiveram um cerne imodificável, o que constitui a estrutura basilar do edifício jurídico, o qual não pode ser abalado por

⁷⁹⁵ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 214.

⁷⁹⁶ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2004, p. 169.

obra dos poderes constituídos. A Constituição brasileira de 1988 ampliou sobremaneira o campo coberto pelas cláusulas pétreas em relação ao direito anterior, de tal forma que a nossa atual Constituição contém o rol mais extenso de limites materiais expressos no âmbito de nossa história constitucional. A Carta de 1824 não continha nenhuma limitação material expressa. A Constituição de 1891 (artigo 90, § 4º) continha a proibição de abolição da República, da Federação e da igual representação dos Estados no Senado Federal⁷⁹⁷. A Constituição de 1934 (artigo 178, § 5º) previa como limitações materiais expressas a República e a Federação. A Constituição de 1937 repetiu a de 1824 e não apresentou nenhuma limitação material expressa. A Constituição de 1946 (artigo 217, § 6º) novamente protegeu a República e a Federação, o que veio a ser mantido pela Constituição de 1967-69⁷⁹⁸.

As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais.

Esta intangibilidade deve ser bem compreendida. Em verdade, as cláusulas pétreas podem ser objeto de emenda constitucional, desde que esta venha a expandir os conteúdos constitucionalmente protegidos. Em outros termos, o que é vedado é sua a abolição, ou ainda uma tentativa neste sentido.

No dizer de André Ramos Tavares, as cláusulas pétreas podem ser identificadas como “o conjunto dos preceitos integrantes da Constituição que não podem ser

⁷⁹⁷ A Constituição brasileira de 1988 não prevê expressamente a vedação de alteração da igual representação dos Estados-Membros no Senado Federal. Embora possa ser sustentado que esta igual representação seja um princípio básico do federalismo e, portanto, a manutenção da Federação compreenderia também esta igualdade. Convém lembrar que, na Federação alemã, os Estados não têm igual representação no equivalente do Senado.

⁷⁹⁸ Artigo 90, §4º, da Constituição de 1891: “Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”. Artigo 178, §5º, da Constituição de 1934: “Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa”. Artigo 217, §6º, da Constituição de 1946: “Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República”. Artigo 50, §1º, da Constituição de 1967: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”.

objeto de emenda constitucional restritiva”⁷⁹⁹. Além disso, Jorge Reinaldo A. Vanossi leciona que as *cláusulas pétreas, intocáveis, irreformáveis* ou *eternas* são “limites fixados ao conteúdo ou substância de uma reforma constitucional, ou seja, operam como verdadeiras limitações ao exercício do poder constituinte reformador ou ‘derivado’.”⁸⁰⁰ Com isso, assegura-se que as conquistas jurídico-políticas essenciais não serão sacrificadas em época vindoura.

Embora se destine diretamente a limitar a reforma constitucional, as cláusulas pétreas também se impõem como um núcleo intangível à mutação constitucional. Isso porque as cláusulas pétreas visam a impedir modificações fundamentais, traduzindo um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição. Ademais, quando se busca proteger parte do texto constitucional contra emendas aniquiladoras, o que se quer, na verdade, é preservar o conteúdo de certas normas constitucionais.

Cumprido destacar que o enunciado da norma contida no artigo 60, § 4º, da CF, ao utilizar a expressão “tendente a abolir”, quis preservar, em qualquer hipótese, o cerne da Constituição, vedando inequivocadamente que sejam sequer apreciadas e votadas pelo Congresso Nacional, não somente as propostas de emendas constitucionais que venham a suprimir quaisquer dos dispositivos distinguidos como cláusula pétrea, mas também aquelas que venham a atingi-los de forma equivalente, revelando uma tendência à sua abolição, também ferindo o seu conteúdo essencial. Diante disso tudo, obviamente que o legislador constituinte originário também não desejou que o núcleo essencial da Constituição fosse mitigado por mutação constitucional.

É possível afirmar que as cláusulas pétreas colocam-se como limite tanto para as mudanças formais quanto para as mudanças informais da Constituição. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco escrevem que “a cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de

⁷⁹⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

⁸⁰⁰ Tradução livre do original em espanhol: “Límites fijados al contenido o sustancia de una reforma constitucional, o sea, que operan como verdaderas limitaciones al ejercicio del poder constituyente reformador o ‘derivado’.” (VANOSSI, Jorge Reinaldo A. **Teoría constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, v. I, p. 186-187.

uma norma constitucional – ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição”⁸⁰¹.

Na lição de Walber de Moura Agra, a maioria dos autores entende que o limite da mutação constitucional

deve ser o das cláusulas pétreas implícitas e explícitas. Se o “cerne inalterável” da Constituição não é passível de modificações pelo processo de reforma, impossível será sua modificação pelo procedimento de mutação constitucional, que não encontra respaldo em cominações legais⁸⁰².

É preciso, então, perquirir quais são as estruturas basilares de nossa ordem jurídica. “Aceitando-se a posição de alguns, o Direito Constitucional brasileiro estaria, quase por inteiro, ‘petrificado’ em razão das referidas cláusulas que enuncia o artigo 60, §4º, da Lei Magna vigente”⁸⁰³. Trata-se de tema controvertido, em especial porque nem sempre as limitações materiais estão expressas no texto constitucional. Conforme se apresentem, tais limitações podem ser explícitas ou implícitas, às quais deve ser atribuída a mesma força jurídica, assegurando à Constituição o mesmo nível de proteção.

A existência de limitações materiais expressamente previstas na Constituição não exclui as limitações materiais implícitas, não escritas, que precisam ser lidas nas entrelinhas do texto constitucional. A doutrina majoritariamente reconhece a existência de tais limitações implícitas, a despeito de importantes posicionamentos em sentido contrário, como o de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Em seu magistério, se a Constituição explicitou quais são os seus pontos intocáveis, pode-se questionar se é possível que haja cláusulas pétreas implícitas. “Difícil é admitir que o constituinte ao enunciar o núcleo intangível da Constituição o haja feito de modo

⁸⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 219.

⁸⁰² AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17. Cf. também: AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 119.

⁸⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 174.

incompleto, deixando em silêncio uma parte dele, como que para excitar a capacidade investigatória dos juristas⁸⁰⁴.

Acerca das limitações implícitas, Joaquim José Gomes Canotilho⁸⁰⁵ faz distinção entre limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos, imanentes em uma ordem de valores pré-positiva. Mas ocorre que a doutrina não registra unanimidade acerca de quais seriam exatamente essas limitações implícitas. Nisso os limites expressos apresentam vantagem, pois o registro textual impede controvérsias a respeito de quais são os limites à reforma constitucional. Entretanto, não podemos nos abster de identificar os limites implícitos no direito constitucional pátrio.

Nesse sentido, torna-se impossível proceder-se a uma reforma local ou, pelo menos, uma reforma que implique a destruição da ordem constitucional, alterando a identidade da Constituição. Carl Schmitt⁸⁰⁶ destaca que as decisões políticas fundamentais da Constituição são assuntos próprios do poder constituinte do povo e não pertencem à competência das instâncias autorizadas para reformar e revisar as leis constitucionais. Tal raciocínio faz Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁰⁷ sustentar que todos os princípios fundamentais do Título I da Constituição Brasileira de 1988 (artigos 1º a 4º) integram o elenco dos limites materiais implícitos, ressaltando-se, porém, que boa parte deles já foi contemplada no rol do artigo 60, § 4º, I a IV, da CF.

Verifica-se que a maioria dos autores reconhece um limite implícito, impedindo alterações, ou pelo menos supressão, das cláusulas constitucionais que contêm os limites explícitos à reforma da Constituição⁸⁰⁸. Dessa forma, pode também ser apontada como uma limitação implícita aquela atinente à mitigação do próprio artigo

⁸⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. **Revista de Direito Administrativo**, nº 202, out-dez 1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 14.

⁸⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1049.

⁸⁰⁶ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 120.

⁸⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 1. jan.-jun., 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 650.

⁸⁰⁸ Posição contrária é aquela que defende a tese da “dupla revisão”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II, p. 210. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 422-423)

60, § 4º, CF. Outra vedação implícita é a de mudança constitucional que diminua a competência dos Estados-Membros⁸⁰⁹, pois isso tenderia a abolir a Federação. Ademais, é vedada implicitamente alteração constitucional que permita a perpetuidade de mandatos. Também estariam fora do alcance das transformações constitucionais as normas constitucionais concernentes ao titular do poder constituinte, as referentes ao titular do poder reformador e as relativas ao processo de emenda⁸¹⁰. Igualmente devem ser consideradas cláusulas pétreas a forma de governo republicana e o sistema presidencialista⁸¹¹, uma vez que correspondem à vontade expressa e diretamente manifestada do titular do poder constituinte, com base na consulta popular efetuada em 21 de abril de 1993, que cancelou tal *cláusula de provisoriedade*.

Existe ainda uma parte da doutrina⁸¹² que inclui os direitos fundamentais sociais no elenco dos limites materiais. Ingo Wolfgang Sarlet defende que a abolição dos direitos fundamentais sociais “acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua dos limites materiais”⁸¹³. Pelo enunciado literal do artigo 60, § 4º, IV, da CF chega-se à conclusão de que apenas os “direitos e garantias individuais” encontram-se incluídos no rol das cláusulas pétreas da nossa Constituição. Nesta interpretação restritiva estariam excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, § 4º, IV, da CF, não só os direitos sociais (artigos 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), assim como os direitos políticos em geral (artigos 14 a 17), com a ressalva, para estes últimos, do sufrágio secreto e universal assegurado no artigo 60, § 4º, II, da CF. Também não seriam merecedores de tal proteção os direitos de expressão

⁸⁰⁹ Para Marcus Vinicius Martins Antunes, a Emenda Constitucional nº 20, “ao transpor os servidores estaduais ocupantes exclusivamente de cargo em comissão para o regime geral da previdência social, violou princípio federativo da auto organização dos Estados”. (ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. **Mudança constitucional: o Brasil pós-88**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 111)

⁸¹⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68.

⁸¹¹ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 95-96. HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 88 e 114.

⁸¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. **Interesse Público**, n. 17, jan.-fev., 2003. São Paulo: Notadez, 2003, p. 56-74.

⁸¹³ *Idem*. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, jan.-jun., 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 667.

coletiva, sendo que o mandado de segurança coletivo não integraria as cláusulas pétreas. Com efeito, nesta linha de pensamento⁸¹⁴, as cláusulas pétreas, que protegem o conjunto de bens constitucionais essenciais à preservação da identidade da Constituição, necessariamente incluem os direitos fundamentais sociais, seja por força do artigo 60, § 4º, IV, da CF, seja na condição de limite implícito⁸¹⁵, uma vez que, para efeitos do reconhecimento de sua proteção, especialmente pelo Poder Judiciário, as situações virtualmente se equivalem.

Na perspectiva de Raul Machado Horta⁸¹⁶, além das limitações materiais do § 4º do artigo 60 da CF, ainda existem outras limitações implícitas difundidas nas regras constitucionais, que são: os fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, I a V, CF); o povo como fonte do poder (artigo 1º, parágrafo único, CF); os objetivos fundamentais da República Federativa (artigo 3º, I a IV, CF); os princípios das relações internacionais (artigo 4º, I a X, parágrafo único, CF); os direitos sociais (artigo 6º, CF); a definição da nacionalidade brasileira (artigo 12, I, *a, b e c*, II, *a e b*, CF); a autonomia dos Estados Federados (artigo 25, CF); a autonomia dos Municípios (artigos 29; 30, I, II e III, CF); a organização bicameral do Poder Legislativo (artigo 44, CF); a inviolabilidade dos Deputados e dos Senadores (artigo 53, CF); as garantias dos juízes (artigo 95, I, II e III, CF); a permanência institucional do Ministério Público (artigo 127, CF) e suas garantias (artigo 128, § 5º, I, *a, b e c*, CF); as limitações do poder de tributar (artigo 150, I, II e III, *a, b e c*, IV, V e VI, *a-d*, artigo 151, CF) e os princípios da ordem econômica (artigo 170, I a IX, parágrafo único, CF).

No que concerne aos direitos individuais, além dos explícitos e dos implícitos, é possível ainda elencar uma terceira categoria. José Afonso da Silva⁸¹⁷ distingue os direitos individuais em três grupos: *direitos individuais expressos*, aqueles explicitamente enunciados na Constituição brasileira; *direitos individuais implícitos*,

⁸¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n.1, jan.-jun., 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 679.

⁸¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202.

⁸¹⁶ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 95. HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 88.

⁸¹⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.193.

aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (artigo 5º, II, CF); e *direitos individuais decorrentes* do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Os direitos individuais decorrentes não estão nem explícita nem implicitamente enumerados, provindo ou podendo vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*.

No entender de Luiz Pinto Ferreira⁸¹⁸, as cláusulas pétreas constituem-se de poucos artigos nas constituições dos países desenvolvidos ou primeiro-mundistas, em que sobrevive o respeito à lei, e é mais amplo nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, os chamados países terceiro-mundistas, onde este núcleo intangível é desrespeitado pelos poderes constituídos na grande maioria das vezes.

De fato, estender a relação das cláusulas pétreas com o intuito de proteger muitos pontos da Constituição é extremamente perigoso. Como disse Karl Loewenstein, “em uma palavra: diante das disposições de intangibilidade da Lei Fundamental de Bonn, deve-se dizer, infelizmente: certamente que são produtos da boa fé, mas ‘quem muito abraça, pouco aperta’.”⁸¹⁹

Há quem defenda que as cláusulas pétreas não estabelecem uma intangibilidade absoluta do bem constitucional por ela protegido. Nesta linha de raciocínio, conquanto permaneça preservado o *núcleo essencial* dos bens constitucionais protegidos, isto é, “desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais ligados ao bem tornado cláusula pétrea poderiam ser modificados ou suprimidos”⁸²⁰.

⁸¹⁸ FERREIRA, Luiz Pinto. As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n.1. jan.-jun., 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 216.

⁸¹⁹ Tradução nossa do texto em espanhol: “en una palabra: ante las disposiciones de intangibilidad de la Ley Fundamental de Bonn hay que decir, desgraciadamente: seguro que son productos de la buena fe, pero ‘quien mucho abarca, poco aprieta’.” (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 192)

⁸²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 219.

No julgamento do MS 23.047-MC⁸²¹, pelo Supremo Tribunal Federal, o relator, Min. Sepúlveda Pertence, expressamente adere à tese de que as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o artigo 60, § 4º, da CF enumera, “não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”. O Min. Sepúlveda Pertence ainda escreve, em seu voto, que “uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias”. No mesmo sentido, leciona Jorge Reinaldo A. Vanossi:

A existência nas constituições de cláusulas “pétreas” ou irreformáveis é – com o tempo – um convite e um estímulo para a ocorrência da revolução, a fim de poder obter assim a modificação desejada dos conteúdos proibidos. Daí resulta que, no plano da dinâmica constitucional, tanto a excessiva “rigidez” (quando os mecanismos de reforma são excessivamente complicados) como a pretendida “eternidade” de certas cláusulas, servem ao extremo oposto de sua finalidade original: não só não evitam as mudanças, mas também favorecem a consumação destas mudanças por vias revolucionárias, ou seja, a margem ou em oposição ao estilo evolucionista que caracteriza o pensamento do constitucionalismo⁸²².

Karl Loewenstein assinala que, em tempos normais, as disposições de intangibilidade incorporadas a uma Constituição podem ser um sinal vermelho útil às mudanças na Constituição. Mas, se, em um desenvolvimento normal da dinâmica política, pode até ser que se mantenham firmes, em épocas de crises são “tão só pedaços de papel varridos pelo vento da realidade política”⁸²³.

As limitações materiais sempre proporcionaram momentos paradoxais, pois, se, por um lado, protegem o ordenamento jurídico contra investidas ilegítimas; por outro, impedem que este mesmo ordenamento jurídico evolua. Nesse sentido, esta

⁸²¹ Supremo Tribunal Federal. Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 11/02/1998. DJ 14/11/2003.

⁸²² Tradução nossa do original em espanhol: “La existencia en las constituciones de cláusulas ‘pétreas’ o irreformables es – con el tiempo – una invitación y una incitación a practicar la gimnasia de la revolución, para poder obtener así la modificación ansiada de los contenidos prohibidos. De donde resulta que en el plano de la dinámica constitucional, tanto la excesiva ‘rigidez’ (cuando los mecanismos de reforma son excesivamente complicados) como la pretendida ‘eternidad’ de ciertas cláusulas, vienen a servir al extremo opuesto de su original finalidad: no evitan los cambios, sino que favorecen la consumación de esos cambios por vías revolucionarias, es decir, al margen o en oposición al estilo evolucionista que caracteriza al pensamiento del constitucionalismo”. (VANOSSI, Jorge Reinaldo A. **Teoría constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, v. I, p. 188)

⁸²³ Para cotejo, veja-se a lavra em espanhol: “tan sólo pedazos de papel varridos por el viento de la realidad política”. (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 192)

intangibilidade de certos dispositivos constitucionais merece profunda reflexão. Michel Rosenfeld afirma a este respeito que sempre será possível que a identidade constitucional seja reinterpretada e reconstruída. Ainda que a real intenção dos constituintes fosse plena e claramente acessível, “permaneceria em discussão o quanto e em qual medida e extensão ela deveria ser relevante ou vinculante para uma determinada geração subsequente”⁸²⁴.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸²⁵ frisa que “essas proibições – as ‘cláusulas pétreas’, como se usa dizer – não têm o peso e o sentido que a elas querem dar certos juristas”, pois “elas não ‘petrificam’ o direito constitucional positivo e por meio dele o ordenamento jurídico do país”. O que as cláusulas pétreas impedem é um aniquilamento, por vias formais ou informais, daqueles valores que o constituinte originário escolheu como essenciais. Nesse sentido, Nelson de Sousa Sampaio anota que a “reforma constitucional pode ampliar – como também o pode a própria lei ordinária – os direitos fundamentais, mas nunca restringi-los e, muito menos, aboli-los”⁸²⁶.

Carlos Ayres Britto discorda dos que vêem as cláusulas pétreas como normas cumpridoras de uma função impeditiva da atualização da Constituição. Segundo ele, “suas cláusulas pétreas cumprem é o decisivo papel de perseverar nesse avanço. De impedir o retrocesso – de garantir, enfim, a intocabilidade do teor progressista de que ela se reveste”⁸²⁷. “Tais cláusulas operam, em verdade, como garantia do avanço então obtido. Como penhor de não-retrocesso das conquistas jurídicas a que democraticamente se chegou”⁸²⁸. Além disso, os contornos delineados pelas cláusulas pétreas não implicam que elas sejam intocáveis.

⁸²⁴ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 18.

⁸²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 202. out.-dez. 1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 11. Ver também – FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 175.

⁸²⁶ SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. 3. ed. rev. atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995, p. 97.

⁸²⁷ BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e os limites de sua reforma. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, jan.-jun. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 236.

⁸²⁸ *Idem*. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 78.

Deve-se, então, ressaltar que a expressão “tendente a abolir” permite mutações constitucionais que visem ampliar as previsões constantes no § 4º do artigo 60 da CF, impedindo apenas o retrocesso. As mutações prestam-se a modificar o conteúdo de normas constitucionais, apesar das cláusulas pétreas, até mesmo porque o excesso de rigidez da própria Constituição – que restringe os processos formais de sua alteração – conduzirá aos processos informais⁸²⁹. A elasticidade e a abertura semântica das expressões constantes no próprio artigo 60, § 4º, da CF, permitem que o seu conteúdo evolua na medida em que ocorrem mudanças no contexto social.

3.2.4 Vedação de retrocesso para direitos e garantias fundamentais

Em verdade este é um desdobramento do tópico anterior, mas que, pela sua importância, recebeu desenvolvimento próprio. O que se busca sustentar aqui é que a mutação constitucional que envolve direitos e garantias fundamentais é um caminho de via única, ou seja, um caminho que admite apenas avanços nas mudanças informais da Constituição.

Deste modo, a dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito e é cerne de todo o ordenamento jurídico⁸³⁰, não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo, mas também não dispensa “uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada”⁸³¹. Por isso, o autor centra a sua atenção na ideia de proteção da pessoa e da própria ordem jurídica objetiva contra medidas de cunho retrocessivo, “isto é, que tenham por escopo a redução

⁸²⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 75.

⁸³⁰ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Transplantes de órgãos e o biodireito constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, n. 61, p. 07-24, out./dez. 2007, p. 12.

⁸³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004, p. 245.

e/ou supressão de posições jurídicas (aqui tomadas em sentido amplo) já implementadas”⁸³².

A doutrina utiliza o termo *entrenchment* ou entrincheiramento, ou ainda princípio do não-retorno da concretização, para se referir ao aqui citado princípio da proibição do retrocesso. *Entrenchment* é a tutela jurídica do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, “respaldada em uma legitimação social, evitando que possa haver um retrocesso, seja através de sua supressão normativa ou por intermédio da diminuição de suas prestações à coletividade”⁸³³.

Convém destacar que o *entrenchment* não impede a evolução dos direitos. “Depois de garantir uma intensidade mínima, reforçando sua legitimidade na sociedade, a finalidade configura-se em expandir o entrincheiramento dos direitos fundamentais mais adiante, propiciando maiores prerrogativas à população”⁸³⁴.

Como a mutação constitucional também pode ocorrer mediante a interpretação constitucional legislativa, como visto anteriormente, é preciso anotar em que medida a proibição do retrocesso é incompatível com a existência de normas constitucionais de eficácia contida ou restringível.

A Constituição brasileira apresenta diversos dispositivos constitucionais que admitem ser restringidos pelo legislador infraconstitucional. Vale dizer que isso também acontece em outras constituições.

Já a Constituição portuguesa estabelece que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos” nela própria (artigo 18.2), estabelecendo ainda um conjunto importante de requisitos de validade das leis restritivas: têm de revestir “caráter geral e abstracto” (artigo 18.3), “não podem

⁸³² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004, p. 242.

⁸³³ AGRA, Walber de Moura. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional**: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 24.

⁸³⁴ *Idem*. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional**: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 26.

ter efeitos retroativos” (artigo 18.3), as restrições, por sua vez, têm de “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (artigo 18.2), além de não poder, em caso algum, “diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (artigo 18.3). Daí que o poder de restrição do legislador é “um poder vinculado, de modo que a sua concessão não coloca os direitos fundamentais à mercê do legislador”⁸³⁵. A restrição só é possível com o respeito ao *núcleo essencial* do direito e, ainda, com a observância do *princípio da proporcionalidade*, verificando-se se o meio utilizado é adequado para o fim colimado (*adequação*), se não há outro meio menos gravoso para alcançar o fim público (*necessidade* ou *exigibilidade*) e também se as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens (*conformidade* ou *proporcionalidade em sentido estrito*).

Como se sabe, muitos direitos e garantias fundamentais precisam do legislador para ser concretizados, mormente em relação às normas constitucionais de eficácia limitada. A proibição de retrocesso inibirá revogações arbitrárias de leis que cumprem este papel, como escreve Jorge Miranda:

Uma vez concretizadas através de normas legais, não podem ser, pura e simplesmente revogadas, retornando-se à situação anterior (embora aquelas normas legais possam e, claro está, devam ser declaradas inconstitucionais, quando desconformes com a Constituição); o legislador tem, certamente, a faculdade (por imperativo da democracia pluralista) de modificar qualquer regime jurídico, o que não tem é a faculdade de subtrair supervenientemente a uma norma constitucional a exequibilidade que esta tenha, entretanto, adquirido⁸³⁶.

As normas infraconstitucionais concretizadoras de direitos fundamentais integram, com as normas constitucionais a que dão realização, uma “unidade sistemática” de natureza material jusfundamental que, enquanto tal, é retirada da livre disponibilidade do legislador⁸³⁷.

⁸³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 302.

⁸³⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II, p. 254-255.

⁸³⁷ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 71.

A vedação do retrocesso impede que, uma vez realizados pela lei, estes direitos sejam suprimidos sem razoabilidade. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Merece registro, ainda, [...] uma ideia que começa a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira: a vedação do retrocesso. Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundamental na Constituição⁸³⁸.

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que o legislador não pode simplesmente eliminar as normas legais concretizadoras de direitos fundamentais sociais, “pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador”⁸³⁹. Ademais,

Onde a Constituição contenha uma *ordem de legislar* suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível “determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade” (cfr. Acórdão nº 474/02, ainda inédito), a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma *inconstitucionalidade por omissão* – e terá sido essa a situação que se entendeu verdadeiramente ocorrer no caso tratado no Acórdão nº 39/84⁸⁴⁰.

O acórdão nº 39/1984 do Tribunal Constitucional português anteriormente referido analisou a revogação dos artigos 18 a 61, 64 a 65 da Lei nº 56/1979, o que corresponderia à destruição do Serviço Nacional de Saúde, criado por esta lei e previsto no artigo 64, 2, da Constituição da República portuguesa. Neste julgamento, consignou o Tribunal que “o Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor”⁸⁴¹. Dessa forma, conforme assinala Cristina Queiroz, “ainda que os direitos de natureza prestacional

⁸³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

⁸³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004, p. 253.

⁸⁴⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da. Princípios-tópicos de hermenêutica constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 153-175, out./dez. 2007, p. 175.

⁸⁴¹ Cf. CONTO, Mário de. **O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 112.

não imponham uma obrigação de ‘avançar’, estabelecem, contudo, uma proibição de ‘retroceder’.”⁸⁴² Com isso, o princípio da vedação de retrocesso dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados garante o grau de concretização já obtido.

Convém acrescentar que o princípio da proibição do retrocesso, como leciona Paulo Ferreira da Cunha, tanto é aplicável no âmbito dos direitos sociais como também é passível de ser “invocado em qualquer outro domínio constitucional, como, por exemplo, o dos direitos, liberdades e garantias da *mais primeira* das chamadas gerações de direitos”⁸⁴³.

Os direitos fundamentais estruturam-se na irrevogabilidade e na complementaridade solidária. Nas palavras de Fábio Konder Comparato⁸⁴⁴, “é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais”, tendo em vista o princípio da irreversibilidade dos direitos oficialmente declarados. “Uma das consequências desse princípio é a proibição de se pôr fim, voluntariamente, à vigência de tratados internacionais de direitos humanos”.

Ao dissertar sobre as modalidades de eficácia jurídica e os princípios e as regras constitucionais, Ana Paula de Barcellos escreve:

A modalidade de eficácia jurídica denominada de vedativa do retrocesso pressupõe logicamente que os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais são concretizados por meio de normas infraconstitucionais, isto é, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária. Além disso, pressupõe também, com base no direito constitucional em vigor, que um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos em questão. Partindo desses pressupostos, o que a eficácia vedativa do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos

⁸⁴² QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 68.

⁸⁴³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Princípios-tópicos de hermenêutica constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 153-175, out./dez. 2007, p. 174.

⁸⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 53-55.

fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente⁸⁴⁵.

No mesmo sentido, sustenta Cristina Queiroz⁸⁴⁶ que “proibição do retrocesso social” determina que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou sem compensações. Afinal, os limites ao poder de restrição do legislador “constituem também garantias efetivas da força normativa dos preceitos constitucionais”⁸⁴⁷, conforme acentua José Carlos Vieira de Andrade. Convém considerar ainda que “a garantia de uma proteção efetiva do direito jufundamental não resulta criada a partir da legislação, antes esse âmbito de proteção vem garantido através da atuação dessa legislação”⁸⁴⁸.

Mas, em verdade, o princípio da vedação do retrocesso atuará como limite não apenas para a mutação constitucional que se opera por via de interpretação legislativa, como foi visto nos parágrafos anteriores, mas para todas as modalidades de mudanças informais da Constituição.

Ingo Wolfgang Sarlet analisa a eficácia do direito à segurança jurídica na condição de força protetora contra o retrocesso em matéria de direitos fundamentais. Para o autor, “no direito constitucional brasileiro, a segurança jurídica constitui princípio e direito fundamental”⁸⁴⁹. Como informa a seguir:

Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, há muito e sem maior controvérsia, no que diz respeito a este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a

⁸⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Modalidades de eficácia jurídica e os princípios e regras constitucionais. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana (org.). **Arquivos de direito público: as transformações do Estado brasileiro e as novas perspectivas para o direito público**. São Paulo: Método, 2007, p. 74.

⁸⁴⁶ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 69.

⁸⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 302.

⁸⁴⁸ QUEIROZ, Cristina. *Op. cit.*, p. 70. Nota 846.

⁸⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004, p. 243.

segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal⁸⁵⁰.

Além disso, prossegue Ingo Wolfgang Sarlet, “a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana”⁸⁵¹. Também Mário de Conto entende que o princípio da proibição do retrocesso passa a ser uma garantia em face de medidas retrocessivas e “buscaria, em última análise, a consecução do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança e conferir certa estabilidade ao ordenamento constitucional”⁸⁵².

Cumprido dizer que Ingo Wolfgang Sarlet verifica ainda que a proibição de retrocesso “também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais”⁸⁵³. Além disso, Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁵⁴ afirma que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição do retrocesso decorre de modo implícito do sistema constitucional, designadamente dos seguintes princípios e argumentos (rol não exaustivo): (i) princípio do Estado democrático e social de Direito; (ii) princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF); (iv) princípio da proteção da confiança e (v) auto-vinculação dos órgãos estatais em relação aos atos anteriores.

Convém ressaltar que, como a natureza da proibição do retrocesso é principiológica, tal vedação deve ser vista de forma relativa.

A este respeito, é expressivo o exemplo encontrado no Acórdão nº 509/2002, do Tribunal Constitucional português, que examinou a revogação do *rendimento mínimo garantido* previsto na Lei nº 19-A/1996.

A dúvida de constitucionalidade refere-se ao artigo 4º, nº 1, que regula a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, na medida em que,

⁸⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004, p. 243.

⁸⁵¹ *Ibidem*, p. 244.

⁸⁵² CONTO, Mário de. **O princípio da proibição de retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 134.

⁸⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 255. Nota 850.

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 254.

enquanto que o artigo 4º, nº 1, da Lei nº 19-A/96, de 29 de Junho, que criou o rendimento mínimo garantido, reconhecia a titularidade do direito à prestação de rendimento mínimo aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, o diploma que agora se pretende seja promulgado como lei, com ressalva das exceções também já previstas na lei anterior e das posições subjectivas dos actuais beneficiários, garante a titularidade do direito ao rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos⁸⁵⁵.

O Tribunal Constitucional português entendeu que a proibição do retrocesso não pode destruir a autonomia da função legislativa. De acordo com o Tribunal, a liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão vastas como as abrangidas pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados. Contudo, o Tribunal concluiu que

a norma em apreciação vem atingir o *conteúdo mínimo* do direito a um *mínimo de existência condigna*, postulado, em primeira linha, pelo *princípio do respeito pela dignidade humana* [...], princípio esse consagrado pelo artigo 1º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2º, e ainda aflorado no artigo 63º, nºs 1 e 3, da mesma CRP⁸⁵⁶.

Desse modo, os preceitos legais que constituem direitos fundamentais continuam a ser derogáveis, mas as posteriores revogações não podem restringir o “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais já consagrados em lei⁸⁵⁷.

O reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso não pode resultar em uma vedação absoluta de qualquer medida “que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto”⁸⁵⁸. Nesse sentido, escreve Ingo Wolfgang Sarlet que,

se é correto apontar a existência de elevado grau de consenso (pelo menos na doutrina e jurisprudência nacional e, de modo geral, no espaço europeu)

⁸⁵⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 509/2002. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 14 jan. 2009.

⁸⁵⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 509/2002. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 14 jan. 2009.

⁸⁵⁷ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais:** princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 70.

⁸⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004, p. 257.

quanto à existência de uma proteção contra o retrocesso, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto⁸⁵⁹.

Ainda segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a partir do princípio da proteção da confiança, uma eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige “uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade”⁸⁶⁰.

Acerca da atividade do legislador infraconstitucional, argumenta Ingo Wolfgang Sarlet:

Não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra geral de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste⁸⁶¹.

Mas uma medida de cunho retrocessivo, para que não viole o princípio da proibição do retrocesso, deve, “além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais”⁸⁶². No mesmo sentido está Susana Sbrogio’Galia, para quem “nenhuma mutação constitucional poderá romper a barreira do núcleo essencial, sem que sobre ela recaia a pecha de inconstitucionalidade”⁸⁶³. Além disso, deve-se considerar que

Um direito fundamental é composto de duas partes: o seu núcleo duro e a sua zona periférica. O núcleo duro ou conteúdo essencial configura-se como um limite que deve ser respeitado pelo Supremo Tribunal Federal ao determinar a densidade de um direito, que, de maneira nenhuma, pode ser desrespeitado pelas decisões judiciais, proibindo-se o seu esvaziamento ou que ele se transforme em uma exceção. Esse núcleo duro é definido como a própria essência do direito, que deve ser concretizado independentemente de conjecturas fáticas. A outra parte que compõe o direito fundamental é a zona periférica, que será concretizada consonante a conjuntura fática, mas

⁸⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004, p. 255.

⁸⁶⁰ *Ibidem*, p. 260.

⁸⁶¹ *Ibidem*, p. 256.

⁸⁶² *Ibidem*, p. 260.

⁸⁶³ SBROGIO’GALIA, Susana. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 169 e 176.

que o STF deve estipular um desenvolvimento para que a densidade do direito possa ser aumentada. O mínimo existencial ou densidade suficiente refere-se ao núcleo duro que, integralmente, não pode ser desprezado pelos órgãos estatais. A zona periférica refere-se à extensão que os direitos fundamentais devem paulatinamente evoluir, atendendo às diretrizes estipuladas pelo Supremo Tribunal Federal, sempre em sintonia com os fatores sociopolítico-econômicos⁸⁶⁴.

Dessa forma, “uma relativização do entrenchment pode ocorrer desde que o núcleo do direito fundamental, sua essência ontológica, seja respeitado”⁸⁶⁵. Convém frisar que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido⁸⁶⁶.

No âmbito do direito constitucional italiano, José Adércio Leite Sampaio noticia a interpretação dinâmica dos direitos fundamentais pela Corte Constitucional daquele país, ao relatar que:

A atualização dos direitos fundamentais tem sido uma tarefa das mais intensas da Corte Constitucional italiana, tomando como base o artigo 2º da Constituição ou a ele se referindo de forma adicional em sua fundamentação. Diversos direitos, que não tinham reconhecimento expresso no texto constitucional, passaram a ser afirmados inovadoramente pela Corte; outros, previstos apenas em linhas gerais ou em suas tradicionais formas, ganharam dimensões e desdobramentos novos. Lembremos aqui dos direitos da pessoa ou da personalidade, reconhecidos em suas múltiplas manifestações: a) os direitos à identidade pessoal: direito ao nome, ao signo distintivo da identidade pessoal; e os conexos: b) o direito à imagem, ligado à *riservatezza*, à intimidade; e c) o direito à identidade sexual, na concepção do sexo como dado complexo da personalidade e na afirmação da possibilidade de um transexual satisfazer a exigência fundamental de fazer coincidir o soma e a psique. Da liberdade pessoal e da personalidade extrai-se a) o direito a *privacy*; b) à liberdade sexual; c) o direito à honra e à reputação; e d) o direito do concebido à vida. Aquela Corte Constitucional valeu-se do dispositivo também para afirmar uma terceira classe dos direitos fundamentais, denominados de direitos de solidariedade⁸⁶⁷.

É possível também perceber avanços na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, especialmente no que concerne à pena de morte. A Constituição

⁸⁶⁴ AGRA, Walber de Moura. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 37.

⁸⁶⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁸⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004, p. 258.

⁸⁶⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 707.

norte-americana (Emenda VIII) estabelece que “não deverá ser exigida fiança exagerada, nem impostas multas excessivas, nem penas cruéis e incomuns”⁸⁶⁸. A fórmula normativa que proíbe penas cruéis e incomuns vai encontrar efetividade na extração de seu conteúdo da realidade convivencial, em constante processo de reordenação e de evolução. Como o que se entende por pena cruel e incomum é algo que varia de acordo com cada momento histórico, a experiência histórico-constitucional dos Estados Unidos tem demonstrado uma mudança de entendimento acerca da questão se a pena de morte viola a Emenda VIII. A Suprema Corte suspendeu a pena de morte em 1972 (*William Henry Furman versus State of Georgia*), mas voltou a restabelecê-la algum tempo depois, considerando que menores de dezesseis anos não poderiam ser condenados à morte em 1988 (*William Wayne Thompson versus State of Oklahoma*). No entanto, no ano seguinte, convenceu-se que maiores de quinze e menores de dezoito anos também poderiam sê-lo (*Kevin Stanford versus State of Kentucky*). Em 2002, proibiu a execução de doentes mentais (*Daryl Renard Atkins versus Virginia*). E, em 2005, determinou que não poderá ser aplicada a pena capital para menores de dezoito anos (*Donald P. Roper v. Christopher Simmons*). Como se verifica, em geral, houve avanços na jurisprudência da Suprema Corte, seguindo uma tendência mundial de abolir a pena de morte.

Torna-se oportuno analisar casos de mutação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, identificando se houve observância do princípio da vedação do retrocesso, tal como apresentado em linhas anteriores.

A primeira mutação constitucional analisada diz respeito à *progressão do regime de cumprimento da pena para condenados por crimes hediondos*. A Lei 8.072/1990 dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal. O legislador prescreveu que a pena imposta aos condenados pela prática de crimes hediondos deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, vedando, assim, a possibilidade de progressão de regime (art. 2º, § 1º)⁸⁶⁹. A

⁸⁶⁸ Para comparação, é apresentado o texto na língua inglesa: “Amendment VIII: Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.”

⁸⁶⁹ Antiga redação do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/1990: “A pena por crime previsto neste artigo [crime hediondo] será cumprida integralmente em regime fechado”.

constitucionalidade deste dispositivo legal foi questionada em face do artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendia ser constitucional a regra do regime integralmente fechado para os crimes hediondos⁸⁷⁰. Nesse sentido, no julgamento do *habeas corpus* HC 69.657-1/SP⁸⁷¹, o STF afirmou que “não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena”. Em seu voto, o ministro Francisco Rezek consignou que

se o legislador diz que no caso de determinado crime o regime da pena será necessariamente fechado, não me parece que esteja por isso sendo afrontado o princípio isonômico – mediante um tratamento igual para seres humanos naturalmente desiguais –, nem tampouco o preceito constitucional que manda seja a pena individualizada. [...] Se no caso de crime hediondo ele não tem, como os demais condenados, a esperança da progressividade, tem entretanto outra que depende rigorosamente de sua conduta, e que vai naturalmente influenciá-la: a da obtenção do livramento condicional depois de certo prazo de cumprimento da pena.

Votando no mesmo sentido, o ministro Celso de Mello registrou que a individualização da pena “se dá em abstrato (momento de instauração normativa ou de previsão legislativa) ou em concreto (no momento da sentença e na fase de execução da *sanctio juris*)”⁸⁷². Afirmou ainda que

razões de política criminal, fundamentadas em preceito da Carta Política que submete a tratamento penal objetivamente mais rigoroso [...] os delitos legalmente definidos como hediondos (CF, art. 5º, XLIII), justificam a norma inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. [...] A opção feita pelo legislador ordinário, consubstanciada no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, fundamenta-se em critérios cuja razoabilidade e legitimidade são inquestionáveis.

⁸⁷⁰ Súmula 698: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”.

⁸⁷¹ HC 69.657-1/SP. Relator ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão ministro Francisco Rezek. Pleno. J. 18/12/1992. DJ 18/06/1993.

⁸⁷² Diferente é o entendimento do ministro Sepúlveda Pertence, no mesmo julgamento: “não conheço individualização *in abstrato*. A mim me parece que individualização *in abstrato, data venia*, é *contradictio in terminis*”. Cf. HC 69.657-1/SP. Relator ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão ministro Francisco Rezek. Pleno. J. 18/12/1992. DJ 18/06/1993.

Na mesma toada, o ministro Octavio Gallotti entendeu que “a hipótese presente é, porém, de execução da pena e não de individualização. A execução está prevista pela Constituição, no inciso XLVIII do mesmo art. 5º”.

Como se vê, a tese vencedora, aqui, subtraiu o momento da execução do âmbito do princípio da individualização da pena, limitando este até o ato da dosimetria.

Este entendimento foi modificado a partir do julgamento do HC 82.959-7/SP⁸⁷³, quando o Supremo Tribunal Federal manifestou o seguinte entendimento:

Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, no cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Segundo o STF, “a progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso, que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social”. O relator, ministro Marco Aurélio, repetiu o seu voto proferido no julgamento do *habeas corpus* HC 69.657-1/SP, quando foi vencido juntamente com o ministro Sepúlveda Pertence. Aduziu o ministro Marco Aurélio em seu voto:

A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. [...] A Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. [...] Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum.

O ministro Gilmar Mendes manifestou o entendimento que “o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não se restringe à

⁸⁷³ Relator ministro Marco Aurélio. Pleno. Maioria. J. 23/02/2006. DJ 01/09/2006.

simples fixação da pena *in abstracto*, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão)”.

Também nesse sentido foi a lavra do ministro Carlos Ayres Brito:

Coerente com essa crença na regenerabilidade de todo e qualquer condenado, a Constituição instituiu a garantia da individualização da pena, em dispositivo posterior àquele versante sobre crimes hediondos. Depois que a Constituição versou o tema dos crimes hediondos, passou a cuidar da garantia da individualização da pena, sinalizando que ela se aplica mesmo em dois momentos: no momento sentencial, abstrato da cominação, e no momento administrativo, concreto, da execução da pena.

O ministro Eros Grau lembrou que o paradigma anterior (*habeas corpus* HC 69.657-1/SP) “foi julgado em 1993, relativamente pouco tempo depois da entrada em vigor da Lei 8.072, de junho de 1990. A realidade agora é outra, totalmente diferente”.

O ministro Sepúlveda Pertence restou convencido “de que esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e dele faça abstração no momento da execução”.

Diante do que foi trazido, nota-se o avanço da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que passou a observar aspectos como a igualdade de todos perante a lei, no que concerne à individualização da pena e à reabilitação do condenado. Merece ser frisado que o reconhecimento da inconstitucionalidade do cumprimento da pena integralmente em regime fechado não impede que o legislador estabeleça uma progressão de regime mais rigorosa para os condenados por crimes hediondos – como, de fato, o fez⁸⁷⁴ –, nem o princípio da vedação do retrocesso impede isto.

Outra situação de mutação constitucional diz respeito à *anistia e promoção de militares*. Devido ao período ditatorial vivido no Brasil, alguns militares foram prejudicados por motivações exclusivamente políticas, vítimas de atos de exceção. A fim de reparar esta situação, o artigo 8º do ADCT⁸⁷⁵ concedeu anistia aos militares,

⁸⁷⁴ A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, deu nova redação ao artigo 2º da Lei nº 8.072/1990.

⁸⁷⁵ *In verbis*: “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

tendo, assim, o reconhecimento do desacerto dos atos praticados durante a ditadura militar.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado quando julgou o recurso extraordinário RE 141.290-9/DF⁸⁷⁶, a norma constitucional transitória anteriormente referida não asseguraria, indiscriminadamente, todas as promoções que, em tese, seriam possíveis, mas apenas promoção por antiguidade. Entendeu a Excelsa Corte que, com base no artigo 8º do ADCT, não seria possível ter como ocorrida automaticamente promoção por merecimento, pois, tratando-se de promoções sujeitas à avaliação do candidato, com atribuição de pontos e aferição de critérios objetivos e subjetivos, estes não poderiam se presumir satisfeitos.

Ao modificar a sua própria jurisprudência, no julgamento do recurso extraordinário RE 165.438-4/DF⁸⁷⁷, o Supremo Tribunal Federal passou a ter entendimento diverso. O STF passou a entender que, quando o artigo 8º do ADCT assegurou as promoções na inatividade ao posto ou à graduação a que teria direito se estivesse na ativa, em verdadeira ficção jurídica, admite que o militar deveria obter as mesmas promoções conferidas aos seus colegas (paradigmas) que permaneceram na ativa. Afinal, o próprio Estado brasileiro retirou do militar excluído a possibilidade de demonstrar o seu eventual merecimento para ser promovido.

Além disso, o legislador constituinte não fez nenhuma ressalva no artigo 8º do ADCT no sentido de que as promoções só seriam por antiguidade. Como se sabe, as normas de anistia devem ter a interpretação mais ampla possível. Dessa forma, todas as promoções devem ser asseguradas, seja por antiguidade seja por merecimento.

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 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”.

⁸⁷⁶ Min. Rel. Néri da Silveira. Pleno. Maioria. J. 27/08/1992. DJ 02/04/1993.

⁸⁷⁷ Min. Rel. Carlos Velloso. Pleno. Unanimidade. J. 06/10/2005. DJ 05/05/2006.

No mesmo sentido foi a decisão proferida nos Embargos de Declaração em Embargos de Divergência em Recurso Extraordinário 174.161-9/DF⁸⁷⁸, quando o ministro relator Gilmar Mendes ratificou o seu voto proferido no RE 165.438-4/DF “no sentido de que o pleito de caráter indenizatório há de restituir, tanto quanto possível, a posição do atingido”.

Outra mutação constitucional verificada refere-se à *extradição e à comutação de pena de prisão perpétua*. O ordenamento jurídico brasileiro exige a comutação da pena de morte em pena privativa de liberdade para a concessão de extradição de estrangeiro para outro Estado em razão de delito nele praticado. A Lei nº 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), com as modificações da Lei nº 6.964/1981, no artigo 91, III, estipula que não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assuma o compromisso de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação⁸⁷⁹.

Todavia, esta exigência não era feita quando se tratava de pena de prisão perpétua, que também é vedada no Brasil (art. 5º, XLVII, *b*, CF). O Supremo Tribunal Federal entendia ser desnecessária a comutação da pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade com prazo máximo de cumprimento. No julgamento da Extradição 507-3/Argentina⁸⁸⁰, o STF deferiu o pedido de extradição.

sem qualquer ressalva quanto à pena de prisão perpétua, considerada descabida pela jurisprudência do STF, a partir do julgamento da Extr. 426⁸⁸¹ (4.9.85)⁸⁸² e em face da reiteração do texto legal, entre nós, por quase um século, claro e límpido no sentido da necessidade de comutação tão-somente das penas corporal e de morte.

A Extradição 507-3/Argentina cuidava da análise do pedido de extradição de um argentino acusado de crime de assalto a banco, com vítima fatal, tendo sido

⁸⁷⁸ Min. Rel. Gilmar Mendes. Pleno. Maioria. J. 20/09/2007. DJ de 14/11/2007.

⁸⁷⁹ Cf. Artigo 5º, XLVII, “a”, *in fine*, CF.

⁸⁸⁰ Relator original Min. Néri da Silveira. Relator para o acórdão Min. Ilmar Galvão. Pleno. Maioria. J. 25/09/1991. DJ 03/09/1993.

⁸⁸¹ Neste caso, o extraditando fugiu para o Brasil, durante o cumprimento da pena de prisão perpétua.

⁸⁸² A Constituição anterior (art. 150, § 11) também vedava a pena de prisão perpétua: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.”

expedido mandado de captura por homicídio e por tentativa de roubo qualificado. Acompanhando o ministro Ilmar Galvão, relator para o acórdão, o ministro Marco Aurélio entendeu não encontrar, “na legislação em vigor, qualquer preceito que autorize o deferimento de pedido de extradição com cláusula restritiva, como que a se transportar, para o direito do Estado requerente, um preceito da nossa ordem jurídica”. No mesmo sentido, assim se manifestou o ministro Moreira Alves:

Sr. Presidente, embora tenha sido eu o relator do acórdão em que se restabeleceu essa restrição, devo salientar que, posteriormente, meditando sobre essa questão, cheguei à conclusão de que não podemos impor a Estado estrangeiro garantias constitucionais, relativas a penas, que dizem respeito à aplicação destas pelo nosso país.

Também deferindo a extradição sem ressalvas, o então presidente do STF ministro Sidney Sanches afirmou que “a Constituição, quando proíbe a aplicação de pena de prisão perpétua, obviamente está se referindo aos brasileiros e nacionais, quando aqui são julgados. E não aos que são julgados noutro País”.

Neste julgamento foram vencidos os ministros Néri da Silveira, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Paulo Brossard, que votaram pelo acolhimento do parecer do Procurador-Geral da República, no sentido de ressaltar que o extraditando não poderia ser condenado à pena de prisão perpétua, devendo o Estado requerente da extradição assumir o compromisso de comutar as penas impostas para ajustá-las ao limite de trinta anos, nos termos do artigo 75 e § 1º do Código Penal brasileiro.

Esse posicionamento foi alterado no julgamento da Extradição 855-2/Chile⁸⁸³, quando o Supremo Tribunal Federal “condicionou a entrega do extraditando à comutação das penas de prisão perpétua em pena de prisão temporária de no máximo 30 anos”.

A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, “b” da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo

⁸⁸³ Relator Min. Celso de Mello. Pleno. Unanimidade para deferir a extradição e maioria para condicionar a entrega do extraditando à comutação da pena. J. 26/08/2004. DJ 01/07/2005.

– estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva.

O extraditando chileno havia sido condenado, naquele país, a duas penas de prisão perpétua pela prática dos crimes de homicídio, de formação de quadrilha armada e de extorsão mediante seqüestro, todos eles qualificados como atos delituosos de caráter terrorista⁸⁸⁴.

O voto do ministro Celso de Mello é esclarecedor a respeito do histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca deste tema.

Não desconheço que esta Corte, em 1985, alterou orientação jurisprudencial⁸⁸⁵ que condicionava a entrega do extraditando à existência de compromisso formal – previamente assumido pelo Estado requerente – relativo à comutação da pena de prisão perpétua em sanção temporária de privação da liberdade (RTJ 108/18 – RTJ 111/16).

Com efeito, o julgamento da Ext. 426-3, requerida pelo Governo dos Estados Unidos da América, levou o Supremo Tribunal Federal, por voto majoritário, a declarar “...improcedente a alegação de ressalva para a comutação de prisão perpétua em pena limitativa de liberdade, por falta de previsão na lei ou no tratado” (RTJ 115/969).

Não obstante a orientação firmada por esta Corte, não vejo – coerente com votos proferidos em anteriores processos extradicionais (Ext 486 – Ext 654 – Ext 703-ED – Ext 773 – Ext 811 – Ext 838) – como dar precedência a prescrições de ordem meramente convencional (tratados internacionais) ou de natureza simplesmente legal sobre regras inscritas na Constituição, que vedam, dentre outras sanções penais, a cominação e a imposição de quaisquer penas de caráter perpétuo (CF, art. 5º, inciso XLVII, b).

Essa cogente, absoluta e incontornável proibição de índole constitucional configura, na realidade, o próprio fundamento da norma jurídica consubstanciada no art. 75 do Código Penal brasileiro que limita a trinta (30) anos o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade.

A Extradição 855-2/Chile demonstra a nova interpretação do artigo 5º, XLVII, *b*, da Constituição Federal, que amplia a sua abrangência a pessoas sob processo de extradição, afirmando a supremacia da Constituição brasileira e enaltecendo os

⁸⁸⁴ O extraditando também havia sido condenado pela Justiça do Estado de São Paulo à pena de trinta anos de reclusão, pela prática dos crimes de extorsão mediante seqüestro, de formação de quadrilha e de tortura. O ministro Celso de Mello lembrou que o Supremo Tribunal Federal tem acentuado que “compete, exclusivamente, ao Presidente da República, uma vez deferido o pedido extradiciona pelo Supremo Tribunal Federal, deliberar sobre a conveniência da entrega imediata do extraditando ao Estado requerente, não obstante o súdito estrangeiro esteja sendo processado criminalmente no Brasil ou aqui sofrendo execução penal em face de condenação imposta pela Justiça brasileira. Inteligência do art. 89 do Estatuto do Estrangeiro”.

⁸⁸⁵ Merece registro que a jurisprudência anterior do STF, consolidada nos pedidos de Extradição 399 e 417, ressaltava que a prisão perpétua fosse convertida em restritiva de liberdade não superior a trinta anos.

valores da dignidade e integridade humanas. Este novo entendimento está de acordo com o princípio da prevalência dos direitos humanos, que deve reger as relações internacionais do Brasil (art. 4º, II, CF).

Outra mutação constitucional que significou um avanço na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal envolveu a garantia do *mandado de injunção*. O artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal prescreve que o mandado de injunção será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A jurisprudência que se firmou inicialmente no STF adotava uma posição *não concretista*, no sentido de atribuir ao mandado de injunção tão-somente a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público e dar ciência ao poder competente para que editasse a norma faltante.

No julgamento do mandado de injunção MI 470-6/RJ⁸⁸⁶, o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido “para que se comunique ao Congresso Nacional a mora em que se encontra, a fim de que sejam adotadas as providências necessárias ao suprimento da omissão”. O referido mandado de injunção objetivava tornar efetiva a norma inscrita no artigo 192, § 3º, da Constituição, revogado pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que estabelecia o limite das taxas de juros em doze por cento ao ano.

Todavia, nos julgamentos dos mandados de injunção MI 670/ES⁸⁸⁷, MI 708/PB⁸⁸⁸ e MI 712/PA⁸⁸⁹, o STF colocou como solução para a omissão legislativa do Congresso Nacional a aplicação da Lei nº 7.783/1989, que regula a greve no setor privado, no que couber, para os servidores públicos civis. Dessa forma, enquanto perdurar a omissão legislativa para a regulamentação do direito de greve no serviço público

⁸⁸⁶ Relator ministro Celso de Mello. Pleno. Maioria. J. 15/02/1995. DJ 29/06/2001.

⁸⁸⁷ Relator ministro Maurício Corrêa. Relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes. Pleno. Unanimidade para declarar a omissão legislativa e maioria para aplicar a lei de greve do setor privado. J. 25/10/2007. Ainda não publicado.

⁸⁸⁸ Relator ministro Gilmar Mendes. Pleno. Unanimidade para declarar a omissão legislativa e maioria para aplicar a lei de greve do setor privado. J. 25/10/2007. Ainda não publicado.

⁸⁸⁹ Relator ministro Eros Grau. Pleno. Unanimidade para declarar a omissão legislativa e maioria para aplicar a lei de greve do setor privado. J. 25/10/2007. Ainda não publicado.

(artigo 37, VII, CF), as normas definidas para os trabalhadores em geral (artigo 9º, CF) aplicam-se também para os servidores públicos civis.

Em seu voto proferido o MI 712-8/PA, o ministro Celso de Mello procurou restituir ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, concedendo eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis:

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves (RTJ 133/11), fixou-se no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, resume-se à mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, para que este promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do *writ*.

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

A nova posição *concretista geral* do STF retira-o de uma situação de timidez e confere ao mandado de injunção uma dimensão digna de um verdadeiro remédio constitucional, não se tolerando mais que a inércia do legislador infraconstitucional contenha a vontade da Constituição.

Diante do que foi visto, percebe-se uma postura mais ativa e concretizadora de direitos fundamentais por parte da nossa jurisprudência constitucional, respeitando-se a proibição de retrocesso.

3.3 LIMITES CONCERNENTES AO ÂMBITO NORMATIVO

3.3.1 Restrições transcendentais

Existem limitações à mutação constitucional que não foram postas pelo texto constitucional e dizem respeito à inviabilidade legítima de deliberar sobre

determinados valores. Busca-se, então, neste tópico, identificar e analisar uma categoria de limites cuja existência decorre de fontes distintas do texto constitucional.

Há certo consenso na doutrina que até mesmo o poder constituinte (originário) está sujeito a limites não jurídicos. Os limites extrajurídicos do poder constituinte originário têm a finalidade de agir como valores, “expungindo do texto constitucional ideias ou sentimentos totalitários obstaculizadores de direitos fundamentais, servindo como um quadro comparativo para que o cidadão possa ter consciência de qual verniz é formada sua Constituição”⁸⁹⁰.

As correntes jusnaturalistas⁸⁹¹ apontam os limites da ética, da moral, do bem comum, do respeito à liberdade, do respeito à dignidade da pessoa humana. Considerando que “o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural”⁸⁹², é possível dizer que as próprias normas de direito natural estão sujeitas às modificações que o tempo lhes impõe. A este respeito, escreve Luzia Marques da Silva Cabral Pinto:

Muitas das normas do chamado direito natural resistem a todas as mutações históricas e são comuns a todas as culturas por mais que estas se distingam entre si (por exemplo, a regra *pacta sunt servanda*). Outras, porém, modificam-se de acordo com as épocas e as circunstâncias, refletindo o próprio modo de ser do homem, o qual, pela sua *abertura ao mundo*, se adapta à emergência de situações novas – donde o poder falar-se de um *direito natural de conteúdo variável*. Mas quer umas, quer outras, fazem parte da mesma ordem objetiva que transpositivamente traça limites à concretização do que numa comunidade deverá ser o direito⁸⁹³.

Dessa forma, “rompe-se desta maneira a tradicional doutrina da onipotência do *pouvoir constituant* enquanto expressão máxima da soberania do povo”⁸⁹⁴. Isso significa que a atividade do poder constituinte só será legítima dentro de parâmetros

⁸⁹⁰ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 98.

⁸⁹¹ O jusnaturalismo sustenta a existência de valores anteriores e superiores, como a liberdade e a dignidade, que limitam até mesmo a soberania do povo.

⁸⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 82.

⁸⁹³ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 92-93.

⁸⁹⁴ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 72.

predefinidos. Como não se pode exorbitá-los, resta “ao legislador constitucional um largo espaço para a edificação autônoma de um sistema de valores próprio. Sublinhe-se, porém, que só justamente *dentro* desses limites!”⁸⁹⁵.

Já que a mutação constitucional apresenta-se como uma expressão do próprio poder constituinte material, encontra limites estranhos à seara jurídica, sejam de ordem moral, política, ideológica, social, religiosa ou ainda cultural, que se manifestam na sociedade à qual pertence a Constituição. Com efeito,

No Estado constitucional de hoje o poder constituinte e a Constituição por ele criada não obtêm legitimidade por si mesmos exclusivamente, por sua “vontade”, como diziam Sieyès e C. Schmitt, mas pela coincidência com as ideias de valor, justiça e segurança dominantes no povo⁸⁹⁶.

Dessa forma, tal como acontece com o poder constituinte, é possível reconhecer *limites extrajurídicos*, quais sejam, *limites ideológicos*, *limites institucionais* e *limites substanciais*, para alterar informalmente a Constituição⁸⁹⁷.

As *limitações ideológicas* são as que se exteriorizam através das crenças, da experiência dos valores, da influência dos grupos de pressão, das exigências do bem comum, da opinião pública.

As *limitações institucionais*, por sua vez, fornecem ideias reguladoras de situações sociais, como a família, a propriedade, a educação etc., buscando os fins supremos, responsáveis pelo bem-estar dos membros da comunidade.

Já as *limitações substanciais* podem ser subdivididas em três espécies: *transcendentes*, *imanentes* e *heterônomas*⁸⁹⁸.

⁸⁹⁵ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 44-45.

⁸⁹⁶ Tradução livre da lavra em espanhol: “En el Estado Constitucional de hoy el poder constituyente y la constitución por él creada no obtienen legitimidad por sí mismos exclusivamente, por su ‘voluntad’, como opinaban Sieyès y C. Schmitt, sino por la coincidencia con las ideas de valor, justicia y seguridad dominantes en el pueblo”. (STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana**. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 319)

⁸⁹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25-30.

⁸⁹⁸ Nesse sentido também é o discurso de Jorge Miranda, que distingue três categorias de limites materiais do poder constituinte: *limites transcendentales*, *limites imanentes* e, em certos casos, *limites heterônomos*. (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000,

Os *limites transcendentales* são aqueles que provêm de imperativos de direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva, como aqueles que se relacionam com os direitos fundamentais imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana.

Os *limites imanes* estão ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do Estado que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica.

Já os *limites heterônomos* provêm da conjugação de outros ordenamentos jurídicos, referindo-se a regras de direito internacional que resultem obrigações para certo Estado, ou ainda a regras de direito interno quando o Estado é composto ou complexo e da mesma forma tenha que ser o seu ordenamento jurídico.

Algumas dessas categorias, associadas aos limites da mutação constitucional, são estudadas em tópicos específicos deste trabalho. O tópico seguinte, por exemplo, está associado à ideologia presente na sociedade. Nas linhas seguintes, serão analisados como os valores supraconstitucionais podem apresentar-se como limites para a mutação constitucional.

Os limites transcendentales devem impedir eventuais distorções interpretativas da Constituição. Neste sentido, um “limite de ordem subjetiva às mutações constitucionais é a postura ética do aplicador da norma constitucional em não estar desrespeitando ou contrariando a Constituição”⁸⁹⁹. Para Vicente Ráo, a moral é um pressuposto necessário tanto para o costume (bons costumes), quanto para a lei e para o ato ou negócio jurídico⁹⁰⁰. Todavia, Dimitri Dimoulis consigna que a existência da moral, ainda que objetiva e universal, não impede que o direito a contrarie.

t. II, p. 108-111. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 376-378)

⁸⁹⁹ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 153.

⁹⁰⁰ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2004, p. 282.

Consideramos que a tentativa de impor limites jurídicos ao poder constituinte é de cunho idealista e retórico, não resistindo à primeira revolução política, conservadora ou progressista. A busca de uma fundamentação primeira e absoluta enfrenta as aporias de todas as teologias positivas, sendo impossível recorrer sempre a uma garantia superior. Mas isso não significa que inexistam hoje valores morais predominantes em âmbito supranacional e adotados pelos legisladores nacionais. Em vão esperamos, por exemplo, a promulgação de uma lei autorizando o estupro como manifestação da liberdade do agressor ou encorajando o roubo à mão armada como exercício da liberdade econômica. Mas isso diz respeito à vinculação genética entre direito e moral que só se exprime em termos de *probabilidade*⁹⁰¹.

Deve-se, ainda, ter a cautela de analisar se as decisões de um Estado estão adstritas ou não ao direito internacional⁹⁰², mormente neste início de século XXI, em que se caminha no sentido de um direito supranacional⁹⁰³, estimulado por relações comerciais, econômicas, sociais e culturais, que acabam limitando a soberania estatal e dando nova feição ao direito internacional. Nesse sentido, as correntes internacionalistas, em franca ascensão, indicam como limitações o bem comum, a segurança e a paz internacional, que devem ser considerados na sociedade da complexidade, que é a sociedade aberta e multinacional. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que um sistema jurídico interno “não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos)”⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 191.

⁹⁰² Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a resposta simplificada a esta questão é óbvia. É um objetivo ideal a subordinação do direito interno às regras fundamentais do Direito Internacional, especialmente àquelas regras do Direito Internacional que tutelam os direitos do homem. Mas, segundo a concepção que ainda prevalece, o Direito Internacional não é superior ao direito interno, isto é, o Direito Internacional não subordina o Poder Constituinte às suas normas. É certo que o Direito Internacional tem a pretensão de fazê-lo, e essa pretensão cada vez mais se afirma. Por exemplo, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948. Porque essa Declaração Universal dos Direitos do Homem não tem sentido se ela não significar uma tentativa de limitar o poder dos Estados, em benefício dos cidadãos desses Estados”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 77)

⁹⁰³ Na visão de Carlos Ayres Britto, “não há nem pode haver Constituição multinacional, se a multinacionalidade se faz acompanhar da pluralidade de Estados soberanos. [...] O que é preciso entender é que instituições multilaterais como a União Européia e seus êmulos são as velhas e boas confederações dos Estados”. (BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 67-69)

⁹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 81.

Este direito internacional deve ter como princípio fundamental a proteção internacional dos direitos humanos. A este respeito, Flávia Piovesan escreve que, após a Segunda Guerra, nasce

a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional⁹⁰⁵.

Em verdade, esta tendência de proteção dos direitos humanos tem levado o constitucionalismo atual a absorver os tratados relativos aos direitos humanos como normas constitucionais intangíveis ao poder reformador, como o fez a Constituição brasileira de 1988 (artigo 5º, §§ 2º e 3º, e artigo 60, § 4º). Dessa forma, a proteção dos direitos humanos determina a relativização do conceito de soberania, possibilitando uma responsabilização⁹⁰⁶ internacional em caso de omissão dos Estados e garantindo os direitos do *cidadão universal*.

Segundo a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade, quando a questão em análise é a proteção dos direitos humanos, o que importa é a política de proteção aos seus direitos, buscando sempre a norma que melhor proteja os direitos humanos, seja ela uma norma do direito interno, seja ela uma norma do direito internacional. Assim, escreve o autor:

O direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, porquanto o primado é

⁹⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117.

⁹⁰⁶ A este respeito, escrevem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que a crescente internacionalização dos direitos humanos permitiu promover a “possibilidade de responsabilizar o Estado de forma externa, independentemente do acionamento de mecanismos de direito interno e da boa (ou má...) vontade das autoridades estatais pelos instrumentos de fiscalização e responsabilização que ficam a cargo de comissões, tribunais e outras autoridades internacionais”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007, p. 41)

sempre da norma – de origem internacional ou interna – que melhor proteja os direitos humanos⁹⁰⁷.

Esta linha de raciocínio possibilita propor uma nova leitura⁹⁰⁸ da parte final do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição brasileira⁹⁰⁹, que trata da hipótese de prisão civil por dívida do depositário infiel, embora seja norma originária, analisando os §§ 2º e 3º do mesmo artigo 5º da Constituição aliados ao que preceitua artigo 7º, § 7º do Pacto de São José da Costa Rica⁹¹⁰ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)⁹¹¹, que estabelece que ninguém deve ser detido por dívida, exceto apenas no caso de inadimplemento de obrigação alimentar, bem como o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos⁹¹².

No julgamento do *habeas corpus* HC 87.585-8/TO⁹¹³, o ministro Celso de Mello destacou que a discussão em torno do alcance e da precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana impõe que se examine, “de um lado, o processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e, de outro, que se analisem as relações entre o direito nacional (direito positivo interno do Brasil) e o direito internacional dos direitos humanos”. Neste contexto, “o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil”.

Há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção aos direitos humanos, sustentando a sua (i) hierarquia supraconstitucional, (ii) hierarquia constitucional, (iii) hierarquia supralegal e infraconstitucional e (iv) paridade

⁹⁰⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação do livro PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 23.

⁹⁰⁸ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999, p. 120.

⁹⁰⁹ *In verbis*: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

⁹¹⁰ *In verbis*: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

⁹¹¹ O texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, foi incorporado ao nosso sistema de direito positivo interno em 1992.

⁹¹² *In verbis*: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

⁹¹³ STF. Pleno. HC nº 87.585-8/TO. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 03/12/2008. Ainda não publicado.

hierárquica com lei ordinária. Apesar da divergência apresentada pela doutrina, o Supremo Tribunal Federal atribuía aos tratados internacionais em geral – inclusive aqueles que versam sobre direitos humanos – posição jurídica equivalente à das leis ordinárias.

O novo contexto internacional fez com que o Supremo Tribunal Federal modificasse o seu entendimento acerca do *status* dos tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos. Segundo o Ministro Celso de Mello, a própria prisão civil por dívidas pode sofrer mutações:

Após longa reflexão sobre o tema em causa, Senhora Presidente – notadamente a partir da decisão plenária desta Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello (RTJ 179/793-496) –, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). [...] Cabe registrar, aqui, uma observação que se faz necessária. Refiro-me ao fato, de todos conhecido, de que o alcance das exceções constitucionais à cláusula geral que veda, em nosso sistema jurídico, a prisão civil por dívida pode sofrer mutações, quer resultantes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, quer emanadas de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, quer, ainda, ditadas por juízes e Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado. Isso significa, portanto, presente tal contexto, que a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea. [...] Como precedentemente salientei neste voto, e após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, *v.g.*), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional⁹¹⁴.

Deve ser destacado que o Pacto de São José da Costa Rica foi firmado em 1969 e internalizado no direito brasileiro em 1992, enquanto que o § 2º do artigo 5º do texto

⁹¹⁴ Voto proferido no HC 87.585-8/TO 12/03/2008.

constitucional foi redigido pelo legislador constituinte de 1988, e somente no final de 2008 o Supremo Tribunal Federal alterou sua posição e fixou o entendimento de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que o Brasil aderiu gozam de status de *norma supralegal*, nos termos do julgamento do HC 87.585/TO⁹¹⁵, RE 349.703/RS⁹¹⁶ e RE 466.343/SP^{917,918}. Como se verifica, a mutação constitucional, envolvendo este tema, está em harmonia com a ordem internacional.

Da mesma forma, o Tribunal Constitucional português, ao realizar a fiscalização preventiva de constitucionalidade da Resolução nº 54-A/2006, da Assembleia da República, que “propõe a realização de um referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez realizada por opção da mulher nas primeiras 10 semanas”, buscou balizar a sua decisão no assentimento da ordem internacional sobre o tema. Deste modo, informa-se que

No plano do Direito Comparado, remetendo-se para a extensa abordagem do Acórdão nº 288/98, deverá salientar-se que permanece uma tendência para a consolidação de soluções legislativas descriminalizadoras ou que enunciam causas de afastamento da responsabilidade segundo certas indicações. Não há conhecimento, no grupo dos países com a estrutura de Estado de Direito democrático, de um “retrocesso” no sentido criminalizador (cf. BERTRAND MATHIEU, *Le droit à la vie*, Edições do Conselho da Europa, 2005). E esta tendência diz respeito quer aos Estados que adotaram a solução dos prazos quer aos Estados que adotaram o método das indicações⁹¹⁹.

Outro ponto que merece destaque é a tendência mundial de abolição da pena de morte. Avançando nesse sentido, diversos países têm procurado convencer aqueles que ainda adotam estas medidas no sentido de que promovam moratória das execuções e extingam a pena capital para menores de idade e pessoas com deficiência até a sua abolição total.

⁹¹⁵ STF. Pleno. HC nº 87.585-8/TO. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 03/12/2008. Ainda não publicado.

⁹¹⁶ STF. Pleno. RE nº 349.703/RS. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes. J. 03/12/2008. Ainda não publicado.

⁹¹⁷ STF. Pleno. RE nº 466.343/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 03/12/2008. Ainda não publicado.

⁹¹⁸ Dando sequência a esta decisão, o Supremo Tribunal Federal revogou a sua Súmula 619, segundo a qual “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

⁹¹⁹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 617/2006. Disponível em: < www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html em 14/01/2009.

Neste contexto, a comunidade mundial volta-se para os Estados Unidos da América, que ainda resiste em manter a pena de morte. Muitos países buscam a interpretação do seu próprio direito constitucional tendo em vista decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, o que permite dizer que existe uma certa “internacionalização” desta Corte. Todavia, a justiça constitucional norte-americana tem demonstrado certa relutância em procurar subsídios além de suas fronteiras quando se faz necessário para interpretar a Constituição dos Estados Unidos. Nesse sentido, escreve André Ramos Tavares:

Em recente e polêmica decisão adotada pela Suprema Corte norte-americana, no caso *Roper vs. Simons* (2005), na qual fora invocada a opinião absolutamente predominante na legislação estrangeira acerca da pena de morte aos menores de 18 anos de idade, para avaliar a constitucionalidade dessa medida nos EUA, o *Justice Scalia*, em voto vencido, observava: “O reconhecimento da aprovação internacional não tem lugar na opinião legal desta Corte, a não ser que seja *parte dos critérios de decisão* desta Corte”⁹²⁰.

Todavia, em *Atkins versus Virgínia* (2002), caso mencionado no tópico anterior, a Suprema Corte entendeu, por 6 votos contra 3, que a Constituição dos Estados Unidos proíbe a pena de morte para pessoas com deficiência mental. O *Justice Stevens*, que relatou o voto vencedor, externou o novo entendimento que a Corte deu à Emenda VIII, observando que a comunidade mundial desaprova a imposição da pena de morte por crimes cometidos por pessoas que sofrem de retardamento mental. O *Chief Justice Rehnquist* e o *Justice Scalia* reprovaram a posição da Suprema Corte por sua referência ao entendimento internacional sobre esta matéria, qualificando como irrelevante o pensamento da comunidade mundial, cuja noção de justiça nem sempre corresponde àquela do povo norte-americano, mas foram votos vencidos.

Não obstante, os cidadãos da maioria dos países possuem aspirações comuns, o mesmo senso de dignidade e de valor e sentimento referente à justiça. O *Justice Stephen Breyer*, que tem sido o mais proeminente membro da Suprema Corte a buscar orientação fora do seu país, ressalta que a “globalização” dos direitos humanos é imprescindível na medida em que estes devem ser proporcionados a

⁹²⁰ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 79.

todas as pessoas e não apenas a indivíduos de Estados específicos. E isso em nada subverte o conceito de soberania.

No mesmo sentido, Mario de la Cueva escreve que o direito internacional deve ser incluído entre as fontes substanciais do direito nacional. O autor mexicano ainda afirma que a consciência e o pensamento da humanidade sobre o respeito à pessoa e à independência dos povos são fontes incontestáveis de inspiração para todas as comunidades que desejam a igualdade, a liberdade, a dignidade e a justiça entre os homens e as nações⁹²¹.

Na jurisprudência alemã, o Tribunal Constitucional, admitindo a pré-existência de valores fundamentais, considera-se competente para julgar o direito positivo de acordo com esse direito pré e supra-estatal. “O Tribunal Constitucional reconhece a existência de um direito suprapositivo vinculando mesmo o legislador constitucional (incluindo o poder constituinte) e é competente para valorar o direito positivo à luz daquele direito (*BVerfGE*, 1, p. 14 ss.)”⁹²². Sobre este ponto, explica Klaus Stern:

Na sentença do Tribunal Constitucional Federal de 18.12.1953, o Tribunal considerou que não seria impossível que o poder constituinte extrapolasse os limites extremos da justiça, mas estimou que tal violação teria pouca chance de ocorrer para um “poder constituinte democrático livre”, o que equivaleria a uma “impossibilidade prática”. Dessa forma, o Tribunal reconhece, do ponto de vista teórico-jurídico, a vinculação do poder constituinte a certos valores jurídicos supraordenados⁹²³.

Os princípios de direito natural, as invariáveis axiológicas, as chamadas constantes de justiça e os princípios éticos, colocados em plano superior ao das disposições normativas, não podem ser modificados nem mesmo por normas advindas do poder constituinte originário⁹²⁴, muito menos mediante reforma ou mutação constitucional.

⁹²¹ CUEVA, Mario de la. **Teoría de la Constitución**. Cidade do México: Porrúa, 2008, p. 64.

⁹²² PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 74.

⁹²³ Tradução nossa do texto em espanhol: “En la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 18.12.1953 el Tribunal ha considerado como no impensable, que un poder constituyente pueda sobrepasar los límites extremos de la justicia, pero ha estimado que una tal violación tendría pocas posibilidades de producirse en el caso de ‘un constituyente democrático libre’, o que equivale a una ‘imposibilidad práctica’. De esta manera el Tribunal reconoce desde el punto de vista teórico-jurídico la vinculación del constituyente a ciertos valores jurídicos supraordenados”. (STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 270)

⁹²⁴ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 96.

Convém frisar que se trata de uma limitação extrajurídica, e a referência a normas jurídicas estrangeiras ou a opinião pública internacional confere ao Tribunal uma ferramenta adicional e potencialmente útil para a solução de temas complexos, envolvendo o direito constitucional.

Mas se deve dizer que é necessário que o sistema reconheça esses princípios superiores, como ocorre na Alemanha. Só assim, situando-se no plano da normatividade, é possível falar verdadeiramente em limites transcendentais.

Segundo Otto Bachof,

o próprio legislador da Lei Fundamental logrou “abraçar o céu”, especialmente mediante os arts. 1, 3, 20, nº 3, e 25, incorporando valores metafísicos no sistema constitucional e desse modo os reconhecendo como direito constitucional “válido” no sentido de dotado de positividade⁹²⁵.

Apesar disso e até mesmo em razão da grande divergência que há em torno da existência de valores fundamentais supraconstitucionais, ante a ausência de algum sistema de remissão a eles, torna-se muito difícil, quando não impraticável, o controle desses limites transcendentais.

No caso brasileiro, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal entende⁹²⁶ que não existem princípios superiores à Constituição. Nesta hipótese, os aqui mencionados limites transcendentais são reduzidos a meros mecanismos de persuasão.

3.3.2 Aceitação legítima pela comunidade

Assim como a Constituição nasceu de acordo com os marcos consagrados pela comunidade em um dado momento histórico, a sua constante realização deve

⁹²⁵ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 41.

⁹²⁶ ADIn 997-4/RS. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Moreira Alves, j. 28/03/1996, DJ 30/08/1996.

ocorrer através de um processo de concretização que seja capaz de refletir a permanente atualização dos valores adotados pela comunidade vivente. São valores que estão presentes na vida prática das pessoas e constituem a identidade jurídico-política do povo, com toda a complexidade que ele tiver, e devem permear o conteúdo da Constituição.

A mutação constitucional deve ser legitimamente aceita pela comunidade, tanto a jurídica quanto a não-jurídica. Dessa forma, a consciência jurídica geral – que inclui, *v.g.*, a ciência jurídica e a opinião pública – impõe-se como uma limitação, como uma consequência da pré-compreensão do processo de concretização. Sendo assim, será considerada legítima a interpretação passível de aceitação pelos seus destinatários.

Foi visto que as normas constitucionais abertas devem procurar responder as exigências de uma sociedade cada vez mais complexa. A abertura da Constituição funciona como mecanismo de legitimação constitucional, haja vista que as normas constitucionais abertas estão em contato permanente com a vontade popular e atuam com o fim de alcançar a efetividade constitucional. Assim, a abertura permite uma maior aproximação em relação ao caso concreto e, vale dizer, os indivíduos cumprem a norma quando, de certa forma, estão identificados com ela.

Em razão desta abertura, o processo de concretização deve atentar para conceitos que estão sedimentados na sociedade, como o conceito de família, propriedade etc. Por isso, a concretização constitucional deve esforçar-se para receptionar “todos os elementos relevantes para o processo de aferição da identidade (jurídico-política) comunitária. Não mais é possível interpretar segundo as disposições de um sistema jurídico-constitucional fechado”⁹²⁷.

Com efeito, o processo de interpretação impescinde da *interpretação constitucional popular*, que é aquela desenvolvida pelo povo, e também impulsionada pelas forças vivas da comunidade, como os grupos de pressão, os partidos políticos e a opinião

⁹²⁷ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 181.

pública⁹²⁸. Segundo Peter Häberle, cidadãos, grupos e opinião pública representam forças produtivas de interpretação, sendo eles “intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes”⁹²⁹. A interpretação popular orienta expectativas e comportamentos de um número indeterminado de pessoas, até que se firme de modo mais pacífico ou cabal um entendimento de uma prescrição constitucional. A participação popular na interpretação da Constituição varia em grau e intensidade, conforme o ordenamento jurídico-constitucional em análise, sendo de relevante importância em alguns casos e totalmente ignorada ou apenas tolerada em outros.

O intérprete não pode chegar a um resultado que somente lhe satisfaça. Ao invés disso, tem que chegar a um nível de aceitação geral ao atribuir um significado ao texto constitucional⁹³⁰. Uma hermenêutica constitucional aberta pode propiciar novos canais de comunicação entre o ordenamento jurídico e a sociedade, interpretando a estrutura constitucional de forma a garantir sua capacidade de prestação perante a sociedade.

Dessa forma, não basta que os intérpretes da Constituição sejam escolhidos direta ou indiretamente pelo povo, até mesmo porque alguns não o são. Além disso, o voto popular não assegura necessariamente um caráter democrático da decisão tomada por aquele que foi eleito, pois o voto dado no momento da escolha dos parlamentares ou dos demais cargos eletivos não é suficiente para legitimar as decisões que depois serão tomadas por esses representantes. Daí a necessidade de uma maior participação popular nas decisões políticas⁹³¹.

Contudo, a participação popular não deve se limitar tão-somente à atividade legiferante. Deve também fazer-se presente na interpretação das leis e da

⁹²⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 169.

⁹²⁹ 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, 2002, p. 14.

⁹³⁰ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2004, p. 156.

⁹³¹ A este respeito, cf. PEDRA, Adriano Sant’Ana. Participação popular no processo legislativo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte: Forum, v. 7, n. 27, p. 109-120, jan./mar. 2007.

Constituição. Afinal não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Dessa forma, mesmo a interpretação judicial não pode prescindir da participação popular, o que não significa que defendamos a ideia de termos uma magistratura escolhida pelo povo. Nas palavras de Daury Cesar Fabriz⁹³², “se o povo, de maneira efetiva, participou da elaboração do texto constitucional original, cabe a ele também participar na interpretação dos princípios e normas nele contidos”.

Está consagrada na maioria dos Estados Democráticos modernos, em especial naqueles que atribuíram ao Poder Judiciário o caráter de um dos poderes do Estado, a convicção de que só tem cabimento a aplicação do princípio da representatividade aos órgãos executivos e legislativos. Para Luís Roberto Barroso⁹³³, entretanto, embora a escolha dos juízes não se dê por via eletiva, com o que ele concorda, eles exercem um poder representativo⁹³⁴.

Alguns autores, contudo, entendem que as decisões fundamentais não deveriam ser tomadas pelo Poder Judiciário, formado por juízes não eleitos e, portanto, seriam carecedores de legitimidade, mas sim pelo Poder Legislativo, composto de representantes do povo. Nas palavras de Friedrich Müller⁹³⁵, “onde funcionários públicos e juízes não chegam ao seu cargo por meio de uma eleição pelo povo, a sua ação se liga de forma demasiado etérea à ação originária do povo ativo”.

Assim, se, por um lado, a democracia exige que as decisões políticas sejam tomadas por representantes escolhidos pelo povo; por outro, convive com o controle jurídico de constitucionalidade feito por um órgão não eleito. Dessa forma, pode ser destacado como principal problema do controle judicial de constitucionalidade o fato de que um corpo que não é eleito ou mesmo responsável politicamente de forma significativa diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como querem. Por outro lado, para Ronald Dworkin, um dos defensores do instituto do *judicial review*, “os Estados Unidos são hoje uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de

⁹³² FABRIZ, Daury Cesar. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 165.

⁹³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4.ed. rev. e atual. 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p.138.

⁹³⁴ Ainda, em verdade, as garantias da magistratura são incompatíveis com a representação.

⁹³⁵ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? – A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 59.

instituições majoritárias⁹³⁶. Em verdade, o *judicial review* deve fiscalizar se os pressupostos da democracia foram respeitados nas decisões, controlando aquelas que impliquem risco para a continuidade da democracia.

Nos países de família romano-germânica, os juízes, sendo de carreira, geralmente consagram todo o seu tempo à função de julgar. É raro que os juízes sejam, como nos países de *common law*, escolhidos entre os advogados que alcançaram maior reputação, não obstante ocorrer tal recrutamento no Brasil, na forma da Constituição. Todavia, em certos países há juízes eleitos para exercer suas funções por tempo determinado. Os juízes do Tribunal Federal da Suíça são eleitos por seis anos pela Assembleia Federal, mas são reelegíveis e, geralmente, isto ocorre. Em diversos outros países da Europa (Alemanha, Itália) os juízes do Tribunal Constitucional também não são vitalícios. Na América Latina, apenas no Brasil, na Argentina e no Chile, os juízes dos supremos tribunais são nomeados vitaliciamente, enquanto nos outros países eles são designados por um período que varia entre três e dez anos⁹³⁷. Notícias Luís Roberto Barroso⁹³⁸ que, na maioria dos países os magistrados não são escolhidos por via de sufrágio, mas por critérios técnicos ou políticos. Não obstante, adotam o critério de eleição dos juízes alguns Estados americanos e os Cantões da Suíça. Este mecanismo também era praticado na antiga União Soviética e nos países socialistas em geral. Assiste razão a João Baptista Herkenhoff⁹³⁹, para quem não se deve optar pelo sistema de eleição de juízes, para assegurar uma representatividade popular. A qualificação exigível do postulante ao cargo é bem mais apurada através de concurso público de provas e títulos.

A falta de mandato político-eleitoral, todavia, não impede que a magistratura desenvolva um intenso papel político na funcionalidade do sistema⁹⁴⁰. A

⁹³⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 426-427.

⁹³⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.154-155.

⁹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4.ed. rev. e atual. 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p.134.

⁹³⁹ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.117.

⁹⁴⁰ Não se pode olvidar da clássica disputa norte-americana que confronta originalistas e não-originalistas, na qual se percebe que o cerne da questão está na legitimidade do *judicial review*. Em

magistratura pode desenvolver-se dentro da crise do sistema político, em que seus argumentos culturais são convertidos em instrumentos do direito. A magistratura pode e deve interpretar a imagem coletiva, dando nova legitimidade política ao próprio poder político. Conforme expõe Dalmo de Abreu Dallari, “é indispensável que os juízes, de todos os níveis, percebam que eles existem em função do povo, que é quem lhes dá legitimação para proferirem julgamentos e cujos interesses devem merecer permanente respeito e atenção”⁹⁴¹.

Com a democratização do acesso aos cargos de juízes, maior será a possibilidade de a magistratura traduzir as aspirações populares, que estão diretamente ligadas à origem social dos magistrados e à classe que integram, assim como à ideologia e à formação profissional e cultural.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima acentuam a necessidade da participação da sociedade no processo de interpretação da Constituição:

O papel da jurisdição [constitucional] é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente. Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando⁹⁴².

A teoria democrática impõe que a vontade soberana do povo prevaleça. Nesse sentido, é perfeitamente possível e desejável que o intérprete da Constituição seja capaz de assegurar as decisões materiais da sociedade.

Daí a necessidade de ser ampliada a participação popular no processo de concretização da Constituição, o que dá estatura à “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. Ao analisar a matéria, Peter Häberle afirma que, no processo de interpretação constitucional, está potencialmente vinculado um número aberto de

verdade, cuida-se de saber se as questões devem ser decididas pelos representantes escolhidos pelo povo ou pela maioria dos nove *Justices* da Suprema Corte.

⁹⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 147.

⁹⁴² STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 375.

intérpretes e, quanto mais pluralista for uma sociedade, tanto maior será este número. Tal sociedade aberta dos intérpretes da Constituição produziria uma exegese mais realista e mais democrática. Peter Häberle apresenta-nos uma proposta de democratização da interpretação constitucional, para uma hermenêutica constitucional da sociedade aberta. Segundo sua lição,

interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. [...] Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)⁹⁴³.

Para Peter Häberle, “limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo”⁹⁴⁴. Dessa forma, a interpretação não pode ser uma função exclusivamente estatal, mesmo porque muitas questões não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica para tanto, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Dessa forma, Paulo Bonavides leciona que

a construção teórica de Häberle parece desdobrar-se através de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público; e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, com realidade constituída e “publicização”⁹⁴⁵.

Daí a necessidade de ampliação e de aperfeiçoamento das formas de participação no processo de concretização constitucional. Segundo Gisele Cittadino⁹⁴⁶, é pela via da participação político-jurídico, traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa. De outro modo, a abertura constitucional permite que cidadãos, partidos políticos, associações, etc. integrem o círculo de

⁹⁴³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 31.

⁹⁴⁴ *Ibidem*, p. 34.

⁹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 509.

⁹⁴⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 19.

intérpretes da constituição, democratizando o processo interpretativo e concretizando a Constituição.

Aqueles que vivenciam a Constituição são os que mais têm legitimidade para transformá-la em realidade constitucional e fazer a democracia desabrochar do papel. É preciso que o direito constitucional seja um direito vivo, o que só é possível imaginar com uma interpretação da Constituição com a presença ativa do cidadão. Só assim o sistema democrático será uma *law in action*, e não apenas uma *law in books*. Lembra José Joaquim Gomes Canotilho⁹⁴⁷ que “a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade *aberta* e *ativa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social”.

Nesse sentido, André Ramos Tavares anota que

há notícia de que os juízes têm feito seus julgamentos, nos Estados Unidos, com base nas atuais posições da opinião pública quanto à interpretação de alguma disposição constitucional. Foi o que aconteceu nas decisões da Corte quanto à Oitava Emenda, sobre a pena capital, em que os magistrados citaram pesquisas de opinião pública em apoio de suas interpretações⁹⁴⁸.

Acerca desse tema, Paulo Bonavides alerta que

o método concretista da “Constituição aberta” demanda, para uma eficaz aplicação, a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores sem dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, circunstância essa importantíssima, porquanto logo invalida como terapêutica das crises aquela metodologia cuja flexibilidade engana à primeira vista⁹⁴⁹.

A interpretação da Constituição merece ser sempre uma atividade criadora, permeada pelos valores atualmente presentes na sociedade. Uma hermenêutica constitucional aberta pode propiciar novos canais de comunicação entre o

⁹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 289.

⁹⁴⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 506.

⁹⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 516.

ordenamento jurídico e a sociedade, interpretando a estrutura constitucional de forma a garantir sua capacidade de prestação perante a sociedade.

Por isso, o juiz constitucional deve postar-se como autêntico canal de comunicação entre os valores hodiernos da sociedade em que vive e os casos que julga. “O juiz da democracia participativa não será, como no passado, ao alvorecer da legalidade representativa, o juiz ‘boca da lei’, da imagem de Montesquieu”⁹⁵⁰.

A missão dos Tribunais Constitucionais, que não devem apenas interpretar e aplicar o direito comum, é também propiciar, por meio de adequado processo constitucional, a realização das aspirações da sociedade⁹⁵¹. Nesse sentido, como muito bem alude José Alfredo de Oliveira Baracho, a interpretação constitucional move-se em dois planos: o jurídico e o político⁹⁵². Em outros termos, pode-se distinguir que o controle da lei é jurídico no que diz ao seu objeto, mas político em seus efeitos.

Para Mark Tushnet, a Constituição deveria ser “retomada” pelo povo, visto que

O constitucionalista populista acredita que o público deveria geralmente participar na formação do direito constitucional mais direta e abertamente. A Declaração da Independência e o Preâmbulo da Constituição dá a todos essa oportunidade. Como disse Lincoln, a Constituição pertence ao povo. Talvez seja a hora de a reclamarmos das cortes⁹⁵³.

Dessa forma, é possível defender que o Tribunal Constitucional seja composto a partir de um pluralismo político-ideológico. Esta diversidade dos membros do Tribunal Constitucional viabiliza um melhor debate de ideias, o que possibilita a pluralidade do discurso, reforçando, assim, o caráter democrático do Tribunal.

⁹⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 22.

⁹⁵¹ VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Lírio. A teoria da mudança no constitucionalismo americano: limites e possibilidades. In: DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 31.

⁹⁵² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, p.359.

⁹⁵³ Tradução nossa do original em inglês: “The populist constitutionalist believes that the public generally should participate in shaping constitutional law more directly and openly. The Declaration of Independence and the Preamble to the Constitution give all of us that opportunity. As Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts”. (TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton, New Jersey: Princeton University, 1999, p. 194)

Nesta concepção está contida a ideia de uma *democracia inclusiva*, uma democracia que procura trazer para si a discussão antes da tomada de decisão. A democracia inclusiva procura trazer para a discussão todos os pontos de vista possíveis ou aqueles pontos de vista mais importantes para a sociedade, o que é assegurado, de certa forma, quando aqueles que compõem o Tribunal Constitucional possuem ideologias distintas. Assim é possível ter decisões mais legítimas do ponto de vista da democracia e do pluralismo, haja vista que esta concepção procura alcançar um certo pluralismo de argumentos a partir de um pluralismo da composição do Tribunal Constitucional⁹⁵⁴.

Mas, quando se fala da legitimidade do conteúdo da decisão proferida no processo de concretização da Constituição, não se está preocupado apenas com o aferimento da vontade popular, mas também se preocupa com o respeito aos direitos fundamentais.

Nestes termos, a legitimidade pode ocorrer independentemente de uma vontade majoritária. Neste aspecto, a interpretação judicial da Constituição afasta-se das interpretações administrativa e legislativa.

Não se deve esquecer que a democracia é formada pela associação de cidadãos, como diz Peter Häberle: “Democracia é o ‘domínio do cidadão’ (*Herrschaft des Bürgers*), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular”. Prossegue o autor explanando que “a democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca”⁹⁵⁵.

A legitimidade do conteúdo da decisão também está estreitamente relacionada ao problema dos métodos, ao problema da hermenêutica, dos limites da hermenêutica.

⁹⁵⁴ Esse tipo de concepção exige que o modelo de composição do Supremo Tribunal Federal brasileiro seja discutido. (PEDRA, Adriano Sant’Ana. As mudanças no Supremo. **Valor Econômico**, São Paulo, 06 fev. 2006)

⁹⁵⁵ 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, 2002, p. 38.

Esta legitimidade merece ser aferida quando esta decisão versar sobre direitos fundamentais e isto estaria ou não fora do alcance dos parlamentares, que são intérpretes da Constituição escolhidos pela maioria. Além disso, a decisão também se legitima na proteção à dignidade da pessoa humana, nos seus mais diversos desmembramentos.

Neste contexto, André Ramos Tavares chama a atenção para o risco de o povo transformar-se de amigo da Constituição em seu mais radical adversário, procurando depô-la em nome de uma nova ideologia ou de interesses majoritários. Assim, escreve:

A necessidade de uma instituição orgânica para além do povo é praticamente inafastável. De outra forma, um constante processo constituinte seria praticamente inevitável, porque, mesmo naqueles casos em que a violação fosse flagrante, o povo, desejando-o, poderia ignorar a ofensa, por considerá-la benéfica ou necessária. Uma instituição responsável pela defesa e pelo cumprimento da Constituição, nessas circunstâncias, pouco poderia fazer, e sua operacionalidade funcional seria praticamente inexistente. Além das dificuldades de ordem técnica, que impediriam ser o povo o curador da Constituição, haveria a objeção de ordem material, consistente na tomada constante de decisões constituintes pelo soberano (povo). Um modelo como esse permitiria que as violações se transformassem em modificações constitucionais (Schmitt, 1931: 226), quando confirmadas pelo povo. Tal modelo realizaria, na realidade, uma democracia direta, que como tal teria de ser discutida. Evidentemente que um dos elementos a serem sopesados nesse modelo é o da segurança jurídica, que pode ficar prejudicada pela facilidade com que cláusulas constitucionais (mesmo as denominadas pétreas) poderiam ser simplesmente afastadas ou repostas por outras⁹⁵⁶.

Para o referido autor, a melhor solução é conciliar a atuação do cidadão com a de uma instituição especializada, conjugando aspectos democráticos com o necessário aporte técnico.

Neste contexto, é salutar conferir legitimidade ao cidadão, enquanto sociedade organizada, para deflagrar o processo de defesa constitucional jurisdicional.

Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, a unificação do rol de ativamente legitimados, em favor de representantes da sociedade civil e de órgãos do Estado para ADI, ADC e ADPF, mostra com clareza que a tarefa do controle

⁹⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76-77.

concentrado da constitucionalidade é uma missão para todos, e não somente para órgãos estatais⁹⁵⁷.

A Constituição brasileira, em seu artigo 103, prevê as autoridades, as pessoas e as entidades que podem propor a *ação de inconstitucionalidade*. Embora não tenha incluído aí o cidadão; individualmente, cuidou de conferir legitimidade a representantes da sociedade civil⁹⁵⁸, que também podem propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante (artigo 3º, Lei nº 11.417/2006). Vale dizer ainda que o sistema brasileiro misto de controle de constitucionalidade possibilita a qualquer parte de um processo interpretar a Constituição por via difusa, no caso concreto. Acerca da *ação popular de inconstitucionalidade*, adotada na Alemanha e em outros países, assim se manifesta Hans Kelsen⁹⁵⁹:

A mais forte garantia consistiria certamente em autorizar uma *actio popularis*: o tribunal constitucional seria obrigado a examinar a regularidade dos atos submetidos à sua jurisdição, em particular das leis e dos regulamentos, a pedido de quem quer que seja. É incontestavelmente dessa maneira que o interesse político em eliminar os atos irregulares receberia a satisfação mais radical. No entanto, não se pode recomendar essa solução, porque ela acarretaria um perigo considerável de ações temerárias e o risco de um intolerável congestionamento das funções.

A Hermenêutica Constitucional passa a ter importância cada vez maior na medida em que se ampliam as formas de controle jurisdicional. É verdade que, no sistema abstrato de controle de constitucionalidade, o número limitado de pessoas aptas a utilizá-lo reduz sensivelmente a participação do cidadão nos autos do processo, mas isto é suavizado com a possibilidade da participação do *amicus curiae* (colaborador informal da Corte). O *amicus curiae* foi incorporado em nosso ordenamento jurídico

⁹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 359-360.

⁹⁵⁸ Todavia, em se tratando de "confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional", o Supremo Tribunal Federal exige a demonstração de existência de uma relação de pertinência temática, o que nos parece descabida, por se tratar de uma possível ofensa objetiva e abstrata ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 289. Ver também DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões do processo objetivo. Autocriação e hetero-referência como meios de configuração do processo constitucional nas duas décadas da Constituição Federal de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: 2009, p. 155-156.

⁹⁵⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 174.

por meio da Lei nº 9.868/1999⁹⁶⁰, mas já fazia parte do construto jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal⁹⁶¹. Conforme escreve Renato Stanzola Vieira, “a figura do *amicus curiae* veio para resgatar a legitimidade democrática na atuação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que permite que entidades representativas encaminhem memoriais – e até mesmo profiram sustentações orais”⁹⁶².

Exemplo de intenso debate na sociedade brasileira é a questão que está posta na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. A mencionada ADPF nº 54 objetiva, em síntese, afastar a punição criminal para aborto de feto anencefálico⁹⁶³, com o argumento de que haveria tão-somente uma antecipação terapêutica do parto, haja vista que o feto portador de anencefalia⁹⁶⁴ não teria qualquer perspectiva de vida extra-uterina. O pedido formulado é para que haja uma interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar que eles não incidem no caso de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico. Ao mesmo tempo, requer que seja reconhecido o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento, sem a necessidade de prévia obtenção de autorização judicial. A tutela jurisdicional individual, nestes casos, além da possibilidade de se ter decisões divergentes, pode não chegar em tempo hábil em razão da morosidade do sistema judiciário.

Sem querer valorar aqui esta questão, o exemplo é importante para mostrar o intenso debate que tomou conta da sociedade e que foi levado para dentro da discussão do Supremo Tribunal Federal. As audiências públicas realizadas em agosto e setembro de 2008, sob a presidência do relator, Ministro Marco Aurélio Mello, permitiram a manifestação de representantes de diferentes segmentos da sociedade brasileira, tais como: professores, profissionais da saúde, entidades

⁹⁶⁰ Artigo 7º, §2º da Lei nº 9.868/99: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

⁹⁶¹ ADIn-AgR nº 748/RS. Rel. Min. Celso de Mello. J. 01/08/1994. DJ de 18/11/1994.

⁹⁶² VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 334.

⁹⁶³ Para um melhor desenvolvimento do tema, cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. Curitiba: Juruá, 2008.

⁹⁶⁴ Sobre o assunto, cf. PEDRA, Adriano Sant’Ana. Transplantes de órgãos de anencéfalos. **Revista Trimestral de Direito Civil** – RTDC, Rio de Janeiro, ano 9, v. 36, p. 255-267, out./dez. 2008. Rio de Janeiro: Padma.

religiosas, entidades médicas e científicas, entidades da sociedade civil e ministros de Estado.

O mesmo debate precedeu – e continuou após, no seio da sociedade – o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIn nº 3510⁹⁶⁵, que buscou em vão impugnar o artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, que permite, para fins de pesquisa e de terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados nos respectivos procedimentos, desde que sejam embriões inviáveis ou que estejam congelados há mais de três anos, nos termos em que dispõe a lei.

A decisão do Tribunal Constitucional estará legitimada não somente porque emanou da Corte que possui a competência de guardar da Constituição, mas, “principalmente, a decisão estatal estará legitimada por ser o resultado de um processo jurisdicional em que a sociedade poderá vir a ter participação”⁹⁶⁶.

Dessa forma, “o método interpretativo a partir da *Constituição aberta* torna-se relevante no tocante a uma possível vivência constitucional por todos os cidadãos”⁹⁶⁷. O intérprete oficial da Constituição não age isoladamente no corpo sociopolítico, mas se encontra em situação de permanente troca com a comunidade. As instâncias estatais responsáveis pela concretização da Constituição são influenciadas pelas várias compreensões constitucionais que existem dentro da comunidade. Assim, ao mesmo tempo em que cria o direito, o intérprete recebe influências – às vezes imperceptíveis – da sociedade em que está inserido.

Nesse sentido, o intérprete oficial da Constituição encontra-se vinculado – ainda que de maneira informal – à consciência jurídica geral. Por isso, uma mutação constitucional pronunciada por um intérprete oficial da Constituição só será legítima se estiver em consonância com as mudanças operadas na sociedade, e

⁹⁶⁵ Supremo Tribunal Federal. Pleno. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. J. 29/05/2008. Ainda não publicado.

⁹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 360.

⁹⁶⁷ FABRIZ, Dauray Cesar. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 181.

reconhecidas por esta consciência. Caso contrário, o novo entendimento expresso pelo intérprete oficial dificilmente será aceito e reconhecido pela comunidade como norma jurídica ou poderá ainda ser afastado, *v.g.*, por reforma constitucional.

3.4 LIMITES CONCERNENTES À NORMA DE DECISÃO

3.4.1 Racionalidade das decisões

Outra limitação imposta às mutações constitucionais é a necessidade das decisões correspondentes serem fundamentadas e razoáveis. A concretização opera um processo de construção do direito aplicável ao caso, à luz do padrão constitucional e mediante um procedimento argumentativo racionalmente controlável.

Dessa forma, a decisão precisa ser racional e deve conter uma fundamentação constitucionalmente satisfatória, mormente quando se tratar de uma mudança de entendimento. O intérprete da Constituição não pode valer-se de soluções hermenêuticas desprovidas de argumentação compreensível e racionalmente sustentável.

A racionalidade e a fundamentação devem estar presentes em todas as interpretações orgânicas que geram mutação constitucional, qualquer que seja a via que a realize – interpretação constitucional administrativa, judicial ou legislativa.

Apesar de haver divergências, é possível dizer que a motivação é sempre obrigatória na esfera administrativa, seja o ato administrativo praticado no exercício do poder vinculado, seja o ato administrativo decorrente do poder discricionário. Dessa forma, devem estar expostos os motivos, a fundamentação na qual são enunciados *(i)* a regra de direito habilitante; *(ii)* os fatos em que o intérprete estribou-se para decidir e ainda *(iii)* a relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado.

No campo judicial, a Constituição brasileira dispõe expressamente que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (artigo 93, IX). A capacidade de despertar adesão está vinculada à sintonia que houver com os reclamos de justiça existentes na sociedade⁹⁶⁸. “Até porque é da respeitabilidade e aceitação das decisões proferidas em jurisdição constitucional que dimana sua legitimidade no Estado Democrático de Direito”⁹⁶⁹. No mesmo sentido, explica Cristina Queiroz que

o direito autoritário que se impõe pelo respeito e pela sua majestade não tem nada a justificar. Aquele que se quer democrático, obra da persuasão e da razão, deve procurar uma “adesão pensante”. Faz parte da moderna teoria da interpretação determinar os fundamentos ‘racionais’ da sentença decisória para que a partir desta a decisão possa ser controlável⁹⁷⁰.

María Luisa Balaguer Callejón⁹⁷¹ destaca que a exigência de motivação das decisões judiciais é um importante limite à atividade jurisdicional em relação ao texto, haja vista que não permite qualquer leitura, mas que, pela necessidade de motivação, deve ser racional e esta exigência de racionalidade é, além de uma garantia do processo e um limite à arbitrariedade, uma limitação à atividade administrativa.

Essa necessidade de exteriorizar, na decisão, os motivos que a ditaram, permite realizar o controle da atividade judicial. Somente exteriorizando “os motivos inequívocos das sentenças decisórias, enfrentando o problema dos valores, não os ‘eludindo’, será possível alcançar a racionalidade e calculabilidade das sentenças capaz de concitar a aquiescência ou o consenso geral”⁹⁷².

⁹⁶⁸ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2004, p. 157.

⁹⁶⁹ VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278.

⁹⁷⁰ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 161.

⁹⁷¹ CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. Madri: Tecnos, 1997, p. 109.

⁹⁷² QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 162-163.

Toda decisão judicial e administrativa deve ser racionalmente sustentável⁹⁷³, a partir de uma interpretação construtiva do direito, que leve em conta as peculiaridades da situação concreta analisada. “A expressa motivação das decisões e a adequação desta com a mensagem normativa da Constituição a transforma em uma decisão racional”⁹⁷⁴. Além disso, “não basta que o ato ou a decisão que introduz uma mutação constitucional seja motivado. Ele também deve ser racional de modo que seja possível fazer o seu controle”⁹⁷⁵. Isto deve ocorrer porque

a fundamentação da decisão judicial fixa um “ponto” no qual mais nenhuma dúvida existe sobre a aplicabilidade da norma resultante da interpretação. O tribunal alcança esse ponto quando ele próprio não tem mais nenhuma dúvida e afirma, portanto, que ninguém mais, de modo racional, pode pôr em causa essa interpretação⁹⁷⁶.

Com relação ao legislador, o dever de motivação é mitigado, pois, apesar de os regimentos de casas legislativas normalmente exigirem que as proposições legislativas contenham uma exposição de motivos, os votos dos parlamentares não são formalmente fundamentados. Vale lembrar, então, que as decisões legislativas não precisam ser fundamentadas, embora devam obedecer ao princípio da razoabilidade.

É necessário, assim, estabelecer critérios racionais para serem aplicados no processo de concretização das normas constitucionais, para que seja possível conciliar as margens semânticas criadas pela abertura da Constituição com a segurança jurídica buscada pelo Estado Constitucional.

Hans Kelsen já escrevia que o direito a ser aplicado forma “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura

⁹⁷³ Não se pode negar que o raciocínio fica prejudicado quando diversos membros de um órgão colegiado manifestam diferentes fundamentos para proferir a mesma decisão – que, às vezes, pode até ser unânime.

⁹⁷⁴ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 213.

⁹⁷⁵ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 155.

⁹⁷⁶ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 164-165.

em qualquer sentido possível”⁹⁷⁷. Assim, a partir de um mesmo dispositivo constitucional, é possível encontrar interpretações “de acordo com o ponto de vista do legislador e dos vários aplicadores das comunidades jurídicas teórica (doutrina / interpretação teórica) e pragmática (juízes, advogados e procuradores / interpretação operativa)”⁹⁷⁸. E, apesar de várias opções semânticas, como destaca Ronald Dworkin, “nenhuma decisão jurídica é necessariamente a decisão correta”⁹⁷⁹. No mesmo sentido é a lavra de Karl Larenz:

Se bem que toda e qualquer interpretação, devida a um tribunal ou à ciência do Direito, encerre necessariamente a pretensão de ser uma interpretação “correta”, no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, não existe, no entanto, uma interpretação “absolutamente correta”, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões⁹⁸⁰.

Dessa forma, o grande desafio que se tem, no direito contemporâneo, é “oferecer *uma* dentre as diversas previsões/soluções encontráveis no sistema, particularmente nas respectivas constituições”⁹⁸¹. A abertura da Constituição permite o exercício de discricionariedade por parte do intérprete e a teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo na interpretação constitucional, especialmente por que a solução de um dado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, mas depende de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto. “Nessas hipóteses, o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta

⁹⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390.

⁹⁷⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso. As decisões interpretativas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador do direito ordinário. **Depoimentos**, Vitória, n. 9, p. 169-225, jan./dez. 2005, p. 179.

⁹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 285-286. E continua o autor: “Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que *leve os direitos a sério*, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções”.

⁹⁸⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 443.

⁹⁸¹ TAVARES, André Ramos. A Constituição aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: 2009, p. 12-13.

é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional⁹⁸². “Para a teoria da argumentação jurídica, com efeito, a ‘norma jurídica’ – ou ‘norma de decisão’ – encontra-se na justificação/fundamentação das decisões judiciais⁹⁸³. A argumentação jurídica, expressa na motivação da sentença, é sujeita à crítica jurídica e social⁹⁸⁴.

Deve ser destacado que a racionalidade e a fundamentação devem ser reforçadas quando se está diante de uma mutação constitucional, pois será necessário que a decisão supere a fundamentação anteriormente assentada, demonstrando a mudança no âmbito normativo ocorrida desde o pronunciamento da decisão anterior. Em outras palavras, ao decidir de um modo diferente um caso concreto acerca do qual já existe uma decisão distinta proferida anteriormente, sobre o intérprete constitucional recairá um específico ônus. Não basta apenas que a decisão seja fundamentada, mas a fundamentação deve apresentar os motivos pelos quais o intérprete afastou-se das razões anteriores.

Dessa forma, para que a decisão seja passível de ser objeto de controle de constitucionalidade e para que o entendimento do intérprete da Constituição seja compreendido pela comunidade, é imprescindível que haja racionalidade na decisão e que os seus fundamentos estejam devidamente explicitados.

3.4.2 Competência conferida a outro órgão: tensões entre os intérpretes da Constituição

Foi visto que a mutação constitucional pode ocorrer mediante diversas vias, especialmente considerando a existência de diversos intérpretes oficiais da Constituição. Em razão disso, haverá situações em que estes promoverão concretizações cujos resultados apontarão em diferentes direções. Então, é

⁹⁸² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 19, p. 51-80, mai./jun. 2003, p. 80.

⁹⁸³ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 164.

⁹⁸⁴ FERRIZ, Remedio Sánchez. **El Estado constitucional y su sistema de fuentes**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 311.

necessário investigar em que medida é possível harmonizar diferentes interpretações feitas pelos diversos órgãos, às vezes em momentos distintos. Para tanto, convém identificar quem tem competência para promover determinada mutação constitucional e analisar se determinado intérprete pode dar a última palavra acerca da concretização da Constituição.

Embora todos os órgãos sejam conclamados a assumir parcela de responsabilidade na defesa e na aplicação da Constituição⁹⁸⁵, isto não impede nem desautoriza a atribuição dessa responsabilidade de defesa e de cumprimento da Constituição a um órgão já existente no modelo tradicional ou que venha a ser criado com a finalidade de desempenhar tal missão.

Esta discussão traz à tona a questão de quem deve ser o defensor Constituição e isto faz lembrar o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca do *Hüter* ou *Herr* da Constituição. Carl Schmitt propõe a tese de que o presidente do *Reich* deveria ser o guardião da Constituição, negando ao Poder Judiciário esta condição, pois ele seria o único capaz de assegurar a necessária unidade do Estado. Tal unidade, que era a unidade do povo alemão, foi posta em contraposição com a pluralidade da composição do Parlamento. Em 1931, Hans Kelsen respondeu diretamente o artigo de Carl Schmitt, publicando “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*”⁹⁸⁶ (“Quem deve ser o guardião da Constituição?”), no qual defende que o Tribunal é que deveria ser o guardião da Constituição. Hans Kelsen lembra que a legitimidade do presidente do *Reich* advém apenas de uma maioria no momento da votação. Para Eduardo García de Enterría,

essa polêmica poderia ser considerada extinta, ao menos como questão de princípio, mas tanto na Europa como na América acende-se de novo periodicamente (como um velho vulcão que se acreditava extinto e que retoma inesperadamente sua atividade – e sua desolação –), com uma assombrosa capacidade de permanência, cada vez que surge algum *judicial activism* ou, inversamente, uma eventual debilidade dos respectivos Tribunais Constitucionais⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998, p. 27.

⁹⁸⁶ No Brasil este texto integra a obra: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

⁹⁸⁷ Tradução nossa do original em espanhol: “esa polémica podría estimarse apagada, al menos como cuestión de principio, pero tanto en Europa como en América se enciende de nuevo periódicamente (como un viejo volcán al que se cree extinto y que reanuda inesperadamente su actividad – y su desolación –), con una asombrosa capacidad de permanencia, cada vez que surge

Segundo André Ramos Tavares⁹⁸⁸, isto se explica pela novidade da instituição, pela posição de destaque que tem recebido o Tribunal Constitucional na atualidade e pela insuficiência da teoria desenvolvida sobre as suas funções. Nesse sentido, faz-se necessário desenvolver uma teoria da justiça constitucional, voltada para o Tribunal Constitucional, o que possibilita, portanto, identificar o espaço que esta instituição ocupa e pode vir a ocupar, analisando seus limites, sua natureza, suas perspectivas e sua legitimidade democrática.

Como o Tribunal Constitucional não tem compromisso partidário, nem compromisso com maiorias supostamente democráticas, ele é capaz de assegurar os direitos das minorias e, por conseguinte, uma concepção mais forte de democracia, que respeita de verdade um pluralismo e uma diversidade de concepções. Isto ocorre porque

no Estado Constitucional de Direito há como que uma primazia da Constituição positivada relativamente ao postulado da soberania popular *representativa*. A vontade da maioria atual cede em face da norma constitucional que disponha em sentido contrário. A maioria momentânea deve curvar-se à vontade da maioria constituinte. Preserva-se a soberania popular consubstanciada na Constituição e, a partir desta, normatizada⁹⁸⁹.

Hans Kelsen justifica a legitimidade dos tribunais constitucionais na atuação da proteção das minorias. É conveniente lembrar também que as minorias parlamentares podem ser facilmente eliminadas no sistema democrático compreendido como sistema majoritário.

Segundo Niklas Luhmann, o princípio majoritário

só se torna tolerável porque nos processos legislativos se tem que dominar a grande complexidade, para cuja redução o número de votos oferece um ponto de referência imprescindível, mas não constitui, de forma alguma, o único processo decisivo na determinação de sentido⁹⁹⁰.

algún *judicial activism* o, inversamente, un eventual desfallecimiento, de los respectivos Tribunales Constitucionales". (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 167)

⁹⁸⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, p. 498.

⁹⁹⁰ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980, pp. 147-148.

Dessa forma, para Niklas Luhmann a regra da maioria é uma das técnicas decisórias da legitimação pelo procedimento, mas não a única, sendo elemento imprescindível para a redução da complexidade do ambiente sistêmico.

A regra da maioria, uma das mais importantes normas de convivência em sociedade, é uma prática importante em que as pessoas são politicamente iguais e tem interesses divergentes, buscando uma solução pacífica para seus problemas, sem recorrer à força. Esta maioria pode estar presente diretamente ou através de representantes políticos. Por meio, *v.g.*, do *recall*, que não existe no ordenamento jurídico brasileiro, o povo pode cassar decisões judiciais, passando, deste modo, a conhecer e a decidir, em última instância, sobre a constitucionalidade das leis. Assim, o próprio “Poder Judiciário, quando se defronta com uma lei que não considera conforme à Constituição, pode submetê-la à consulta popular, por intermédio de um *referendum*. O mecanismo funciona com êxito na Suíça, relativamente às leis federais”⁹⁹¹.

Mas se deve destacar que uma aprovação por ampla maioria, embora seja capaz de “facilitar” a legitimação, não proporciona necessariamente legitimidade, pois esta não se resume à vontade da maioria, no entanto deve estar presente, dentre outros, o necessário respeito à minoria.

Existem certas questões nas quais os legisladores não resistem às tentações da demagogia, como anota Mauro Cappelletti.

Parece lícito arguir que nessas áreas os juízes seriam menos vulneráveis tanto às pressões da genérica demagogia eleitoral de caça aos votos, quanto às prioridades mais específicas e concretas, impostas pelos interesses locais ou corporativos, às quais, pelo contrário, os “políticos” encontram-se, às vezes, inexoravelmente ligados⁹⁹².

⁹⁹¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança na Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 112.

⁹⁹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 89.

Assim, deve-se abandonar a ideia de que todas as decisões importantes devem ser provenientes apenas de instâncias eletivas, o que é imprescindível para a aceitação da justiça constitucional⁹⁹³.

Nesse sentido, Anna Candida da Cunha Ferraz⁹⁹⁴ anota que a prática constitucional tem demonstrado que “a via legislativa é meio tão hábil para interpretar textos constitucionais duvidosos, de alcance impreciso ou obscuro, como o é a interpretação constitucional jurisdicional”. Isso ocorre porque cabe tanto ao Parlamento quanto ao Judiciário a interpretação e a aplicação da Constituição. Ambos não podem alterar a letra do texto constitucional, não podem ultrapassar os lindes fixados pelos princípios e pelos esquemas constitucionais e não podem deformar a Constituição.

Em verdade, a necessidade da representação eletiva é um axioma e, dessa forma, prescinde de demonstração, enquanto que a *judicial review* necessitará de justificação⁹⁹⁵. John Hart Ely destaca como principal problema do controle jurídico de constitucionalidade o fato de que “um corpo que não é eleito ou mesmo responsável politicamente de nenhuma forma significativa está a dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como querem”⁹⁹⁶. Rejeita o autor o argumento de que a Corte tenha função constitucional de definir valores e de proclamar princípios, uma vez que os valores em questão seriam aqueles dos próprios magistrados. O *judicial review* deve fiscalizar se os pressupostos da democracia foram respeitados nas decisões, controlando aquelas que impliquem risco para a continuidade da democracia.

Da mesma forma, Jürgen Habermas avalia a legitimidade das decisões da justiça constitucional. Segundo ele,

⁹⁹³ PEDRA, Adriano Sant’Ana. A justiça constitucional como elemento de aperfeiçoamento da democracia em Cuba. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça constitucional e Democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 219.

⁹⁹⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 87-88.

⁹⁹⁵ PERRY, Michael J. **The Constitution, the courts, and human rights: An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary**. New Haven: Yale University, 1982, p. 9.

⁹⁹⁶ ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p.4-5.

a existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente. Tais instituições não existem em muitas ordens do Estado de direito. E, mesmo onde eles existem – eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões⁹⁹⁷.

Nesse sentido, se, por um lado, a democracia constitucional exige que as decisões políticas sejam tomadas pelos representantes escolhidos pelo povo, por outro, deve coexistir com a justiça constitucional, que, visando à preservação do próprio sistema constitucional, não deve sobrepujar a democracia⁹⁹⁸. A justiça constitucional deve, assim, reforçar a democracia, mediante a preservação da ordem jurídica e a verificação da observância dos pressupostos da democracia na tomada de decisões.

Alguns autores utilizam a expressão “juiz legislador” para se referirem ao processo de criação jurídica pelo Poder Judiciário. Todavia, é necessário reconhecer, como faz Luis Prieto Sanchís⁹⁹⁹, que a criatividade judicial não deve ser equiparada à legislativa, tanto devido aos princípios da supremacia e reserva da lei como em razão da posição que ocupam os juízes e pelas características que definem o processo judicial. Por isso, escreve Mauro Cappelletti que “apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse, deixaria simplesmente de ser juiz”¹⁰⁰⁰.

Afinal, a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional. Como afirma Aury Lopes Junior, “é uma legitimidade democrática, fundada na

⁹⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 298.

⁹⁹⁸ Celso Fernandes Campilongo analisa a questão em que uma lei votada no parlamento ou chancelada pelos instrumentos de participação popular no processo político, portanto, refletindo a vontade da maioria, é declarada inconstitucional. Ocorre, assim, a contraposição de duas maiorias, a maioria do povo e a maioria dos juízes na votação. Conclui o autor que “a questão tem fácil solução: o Judiciário deve observar rigorosamente a Constituição, isto é, o pacto legal aprovado pela maioria mais expressiva”. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 24)

⁹⁹⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. **Interpretación jurídica y creación judicial del derecho**. Lima: Palestra, 2007, p. 227.

¹⁰⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 74.

garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial”¹⁰⁰¹. Anote-se ainda que, quando se reconhece “a legitimidade do juiz para atuar além da lei, isso não significa que o juiz está acima dela. Colocar o juiz acima do legislador é repetir o erro que se critica (superioridade do legislativo), apenas mudando o conteúdo subjetivo do erro”¹⁰⁰².

É preciso chamar a atenção para o possível conflito que pode se estabelecer entre poderes quando um Tribunal Constitucional é chamado a anular uma lei ou um outro ato estatal. Jürgen Habermas afirma que “a crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes”¹⁰⁰³.

Todas as dicotomias clássicas, como soberania popular e constitucionalismo, somente aparentemente apresentam uma natureza paradoxal. Isto porque, como diz Menelick de Carvalho Netto,

embora efetivamente sejam opostos um ao outro, são também, a um só tempo, constitutivos um do outro. [...] Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo¹⁰⁰⁴.

Dessa forma, a justiça constitucional deve estar a serviço da democracia, visando preservar a própria Constituição.

Esta questão torna-se mais complexa ainda quando as decisões do Tribunal Constitucional procuram vincular ou obstar a atuação do órgão reformador da Constituição, ou, ainda, inversamente, quando as emendas constitucionais buscam revisar as decisões do Tribunal Constitucional.

¹⁰⁰¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 73.

¹⁰⁰² FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005, p. 58.

¹⁰⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 298.

¹⁰⁰⁴ Apresentação da obra: ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, página não numerada.

O Tribunal Constitucional só poderá vincular ou obstar a atuação do órgão reformador quando não for possível confiar nas instâncias representativas do povo, o que ocorre quando as cláusulas pétreas são desrespeitadas, como, *v.g.*, quando se tratar de normas que envolvam grupos normalmente estigmatizados, de normas de direitos fundamentais, ou ainda de normas que constituem pressupostos para a própria democracia.

Caso contrário, o Tribunal Constitucional deve exercer um papel moderado, de autocontenção (*judicial self-restraint*), cedendo espaço para o órgão reformador. Segundo Walber de Moura Agra, “a política do *self-restraint* significa que o órgão que exerce a tutela constitucional deve se autolimitar ao interpretar a Constituição, para não transformar essa prerrogativa em um monopólio de dizer o direito de acordo com suas conveniências”¹⁰⁰⁵. Desse papel moderado decorre que

uma jurisdição constitucional deve se conformar com seu papel secundário, embora relevante, em uma democracia. Cabe aos representantes eleitos pelo povo a primazia na formulação das políticas públicas, o que eles fazem principalmente por meio de atos legislativos. As intervenções da jurisdição constitucional demandam a demonstração de que a interpretação judicial da Constituição é mais acertada do que a interpretação subjacente ao ato legislativo controlado¹⁰⁰⁶.

Nuno Piçarra escreve que a legitimação democrática direta do legislador aponta para uma presunção de constitucionalidade das leis e “o princípio da separação dos poderes aponta para uma *judicial self-restraint* quanto aos juízos de natureza política contidos nas leis cuja constitucionalidade se trata de apreciar, uma vez assente o primado político do legislador”¹⁰⁰⁷.

É óbvio que não se defende aqui a dissolução de decisões do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional, como fazia a Carta de 1937¹⁰⁰⁸, mas o Tribunal

¹⁰⁰⁵ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 137.

¹⁰⁰⁶ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004, p. 204.

¹⁰⁰⁷ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**: Coimbra: Coimbra, 1989, p. 261.

¹⁰⁰⁸ *In verbis*: Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se

Constitucional não deve impor a sua interpretação sobre a do legislador, mas tão-somente aferir se a interpretação do legislador é razoável, ainda que não concorde com ela.

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei aprovada por um Parlamento eleito periodicamente pelo sufrágio universal, o juiz deve levar isso em conta nas suas razões¹⁰⁰⁹. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Poder Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes¹⁰¹⁰.

De acordo com o *judicial self-restraint*, uma norma produzida pelo Poder Legislativo só pode ser declarada inconstitucional se a violação for tão manifesta que não haja uma dúvida razoável. Esta concepção do *judicial self-restraint* foi formulada por James Bradley Thayer¹⁰¹¹, em artigo publicado no ano de 1893. Convém observar que,

segundo afirmou oportunamente o professor e juiz Felix Frankfurter, o artigo “The origin and scope of the american doctrine of constitutional law”, que o professor James Thayer publicou no final do século XIX na *Harvard Law Review*, constitui o melhor estudo sobre direito constitucional americano que já se escreveu. Em termos igualmente elogiosos pronunciou-se Oliver Wendell Holmes, um dos juízes mais importantes da história dos Estados Unidos¹⁰¹².

James Bradley Thayer utiliza, em seu estudo, diversas formulações. Algumas delas extraídas de decisões judiciais que, segundo ele, refletem o ponto de vista que deseja defender. Tem-se, então, que, para poder invalidar uma lei, a violação da Constituição deve ser “tão manifesta que não deixe espaço para a dúvida

este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

¹⁰⁰⁹ COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 42.

¹⁰¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 174.

¹⁰¹¹ THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. VII, n. 3, p. 129-156, out. 1893.

¹⁰¹² Tradução livre do original em espanhol: “Según afirmó en su día el profesor y juez Felix Frankfurter, el artículo “The origin and scope of the american doctrine of constitutional law” que el profesor James Thayer publicó a finales del siglo XIX en la **Harvard Law Review** constituye el mejor ensayo sobre derecho constitucional americano que se ha escrito jamás. En términos igualmente elogiosos se pronunció Oliver Wendell Holmes, uno de los jueces más importantes de la historia de los Estados Unidos”. (COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 134)

razoável”¹⁰¹³; “a violação deve ser patente e clara”¹⁰¹⁴; o legislador não deve ter incorrido em um mero erro constitucional, “mas um erro muito claro, tão claro que não esteja aberto a uma discussão racional”¹⁰¹⁵; “em nenhum caso duvidoso pode [a Corte] declarar que uma lei é contrária à Constituição”¹⁰¹⁶; “a questão para os juízes não é a de uma mera e simples preponderância de razões a favor ou contra, mas a de que seja [a inconstitucionalidade de uma lei] patente e clara, clara além de uma razoável dúvida”¹⁰¹⁷; “quando os juízes consideram que uma lei é constitucional, o que querem dizer estritamente é simplesmente que a lei não é inconstitucional além de uma dúvida razoável”¹⁰¹⁸.

É comum, no Brasil, o controle de constitucionalidade de emenda constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, conforme leciona André Ramos Tavares, não deveria talvez ser tão comum assim, haja vista que a possibilidade de superar uma decisão de uma Corte Suprema por meio de uma emenda à Constituição é um mecanismo de controle democrático. Mas, no Brasil, ocorre o inverso, com o Supremo Tribunal Federal controlando as emendas constitucionais. Assim, explica o autor que

é preciso estabelecer qual órgão, dentre os inúmeros, que adquire preferência em relação aos demais na decisão sobre normas constitucionais. Essa preferência pode variar segundo as circunstâncias. O Legislativo, ao interpretar a Constituição por meio de lei, pode ser preterido pela interpretação do Tribunal Constitucional (vale lembrar que a função interpretativa é essencial no desenvolvimento da função legislativa). Esse mesmo Legislativo, ao interpretar a Constituição atual por meio da aprovação de uma emenda constitucional, poderá vê-la prevalecer sobre aquela elaborada pelo Tribunal Constitucional¹⁰¹⁹.

¹⁰¹³ Tradução nossa do original em inglês: “so manifest as to leave no room for reasonable doubt”. (THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. Harvard Law Review*, Cambridge, v. VII, n. 3, p. 129-156, out. 1893, p. 140)

¹⁰¹⁴ Tradução nossa do original em inglês: “the violation must be plain and clear”. (*Ibidem*, p. 140)

¹⁰¹⁵ Tradução nossa do original em inglês: “but have made a very clear one, so clear that it is not open to rational question”. (*Ibidem* p. 144)

¹⁰¹⁶ Tradução nossa do original em inglês: “in no doubtful case would it pronounce a legislative Act to be contrary to the Constitution”. (*Ibidem*, p. 145)

¹⁰¹⁷ Tradução nossa do original em inglês: “the question for them is not one of the mere and simple preponderance of reasons for or against, but of what is very plain and clear, clear beyond a reasonable doubt”. (*Ibidem*, p. 151)

¹⁰¹⁸ Tradução nossa do original em inglês: “when they hold an Act constitutional, [the strict meaning of their words] is merely this, – not unconstitutional beyond a reasonable doubt”. (*Ibidem*, p. 151)

¹⁰¹⁹ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47.

Caso a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal versar sobre cláusula pétreia, o Congresso Nacional não poderá superá-la por meio de emenda constitucional, porque, neste caso, a reforma constitucional não poderá contrariar o entendimento do Tribunal Constitucional acerca do que é intangível. Por isso escreve Francisco Javier Díaz Revorio que,

como intérprete supremo da Constituição, o Tribunal é constitucionalmente infalível, pois nenhum outro órgão pode corrigir ou retificar suas decisões. Trasladando as célebres afirmações do juiz Jackson referidas à Suprema Corte norte-americana, “nós não estamos no final porque somos infalíveis, mas somente somos infalíveis porque nós estamos no final”¹⁰²⁰.

A este respeito, Michael J. Perry analisa o alcance que deveria ter o poder dos tribunais para o efetivo exercício da proteção dos direitos humanos constitucionalmente instituídos. Escreve o autor:

Já sugeri alhures que a prerrogativa dos tribunais não deveria ser tão larga; o poder judicial de proteger direitos humanos constitucionalmente instituídos deveria ser a “penúltima” prerrogativa judicial, e não a “última”: o poder de não ter a última palavra, mas a penúltima apenas – por exemplo, uma palavra que pudesse ser derrubada por lei ordinária. O Canadá, em 1982, e o Reino Unido, em 1998, optaram, cada um deles (cada um por um sistema diferente), por um sistema de penúltima prerrogativa judicial. Nos Estados Unidos, contudo, a Suprema Corte exerce o poder de última prerrogativa judicial: uma decisão emanada da Suprema Corte no sentido da inconstitucionalidade de uma lei só poderá ser derrubada por ato legislativo extraordinário, oriundo de decisão da grande maioria do legislativo federal, na forma de emenda constitucional. Nem o Congresso nem o legislativo estadual podem derrubar, via lei ordinária, a decisão da Suprema Corte pela inconstitucionalidade de uma lei¹⁰²¹.

Para José Acosta Sánchez¹⁰²², o juiz constitucional não tem nunca a última palavra, já que as normas constitucionais que cria podem sempre ser integradas na Constituição, ou modificadas ou anuladas mediante reforma constitucional. Em outras palavras, as criações judiciais no plano constitucional nunca são definitivas,

¹⁰²⁰ Tradução nossa do texto original: “De este modo, como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal es constitucionalmente infalible, pues ningún otro órgano puede corregir o rectificar sus decisiones. Trasladando las célebres afirmaciones del juez Jackson referidas al Tribunal Supremo norteamericano, ‘we are not final because we are infallible, but only we are infallible because we are final’.” (REVORIO, Francisco Javier Díaz. **La Constitución abierta y su interpretación**. Lima: Palestra, 2004, p. 259)

¹⁰²¹ PERRY, Michael J. Direitos humanos constitucionalmente institucionalizados e a Suprema Corte Americana: da deferência thayeriana. Tradutora: Marina Bevilacqua; Revisor técnico: Felipe Monteiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 113-126, abr./jun. 2007, p. 115.

¹⁰²² SÁNCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional**. Madri: Tecnos, 1998, p. 378.

no sentido de que somente antecipam por via de necessidade normas constitucionais que o legítimo poder democrático de reforma constitucional sempre pode elaborar. Opera em última instância legitimadora o axioma de que uma lei declarada inconstitucional é somente uma lei aprovada por um procedimento indevido, que pode ser sempre recuperada pelo legislador, utilizando o devido, qual seja, o procedimento de reforma constitucional.

Ilustra esta situação a tentativa de estabelecimento da “cláusula de barreira” no sistema partidário brasileiro. Cláusula de barreira é a prescrição normativa que mitiga a representação parlamentar do partido que não houver alcançado nas eleições um determinado número ou percentual de votos¹⁰²³. Com este objetivo, a Lei nº 9.096/1995 exigiu que os partidos políticos obtivessem, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, no mínimo cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles (artigo 13). O não atendimento de tais exigências não impedia a posse do candidato eleito pelo partido, mas a lei prescrevia ao partido político restrições quanto (i) ao funcionamento parlamentar em todas as Casas Legislativas para as quais tenha eleito representante, prejudicando a sua atuação como bancada, deixando, *v.g.*, de indicar membros para mesas e comissões (artigo 17, IV, da CF, e artigos 12 e 13 da Lei 9.096/1995); (ii) ao acesso à televisão (artigo 17, § 3º, da CF, e artigos 48 e 49 da Lei nº 9.096/1995)¹⁰²⁴; (iii) ao acesso ao Fundo Partidário (artigo 17, § 3º, da CF, e artigo 41, II, da Lei nº 9.096/1995)¹⁰²⁵.

¹⁰²³ PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Reforma política: compromissos e desafios da democracia brasileira*. In: _____. **Arquivos de direito público**. São Paulo: Método, 2007, p. 13-14.

¹⁰²⁴ *In verbis*: “Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de 1 (um) programa em cadeia nacional, em cada semestre, com duração de 2 (dois) minutos. Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado: I – a realização de 1 (um) programa, em cadeia nacional e de 1 (um) programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de 20 (vinte) minutos cada; II – a utilização do tempo total de 40 (quarenta) minutos, por semestre, para inserções de 30 (trinta) segundos ou 1 (um) minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.”

¹⁰²⁵ Na verdade, os partidos que não ultrapassarem a cláusula de barreira participarão do rateio de um por cento do total do Fundo Partidário. *In verbis*: “Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de 5 (cinco) dias, a contar da data do depósito a que se refere o §1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios: I – 1% (um por cento) do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; II – 99% (noventa e nove por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral pra a Câmara dos Deputados.”

Embora a cláusula de barreira tenha sido estabelecida em lei desde 1995, as regras de transição para sua implementação fizeram adiar o debate a seu respeito, tendo o Supremo Tribunal Federal manifestado-se sobre sua inconstitucionalidade no ano de 2006. No julgamento da ADIn nº 1351/DF¹⁰²⁶, o STF entendeu que é inconstitucional o dispositivo legal que, em razão do número de votos obtidos pelo partido político, afasta o seu funcionamento parlamentar e reduz substancialmente o seu tempo de propaganda gratuita e a sua participação no rateio do Fundo Partidário.

Apesar desta decisão do Supremo, muitos defendem a cláusula de barreira. Como acentua Marcello Caetano, a oposição parlamentar “feita por partidos sem probabilidades de exercer o Poder torna-se sistemática e truculenta, com a preocupação dominante de chamar a atenção do eleitorado, através do escândalo, para as formações oposicionistas”. Acrescenta ainda o autor que “o governo passa a ser de difícil condução, sempre em risco de sacrificar as providências que o interesse geral exigia que fossem tomadas às soluções susceptíveis de causar menor resistência”¹⁰²⁷.

Então, para superar o entendimento do Excelso Tribunal anteriormente citado acerca desta matéria, foi apresentada, no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda Constitucional PEC nº 2/2007, para permitir a distinção entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho eleitoral. Caso aprovada pelo Congresso Nacional, a cláusula de barreira poderá ser estabelecida mediante reforma na Constituição.

Outro caso que também pode ser trazido diz respeito ao *foro privilegiado*. Durante muitos anos, inclusive sob a égide da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o foro privilegiado subsistia mesmo após o agente público ter deixado o cargo ou a função, tendo consolidado esse entendimento o enunciado nº

¹⁰²⁶Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn 1351/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 07/12/2006. DJ 30/07/2007.

¹⁰²⁷ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2006.T. I, p. 395-396.

394¹⁰²⁸ da Súmula da Jurisprudência Dominante. Todavia, o STF alterou o seu entendimento¹⁰²⁹ e cancelou o verbete da Súmula, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função.

Merece consignar que o texto constitucional vigente – bem como os anteriores – nada diz acerca dessa questão, limitando-se a descrever a competência do Supremo Tribunal Federal sem maiores considerações.

Após o cancelamento da Súmula nº 394 do Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional aprovou Lei nº 10.628/2002, que restabelecia a tese jurídica anterior, com a subsistência da competência especial, mesmo após o fim do exercício da função pública que a determinou¹⁰³⁰. “A lei, portanto, desfazia a mutação constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal”¹⁰³¹. Contestada a constitucionalidade dessa lei, o STF veio a entender, por maioria apertada, que ela era inconstitucional¹⁰³². Esta posição majoritária do STF, contudo, não é imune a crítica: “se o dispositivo constitucional – art. 102, I, ‘b’ – comportava mais de uma interpretação, como bem demonstrou a variação de posição do STF, é discutível que ao legislador não fosse facultada a escolha de uma delas”¹⁰³³.

Em muitos casos, a interpretação pelo Parlamento e pelo Tribunal Constitucional pode ser vista dialeticamente. O § 4º do artigo 55 da Constituição, por exemplo, que dispõe que “a renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até

¹⁰²⁸ *In verbis*: “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”.

¹⁰²⁹ STF, DJU 09/11/2001, QO no Inq. 687/DF, Rel. Min. Sydney Sanches.

¹⁰³⁰ A Lei nº 10.628/2002 alterava a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, prevendo no §1º o seguinte: “A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”.

¹⁰³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133-134. Ver também BARROSO, Luís Roberto. *Mutação constitucional*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

¹⁰³² ADIn 2.797, DJU de 19/12/2006, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

¹⁰³³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 133-134. Nota 1031. Ver também BARROSO, Luís Roberto. *Mutação constitucional*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º”, foi introduzido pela Emenda Constitucional de Revisão nº 6, de 07/06/1994, após o julgamento do Supremo Tribunal Federal que negou provimento ao mandado de segurança do ex-presidente da República Fernando Collor de Mello, que o impetrou a fim de anular ato do Senado, que não conheceu a sua renúncia momentos antes da decisão que culminou na perda de seu cargo.

Também pode ser citada, como exemplo, a inclusão do Governador do Distrito Federal e da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal no rol dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 da CF), pela Emenda Constitucional nº 45/2004, após tal previsão já constar no texto da Lei nº 9.868/1999, e consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁰³⁴. Também merece destaque a transladação da prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal para a mesma Lei nº 9.868/1999, dispondo acerca dos efeitos de declaração de constitucionalidade sem redução do texto, ou da interpretação conforme a Constituição.

Ademais, pode ocorrer ainda que uma emenda constitucional reconheça a consumação de uma mutação constitucional exatamente quando a primeira surge para afastar a segunda. É o que ocorre quando

a práxis constitucional consagra definitivamente um dos possíveis sentidos em princípio atribuíveis a um dispositivo constitucional semanticamente aberto; nesse caso somente uma emenda poderá restabelecer o sentido inicialmente compatível com a norma, mas que a interpretação dominante veio a afastar. Assim procedendo estará o poder reformador reconhecendo que a norma mudara apesar da permanência do texto e chancelando com isso a mutação. Observe-se por fim que a reforma constitucional desempenha o relevante papel político de poder em alguns casos “arbitrar”, por assim dizer, eventuais conflitos entre o Poder Legislativo e o Tribunal Constitucional¹⁰³⁵.

¹⁰³⁴ O STF reconheceu a legitimidade do Governador do Distrito Federal “por via de interpretação compreensiva do texto do art. 103, V, da CF/88, c/c o art. 32, §1º, da mesma Carta”. Cf. ADIn n. 645-2, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 21.2.92, p. 1.693. Cf. também a ADIn n. 665, Rel. Min. Octávio Gallotti, *DJU* 24.4.92, p. 5.376.

¹⁰³⁵ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 77.

Haverá uma *heterocontenção* do Poder Judiciário quando o órgão reformador não concorda com o significado dado pelo órgão judicial a um dispositivo constitucional e, então, emenda o texto constitucional a fim de lhe dar o sentido que desejar.

Isso pode ser exemplificado pela decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou parcialmente procedente a ADIn nº 790-4¹⁰³⁶, declarando a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 8.162/1991, que aumentou a alíquota de contribuição para o plano de seguridade social dos servidores públicos civis da União, de suas autarquias e suas fundações, entendendo que a alteração da alíquota feriria o § 5º do artigo 195 da Constituição¹⁰³⁷, em razão da ausência de causa suficiente à modificação do equilíbrio atuarial estabelecido até então. Poucos dias após esta decisão, a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, incluiu o § 6º do artigo 40 da Constituição¹⁰³⁸, prevendo que a seguridade social do servidor seria custeada com recursos provenientes da União e da contribuição dos servidores, o que afastou, dessa forma, o ônus exclusivo do Tesouro Nacional e criou, com isso, causa suficiente ao aumento da alíquota, cuja ausência fundamentou a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Também é o que busca o Congresso Nacional com a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional PEC nº 20/2008 (“PEC dos vereadores”), já referida no segundo capítulo deste trabalho, que aumenta o número de vereadores nos municípios brasileiros, a partir de uma nova redação para o artigo 29, *caput*, IV, CF¹⁰³⁹.

Esta PEC foi uma reação dos parlamentares ao resultado da decisão do STF proferida no Recurso Extraordinário nº 197.917/SP¹⁰⁴⁰, que apreciou um artigo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela (SP), relativo à fixação do número de vereadores. No julgamento deste Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal

¹⁰³⁶ Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn 790-4. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 26/02/1993. DJ 23/04/1993.

¹⁰³⁷ *In verbis*: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

¹⁰³⁸ *In verbis*: “As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”. Este dispositivo atualmente tem nova redação, dada pela EC nº 20, de 15/12/1998.

¹⁰³⁹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. A polêmica dos vereadores. **A Gazeta**, Vitória, 04 dez. 2008.

¹⁰⁴⁰ Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Correa, j. 24/03/2004, DJ 07/05/2004.

Federal, por maioria, declarou inconstitucional, *incidenter tantum*, o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica nº 226, de 31 de março de 1990, determinando à Câmara de Vereadores que adequasse a sua composição aos parâmetros fixados na referida decisão, respeitados os mandatos em curso.

Durante as discussões do referido Recurso Extraordinário, concluiu-se que, apesar de se tratar de um caso concreto, seria preciso dar uma orientação uniforme a esse respeito para todo o país. Nesse sentido, entendeu-se que o Tribunal Superior Eleitoral deveria regulamentar a matéria, com a celeridade necessária para que não houvesse embaraços nas eleições municipais daquele ano de 2004¹⁰⁴¹. Foi então editada a Resolução TSE nº 21.702/2004, fixando o número de vereadores em todo o Brasil. Posteriormente, esta resolução foi considerada constitucional no julgamento da ADIn 3.345/DF¹⁰⁴².

3.4.3 Irretroatividade dos efeitos da nova interpretação

Como a Constituição é a base de todo o ordenamento jurídico, uma alteração em sua interpretação tem grande repercussão e pode gerar uma grande insegurança jurídica. Daí ser necessário que se amenize o impacto jurídico provocado por essas mudanças informais da Constituição, vedando uma insegurança retroativa, para que o novo entendimento seja aplicado apenas para os casos posteriores a ele.

Foi visto, no primeiro capítulo deste trabalho, que a norma é *construída* pelo intérprete, no decorrer do processo de *concretização* do direito constitucional, ou seja, no processo de concretização, haverá a própria elaboração da norma constitucional. Dessa forma, na mutação constitucional, ocorre a criação de uma norma constitucional nova, que, em razão desta situação, jamais poderá produzir efeitos para eventos pretéritos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

No mesmo sentido é a doutrina de André Ramos Tavares,

¹⁰⁴¹ O número de candidatos dos partidos é proporcional às vagas existentes.

¹⁰⁴² Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn 3345/DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. 25/08/2005. Ainda não publicado.

A retroatividade das decisões judiciais interpretativas (que opera fora de qualquer questionamento) é fruto da ficção de que o Tribunal Constitucional apenas declara o Direito. Ora, quando o Direito se depara com decisões criativas, com normas inovadoras, é preciso aplicar a diretriz geral da preservação das situações passadas ou já consumadas. Trata-se de princípio normalmente encontrável nas constituições¹⁰⁴³.

Assim, quando um novo significado é dado ao comando constitucional, é necessário resguardar deste novo entendimento as relações jurídicas havidas no passado. Deste modo, Tércio Sampaio Ferraz Junior leciona que

a doutrina da irretroatividade serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e reporta-se à concepção liberal do direito e do Estado¹⁰⁴⁴.

A segurança jurídica deve estar presente na sociedade, pois representa a certeza de agir conforme os padrões comportamentais em vigor. As pessoas precisam saber como devem comportar-se perante a comunidade em que vivem, e isso é incompatível com a retroatividade das normas. Ronald Dworkin lembra a objeção de que “se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato”¹⁰⁴⁵.

A mutação normativa somente pode produzir efeitos prospectivos, sempre para frente ao longo do tempo. Tal limitação apenas poderia ser excepcionada em matéria penal e em benefício do réu, quando então deve operar efeitos retroativos a fim de alcançar no tempo a conduta deste¹⁰⁴⁶.

Como visto no tópico anterior, acerca do Recurso Extraordinário nº 197.917-8/SP¹⁰⁴⁷, o Supremo Tribunal Federal reviu sua própria jurisprudência quanto ao

¹⁰⁴³ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 250.

¹⁰⁴⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 248.

¹⁰⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132.

¹⁰⁴⁶ Nesse sentido, o artigo 5º, XL, da Constituição (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) poderia ser lido como “a norma penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

¹⁰⁴⁷ Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Correa, j. 24/03/2004, DJ 07/05/2004.

número de vereadores fixados pelo artigo 29, IV, CF, para estabelecer que este número deve obedecer a uma proporcionalidade aritmética em relação ao número de habitantes de cada município. Esta nova decisão implicou uma redução generalizada no número de vereadores dos municípios brasileiros, que o STF ponderou que ocorresse somente na legislatura subsequente ao julgamento.

Já foi abordado também, neste capítulo, o caso da progressão do regime de cumprimento da pena para condenados por crimes hediondos¹⁰⁴⁸, quando o Supremo Tribunal Federal reviu entendimento anterior que tinha sobre o tema e declarou inconstitucional o dispositivo do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, que determinava o cumprimento da pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado. O STF concedeu efeitos *ex nunc*¹⁰⁴⁹, aplicando-se a progressão do regime às penas em execução, porém isso permitiu afastar a responsabilidade civil do Estado pelo excesso das execuções nas quais a lei inconstitucional havia sido aplicada.

Foi analisada, nos dois primeiros capítulos deste estudo, a mutação constitucional envolvendo a fidelidade partidária. Pode soar contraditória – mas não é – a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos mandados de segurança MS nº 26.602¹⁰⁵⁰, MS nº 26.603¹⁰⁵¹ e MS nº 26.604¹⁰⁵², que decidiu pela fidelidade partidária, mas manteve nos cargos os parlamentares infiéis. Isso aconteceu porque foram atribuídos efeitos prospectivos à nova interpretação sobre o tema, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

A modulação dos efeitos tomou, como marco temporal, o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral em 27 de março de 2007, quando este Tribunal decidiu,

¹⁰⁴⁸ HC 82.959-7/SP. Relator ministro Marco Aurélio. Pleno. Maioria. J. 23/02/2006. DJ 01/09/2006.

¹⁰⁴⁹ Merece ser consignado que a própria Lei nº 9.868/1999 previu a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Dispositivo semelhante consta no artigo 11 da Lei nº 9.881/1999.

¹⁰⁵⁰ Mandado de Segurança MS 26.602. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Eros Grau, j. 04/10/2007, DJ 17/10/2008.

¹⁰⁵¹ Mandado de Segurança MS 26.603. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Celso de Mello, j. 04/10/2007, DJ 19/12/2008.

¹⁰⁵² Mandado de Segurança MS 26.604. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Cármen Lúcia, j. 04/10/2007, DJ 03/10/2008.

em resposta à Consulta nº 1.398, que os partidos e as coligações partidárias conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional.

De fato, não se poderia impor a perda dos mandatos daqueles parlamentares que trocaram de partidos se até então (27/03/2007) prevalecia o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral de que tal conduta não ensejava a perda do cargo. O parlamentar que mudou de partido político pautou sua conduta confiando na interpretação de que a mais alta Corte de Justiça lhe conferia, além do entendimento manifestado por muitos doutrinadores.

Nesse sentido, o ministro Enrique Ricardo Lewandowski, em seu voto no MS nº 26.602-3/DF¹⁰⁵³, ressaltou que “é preciso que respeitem as situações consolidadas, sob pena de grave solapamento da confiança dos cidadãos nas instituições, com todas as consequências nefastas que isso pode acarretar para o convívio social”. O ministro Celso de Mello também examinou a questão “em decorrência de uma substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com a consequente ruptura de paradigma dela resultante”. As migrações partidárias ocorreram com a certeza manifestada pelos próprios precedentes do Supremo Tribunal Federal de que a infidelidade partidária não acarretaria a perda do cargo. Dessa forma, não pode haver a aplicação do novo entendimento a situações já consolidadas no passado (*prospective overruling*).

3.5 MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL

Pode-se chamar de *mudança constitucional* apenas a alteração informal da Constituição que não ultrapassar os limites anteriormente analisados. Caso contrário, a situação será de uma *mudança constitucional inconstitucional* (doravante chamada simplesmente *mudança inconstitucional*), que ocorre quando o resultado da alteração informal afronta o sistema constitucional.

¹⁰⁵³ Mandado de Segurança MS 26.602. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Eros Grau, j. 04/10/2007, DJ 17/10/2008.

Infelizmente a mutação inconstitucional é verificada na realidade vivida nas diversas constituições. Um exemplo de mutação inconstitucional, vivenciado na história constitucional brasileira, foi a investidura do marechal Floriano Peixoto, então vice-presidente, na Presidência da República, a despeito do artigo 42 da Constituição de 1891, o qual prescrevia que, “se no caso de vaga, por qualquer causa, da Presidência ou Vice-Presidência, não houverem ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição”. Apesar da norma constitucional, o Congresso Nacional permitiu que o vice-presidente assumisse, embora a renúncia do presidente da República tivesse ocorrido antes de findar o prazo de dois anos.

No sentido aqui adotado, a *mutação inconstitucional* assume uma dimensão que abrange o que a doutrina chama de *falseamento da Constituição* ou *quebrantamento (ou quebramento) da Constituição*. Pedro de Vega conceitua falseamento da Constituição como o “fenômeno em virtude do qual se outorga a certas normas constitucionais uma interpretação e um sentido distintos dos que realmente têm”¹⁰⁵⁴. Carl Schmitt cuida da concepção de quebrantamento da Constituição e faz algumas distinções.

Quebrantamento da Constituição: Violação de prescrições legal-constitucionais para um ou vários casos determinados, porém a título excepcional, quer dizer, sob o suposto de que as prescrições quebrantadas seguem inalteradas nos demais, e, portanto, não são nem suprimidas permanentemente nem colocadas temporalmente fora de vigência (suspensas). a) Quebrantamento inconstitucional da Constituição: violação a título excepcional de uma prescrição legal-constitucional sem atender ao procedimento previsto para as reformas constitucionais. b) Quebrantamento constitucional da Constituição: violação a título excepcional de uma prescrição legal-constitucional para um ou vários casos concretos, quando, ou é permitido dito quebrantamento excepcional por uma lei constitucional (por exemplo: art. 44, § 2º, C. a.), ou se observa para isto o procedimento previsto para as reformas da Constituição¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁴ Tradução livre da lavra original em espanhol: “fenómeno en virtud del cual se otorga a ciertas normas constitucionales una interpretación y un sentido distintos de los que realmente tienen”. (VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 291)

¹⁰⁵⁵ Tradução nossa do texto em espanhol: “Quebrantamiento de la Constitución: Violación de prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor (suspendidas). a) Quebrantamiento inconstitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional sin atender al procedimiento previsto para las reformas constitucionales. b) Quebrantamiento constitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional para uno o varios casos concretos, cuando, o bien es permitido dicho quebrantamiento excepcional por una ley constitucional (por ejemplo: art. 44, párrafo

Por isso é possível considerar que os *falseamentos* ou os *quebrantamentos* estão contidos na concepção de *mutação constitucional inconstitucional*.

A mutação inconstitucional revela-se pela prática que venha a violar os limites de modo manifesto e perceptível, ou ainda de modo despercebido ou pouco perceptível, como o provocado pelo desuso ou pela inércia.

É preciso destacar que a mutação inconstitucional também ocorre por omissão. Uma Constituição promulgada e vigente necessita de normas infraconstitucionais a fim de que lhe seja dada toda a eficácia. Nesse sentido, a inatividade do legislador, quando não elabora lei imprescindível para dar ampla eficácia a determinada norma constitucional, a fim de torná-la plenamente aplicável, também constitui um processo inconstitucional de alteração da Constituição. Há um total descaso com o texto constitucional vigente, pois o legislador infraconstitucional tenta sobrepujar o legislador constituinte.

Os efeitos provocados pelas mutações inconstitucionais variam em grau e em profundidade, na medida em que destroem a vida das normas constitucionais. Podem provocar mudanças temporárias ou permanentes e até suspender os efeitos da norma constitucional, em flagrante desrespeito à Constituição.

Não se pode aceitar que a mutação constitucional produza excessos e promova resultados conflitantes com o sistema. Assim como as mudanças formais da Constituição (reforma e revisão) estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, da mesma forma as mudanças informais (mutação) também são suscetíveis de serem controladas.

As mutações inconstitucionais representam um grande risco que uma Constituição pode sofrer, e sua depuração deve ocorrer por meio de um eficiente controle de constitucionalidade. José Carlos Francisco escreve que as mutações inconstitucionais são indesejáveis e “devem ser repelidas pela ação efetiva dos

2, C. a.), o bien se observa para ello el procedimiento prescrito para las reformas de la Constitución”. (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2006, p. 115-116)

meios de controle jurisdicional de constitucionalidade, bem como por ações político-institucionais de esclarecimento e fortalecimento da opinião pública”¹⁰⁵⁶. O controle de constitucionalidade “incide nas mutações constitucionais, da mesma forma que nos demais preceitos normativos, tanto na inconstitucionalidade formal quanto na material”¹⁰⁵⁷. Isto deve acontecer porque os desvios do processo informal de alteração constitucional “não são inofensivos e nem devem ser tolerados, mas a sua correção deve ser feita com os instrumentos e nos limites do sistema previsto na Constituição”¹⁰⁵⁸.

Contudo, Paolo Biscaretti di Ruffia destaca que, quase sempre, as mutações constitucionais “se apresentam de modo que não podem ser neutralizadas, jurisdicionalmente, por vício de inconstitucionalidade”¹⁰⁵⁹. O grande problema se dá quando os limites da mutação constitucional não são respeitados pelo próprio guardião da Constituição. Nesta hipótese, a pergunta que se faz é: *Quis custodiet custodes?*

Luís Roberto Barroso reconhece que

as mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário¹⁰⁶⁰.

Quando é o próprio Tribunal Constitucional que promove ou confirma uma mutação da Constituição que excede os seus limites, o que se tem neste caso é uma *anomalia*. Trata-se de distorção havida no processo, gerada a partir da violação dos

¹⁰⁵⁶ FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 65.

¹⁰⁵⁷ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

¹⁰⁵⁸ ZANDONADE, Adriana. Mutações constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 35. abr.-jun. 2001. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2001, p. 210.

¹⁰⁵⁹ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito constitucional: instituições de direito público**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984, p. 234.

¹⁰⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128. Ver também BARROSO, Luís Roberto. Mutações constitucionais. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 215.

seus limites, assim como ocorre, *v.g.*, no processo legislativo e no processo de alteração formal da Constituição, com a elaboração de emendas constitucionais¹⁰⁶¹. Não obstante, tais *anomalias* são perigosas e devem ser combatidas.

Anna Candida da Cunha Ferraz também reconhece a existência de mutações constitucionais que violam a Constituição. A autora faz a distinção entre processos manifestamente inconstitucionais – aqueles que mudam a Constituição contra a sua letra ou o seu espírito –, e processos anômalos – que produzem uma alteração sobre a qual não se pode facilmente determinar se ferem, e até que ponto, o espírito da Constituição. Nas suas próprias palavras:

É possível distinguir dois tipos de processos dessa ordem. De um lado, os que mudam a Constituição contra a sua letra ou o seu espírito. Esses são aqui denominados de processos manifestamente inconstitucionais; de outro, os processos rotulados, à falta de melhor titulação, de processos anômalos. O grupo de processos anômalos reúne modalidades de mudança constitucional que nem sempre podem, rigorosamente, ser tachados de inconstitucionais, porquanto sobre não provocarem alteração na letra constitucional, não é fácil determinar se violam – e até que ponto o fazem – o espírito da Constituição. [...] Na prática, as mutações inconstitucionais proliferam ou porquanto o controle de constitucionalidade é ineficaz, ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade exercido por órgão ou poder constituído. 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.¹⁰⁶²

De fato, haverá situações de difícil aferição sobre a extrapolação dos limites que se impõe às mutações constitucionais. Como reconhece Klaus Stern, “entre a mutação constitucional admissível por via da interpretação concretizadora, mediante o desenvolvimento judicial do direito, e a mutação constitucional inadmissível há somente um pequeno espaço”¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ Veja-se, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento da ADIn nº 3367-1/DF, que “não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada em ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo”. Cf. ADIn 3367-1/DF. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Min. Cezar Peluso. J. 13/04/2005, DJ 13/03/2006.

¹⁰⁶² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 213-214.

¹⁰⁶³ Tradução nossa do texto em espanhol: “Entre la mutación constitucional admisible por vía de interpretación concretizadora mediante el desarrollo judicial del derecho y la mutación constitucional inadmissible sólo hay un pequeño espacio”. (STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana**. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 339)

Não se pode olvidar que, em certas situações, o Tribunal Constitucional busca interpretar o próprio poder constituinte originário¹⁰⁶⁴, como escreve Tércio Sampaio Ferraz Junior.

A posição pragmática é de que o sistema do ordenamento, não se reduzindo a uma (única) unidade hierárquica, não tem estrutura de pirâmide, mas estrutura circular de competências referidas mutuamente, dotada de coesão. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal recebe do *poder constituinte originário* sua competência para determinar em última instância o sentido normativo das normas constitucionais. Desse modo, seus acórdãos ou norma cuja validade decorre de uma norma constitucional de competência, configurando uma subordinação do STF ao *poder constituinte originário*. No entanto, como o STF pode determinar o sentido de validade da própria norma que lhe dá aquela competência, de certo modo, a validade da norma constitucional de competência do STF também depende de seus acórdãos (norma), configurando uma subordinação do *poder constituinte originário* ao STF¹⁰⁶⁵.

José Acosta Sánchez¹⁰⁶⁶ traz importante exemplo de modificação tácita da Constituição, levada a cabo mediante uma interpretação de seu texto totalmente distinta da intenção dos constituintes. O Conselho Constitucional francês, em decisão proferida em 16 de julho de 1971, reconheceu a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o preâmbulo da Constituição de 1946 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, como parte da Constituição francesa, sem que o constituinte de 1958 tivesse expressado esta vontade. Segundo José Acosta Sánchez, esta decisão de 1971 é um acontecimento “quase revolucionário”.

No direito constitucional italiano, Riccardo Guastini leciona que a Corte Constitucional fixou o entendimento de que alguns pontos não são suscetíveis de serem modificados por reforma constitucional, cujo processo prevê uma dupla

¹⁰⁶⁴ Cf., a este respeito, FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 67: “Na Suprema Corte americana há acirrada polêmica sobre os limites que podem ser empregados para a atualização dos preceitos constitucionais (redigidos em boa parte no final do século XVIII), formando-se duas correntes, os interpretativistas (os quais dão valor à análise jurídica, limitando o papel da Corte) e os não-interpretativistas (os quais dão maior amplitude aos poderes da Corte Suprema), aspecto que traz, em seu contexto, a possibilidade de o aplicador da Constituição se posicionar como verdadeiro ‘constituinte’, provocando fenômeno denominado ‘supraconstitucionalidade’.”

¹⁰⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 185.

¹⁰⁶⁶ SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la Constitución en el siglo XX. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 100, abr.-jun. 1998. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998, p. 85-86.

aprovação por parte das Câmaras, com maioria qualificada na segunda votação e possibilidade de referendo popular (artigo 138 da Constituição italiana).

Segundo o posicionamento da Corte Constitucional, a Constituição italiana contém alguns princípios que não podem ser subvertidos ou modificados no seu conteúdo essencial, nem mesmo por meio de revisão constitucional (cf. Corte Cost. nº 1.146/1988). Isto significa que há uma parte da Constituição que, mais do que rígida, está definitivamente “petrificada”, ou seja, não é passível de sofrer modificações de qualquer modo (pelo menos, de algum modo legal)¹⁰⁶⁷.

Dessa forma, “a tese da mutação constitucional advoga, em última análise, uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes”¹⁰⁶⁸.

Sobre os desvios do processo informal de alteração constitucional, José Horácio Meirelles Teixeira¹⁰⁶⁹ traz um exemplo bastante ilustrativo do desvirtuamento da Constituição de 1946, que, em seu artigo 186¹⁰⁷⁰, estabelecia a necessidade de concurso público para a primeira investidura em “cargos de carreira” e em outros que a lei determinasse. Tal dispositivo, embora reproduzido nas Constituições estaduais e nos Estatutos dos Funcionários Públicos, foi frequentemente violado por leis ordinárias, que efetivavam servidores admitidos sem concurso e consideravam como “isolados” certos cargos que, na realidade, deveriam ser “de carreira”, a fim de permitirem seu livre provimento.

Outro exemplo desta ordem que pode ser apontado foram as intermináveis reedições de medidas provisórias pelo presidente da República¹⁰⁷¹ que existiam

¹⁰⁶⁷ GUASTINI, Riccardo. A “constitucionalização” do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 280.

¹⁰⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 375.

¹⁰⁶⁹ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 147-148.

¹⁰⁷⁰ *In verbis*: “Art. 186. A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde”.

¹⁰⁷¹ “Tem havido abuso na utilização dessa espécie normativa, não só com a edição de inúmeras medidas provisórias, mas também com suas reedições”. (PEDRA, Adriano Sant’Ana. Possibilidade de edição de medidas provisórias pelos municípios. **Interesse Público**. a. 2. n. 8. out-dez 2000. São Paulo: Notadez, 2000, p. 91)

antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, que faziam com que tais medidas deixassem de ser “provisórias”. Sustenta-se que “houve uma mutação inconstitucional, uma interpretação inconstitucional da medida provisória, com fundamento no costume”¹⁰⁷². Na linha de pensamento do Supremo Tribunal Federal, a reedição da medida provisória não rejeitada pelo Congresso Nacional “não é dado configurador da inocorrência dos requisitos de urgência e relevância. Ao contrário, a reedição demonstra, de certa forma, a necessidade da medida e a sua urgência”¹⁰⁷³. A este respeito, Clèmerson Merlin Clève escreve que o STF elabora “um curioso conceito de urgência (urgência permanente?)”¹⁰⁷⁴. E Luís Roberto Barroso, assumindo uma postura de certa tolerância, escreve que situações como esta “tangenciam a linha de fronteira com a inconstitucionalidade”¹⁰⁷⁵.

A experiência constitucional permite verificar a ocorrência de manipulação da Constituição naquelas situações em que ela é utilizada com interesses particulares. Nesta hipótese, o manipulador, ao invés de servir à Constituição, serve-se dela. Os mecanismos manipuladores são muitos, dentre os quais Néstor Pedro Sagüés¹⁰⁷⁶ menciona: (i) dar às palavras da Constituição um sentido absurdo; (ii) interpretar isoladamente um artigo da Constituição; (iii) realizar afirmações infalíveis e sem necessidade de demonstração; (iv) praticar analogias improcedentes; (v) postular algo como regra, mas não aplicá-la sempre; e (vi) criar exceções que a Constituição não prevê. O autor argentino destaca que o tema da manipulação constitucional não é novo, e já apareceu na interpretação do *Instrument of Government* inglês, de 1653. O seu artigo 8º determinava que o Parlamento somente poderia ser dissolvido, sem o seu consentimento, após o lapso de cinco meses a contar do dia de sua primeira reunião. Interpretou-se que intervalo de tempo referia-se a meses “lunares”, e não meses “solares”, como era (e ainda é) comumente usado.

¹⁰⁷² FERREIRA, Daniela Câmara. Medidas provisórias e mutações inconstitucionais. *In*: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; NUZZI NETO, José (org.). **Temas de direito constitucional**: estudos em homenagem ao advogado público André Franco Montoro. Rio de Janeiro: ADCOAS/IBAP, 2000, p. 149.

¹⁰⁷³ ADInMc 1397, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.4.1997, DJU 27.6.1997. RDA 210, out/dez 1997.

¹⁰⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 110-111.

¹⁰⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135. Ver também BARROSO, Luís Roberto. **Mutação constitucional**. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 222.

¹⁰⁷⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 165-172.

Independentemente de como ocorram, as mutações inconstitucionais são perigosas e devem ser objeto de preocupação. Este tema assume especial relevo, principalmente em razão do efeito irradiante da interpretação constitucional, pois as leituras não autorizadas da Constituição difundem-se por todo o ordenamento jurídico e nele causam lesões, até que sejam devidamente corrigidas.

Não é admissível a imposição da realidade constitucional *contra constitutionem*¹⁰⁷⁷. A mudança de significado de um preceito só pode ocorrer no marco do sentido e da finalidade da norma. No processo de concretização, não há a possibilidade de se interpretar arbitrariamente. O desrespeito aos limites que se impõem às mutações constitucionais significa o abandono de uma interpretação segura e isto é vedado ao aplicador da norma.

¹⁰⁷⁷ STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana**. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 337.

CONCLUSÃO

A mutação constitucional (*Verfassungswandlungen*) consiste em um processo informal de alteração da Constituição, que não se encontra previsto expressamente no texto constitucional. Tal mudança informal ocorre mediante o desenvolvimento da norma, embora o texto constitucional permaneça o mesmo.

O fenômeno da mutação constitucional é uma constante na vida dos Estados, e acontece porque a significação da Constituição não é dada de antemão, mas depende do contexto no qual é concretizada. O sentimento constitucional, presente em cada momento vivido, passa a permear a realização da Constituição e a natureza dinâmica da Constituição, como organismo vivo que é, permite que ela possa acompanhar a evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômicas.

Na origem da teoria da mutação constitucional, esta era vista como um problema, como uma lesão à Constituição e isso ocorria porque não se fazia uma adequada associação entre a norma e a realidade social. Atualmente afastada do seu passado preponderantemente político, a mutação constitucional deixou de funcionar como uma influência do mundo fático sobre a Constituição e tornou-se legítima na medida em que se mantém nos marcos normativos estabelecidos pela Constituição.

As considerações tecidas neste trabalho mostraram que o estudo da mutação constitucional, a partir da teoria da concretização, permite compreender a sua natureza e também demarcar os seus limites e as suas possibilidades.

De acordo com a obra de Friedrich Müller, acerca da estrutura das normas constitucionais, é possível tomar a incorporação da *realidade* na *norma*. Isto significa que a realidade constitucional é uma realidade complexa e englobante, na qual confluem e aparecem inter-relacionadas a facticidade e a normatividade.

A *metódica estruturante* de Friedrich Müller é desenvolvida mediante três elementos, quais sejam, o *programa normativo*, o *âmbito normativo* e a *norma de decisão*. O *programa normativo* (*Normprogram*) representa a análise do texto normativo

(elemento linguístico). O *âmbito normativo* (*Normbereich*) abrange as interferências provocadas na norma pela realidade (elemento empírico) e configura-se pela coordenação dos elementos factuais estruturantes que são extraídos da realidade social com a perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo. Dessa forma, assim como o âmbito normativo conforma o programa normativo, por sua vez o programa normativo também conforma o âmbito normativo. Segundo a teoria da concretização, as normas constitucionais resultam da conexão entre o programa normativo e o âmbito normativo, o que produz a *norma de decisão*. Daí porque a norma constitucional é *construída* pelo intérprete no decorrer do processo de concretização.

Assim sendo, a norma não pode ser isolada da realidade, pois esta é parte integrante e constitutiva daquela. As mutações constitucionais podem ser vistas então como mudanças ocorridas dentro da norma constitucional, haja vista que decorrem de alterações havidas no âmbito normativo. Como o âmbito normativo está sujeito às alterações que se processam com o decorrer do tempo, os resultados da concretização podem sofrer mudanças.

Apesar de as circunstâncias fáticas do âmbito normativo integrarem a concepção de norma, isto não significa afirmar que a Constituição deva sucumbir às forças das circunstâncias da realidade. A Constituição, que se encontra no vértice do sistema jurídico a que confere validade, deve ser tanto normativa quanto dinâmica. Enquanto a força normativa da Constituição é responsável pela conformação da vida em sociedade, o caso concreto conferirá dinamicidade às normas constitucionais. Os processos informais de alteração da Constituição não podem gerar deformações ou subversões traumatizantes na ordem estabelecida. As mutações constitucionais somente serão consideradas legítimas se não exorbitarem os limites decorrentes da supremacia e da força normativa da Constituição.

Mas o intérprete não pode pretender inserir no programa normativo significados que ele evidentemente não comporta, sob pena de inconstitucionalidade. Ao longo do trabalho foram demonstrados quatro *limites associados ao programa normativo*: (a) elasticidade do texto; (b) decisões vinculantes do Tribunal Constitucional; (c)

vedação de abolição de cláusulas pétreas e (d) vedação de retrocesso para direitos e garantias fundamentais.

A *elasticidade do texto* servirá de limite para que não se extraia do texto um significado que não lhe é possível. Mas deve ser frisado que o limite é a elasticidade de todo o texto constitucional, e não de um enunciado específico isoladamente analisado.

As *decisões vinculantes do Tribunal Constitucional* são limitações que devem ser vistas com temperamento, tendo em vista que estas decisões colocam-se como limites a certos intérpretes da Constituição. O Tribunal Constitucional, por exemplo, não fica vinculado às suas próprias decisões. Todavia, quando as decisões vinculantes não forem mais congruentes com a realidade social, o próprio Tribunal Constitucional pode alterá-la, mas se exige uma fundamentação reforçada para justificar a sua mudança de entendimento.

A *vedação de abolição de cláusulas pétreas* por mutação constitucional decorre da importância que estas desempenham no sistema constitucional. As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, e propicia assegurar a permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Em razão disso, embora se destinem diretamente a limitar as alterações formais da Constituição, as cláusulas pétreas também se impõem como limites às alterações informais.

A *vedação de retrocesso para direitos e garantias fundamentais* estabelece que a mutação constitucional que envolve direitos e garantias fundamentais é um caminho de via única, ou seja, um caminho que admite apenas avanços nas mudanças informais da Constituição. A mutação constitucional concernente a direitos e a garantias fundamentais não admite retrocessos na interpretação evolutiva da Constituição, para que se preservem os avanços conquistados e se assegure a manutenção dos graus mínimos de segurança alcançados.

Além desses limites relacionados, é possível associar outros ao âmbito normativo. Afinal, também é necessário que o âmbito normativo comporte a mutação constitucional a fim de evitar que se dê um significado à norma que não é suportado pela realidade. Foram demonstrados neste trabalho, então, dois *limites associados ao âmbito normativo*: (a) restrições transcendentais e (b) aceitação legítima pela comunidade.

As *restrições transcendentais* são limitações à mutação constitucional que não foram apresentadas pelo texto constitucional e dizem respeito à inviabilidade de deliberar sobre determinados valores. Trata-se dos valores supraconstitucionais que visam a impedir eventuais distorções interpretativas da Constituição. Foram analisados, neste trabalho, os limites relacionados à moral e à ordem internacional.

A mutação constitucional deve ter uma *aceitação legítima pela comunidade*, tanto a comunidade jurídica quanto a não-jurídica. Da mesma forma que a Constituição nasceu de acordo com os marcos consagrados pela comunidade em um dado momento histórico, a sua constante realização deve ocorrer por meio de um processo de concretização que seja capaz de refletir a permanente atualização dos valores adotados pela comunidade vivente. Assim, a consciência jurídica geral impõe-se como uma limitação em razão da pré-compreensão do processo de concretização e será considerada legítima a mudança de interpretação passível de aceitação pelos seus destinatários.

Não obstante, mais um aspecto foi considerado neste estudo. O conteúdo da norma constitucional somente poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo programa normativo, na medida em que se modifica o âmbito normativo e dentro do que se espera da *norma de decisão*. Diante deste quadro, foram demonstrados mais três *limites associados à norma de decisão*: (a) racionalidade das decisões; (b) competência conferida a outro órgão e (c) irretroatividade dos efeitos da nova interpretação.

A *racionalidade das decisões* se impõe, para que a concretização opere um processo de construção do direito aplicável ao caso, à luz do padrão constitucional e mediante um procedimento argumentativo racionalmente controlável. Dessa forma, a

decisão precisa ser racional e deve conter uma fundamentação constitucionalmente satisfatória, mormente porque se trata de uma mudança de entendimento. O intérprete da Constituição não pode valer-se de soluções hermenêuticas desprovidas de argumentação compreensível e racionalmente sustentável.

A competência conferida a outro órgão impedirá que um órgão incompetente realize uma mudança na interpretação da Constituição. Como a mutação constitucional pode ocorrer mediante diversas vias, especialmente se se considerar a existência de diversos intérpretes oficiais da Constituição, foi necessário investigar em que medida é possível harmonizar diferentes interpretações feitas pelos diversos órgãos, às vezes em momentos distintos.

A irretroatividade dos efeitos da nova interpretação estabelece que a mutação constitucional somente poderá produzir efeitos prospectivos, ou seja, sempre para frente ao longo do tempo. Assim deverá ocorrer porque, na mutação constitucional, ocorre a criação de uma norma constitucional nova, que, em razão desta situação, jamais poderá produzir efeitos para eventos pretéritos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Ao longo de todo este trabalho, foram vistos diversos exemplos de mutações constitucionais, na experiência constitucional brasileira e estrangeira, que envolvem a interpretação legislativa, a interpretação judicial e a interpretação administrativa. Foi possível constatar que, na verdade, nem sempre a mutação constitucional obedece aos limites que lhe são impostos. A prática constitucional revela que, às vezes, as limitações impostas não são observadas e as mudanças constitucionais escapam a qualquer controle.

Ademais, a existência de mutações inconstitucionais em nada macula o desenvolvimento teórico aqui construído. Embora as mutações constitucionais estejam proibidas de ultrapassarem os limites traçados neste trabalho, não há como negar que isso ocorre. Da mesma forma, as reformas constitucionais não podem desrespeitar os limites impostos pelo texto constitucional, mas isso também ocorre.

Vale dizer que a ausência de um efetivo controle decorre da própria natureza das mutações constitucionais ou do modo como ocorrem. Em algumas situações, os controles são ineficazes, porque predominam sobre eles forças políticas, pressões de grupos sociais etc, de tal sorte que a mutação inconstitucional se impõe e gera efeitos na vida constitucional do Estado.

Além disso, há situações de difícil aferição acerca da extrapolação dos limites impostos às mutações constitucionais, pois entre a mutação constitucional admissível por via da interpretação concretizadora e a mutação constitucional inadmissível há somente um pequeno espaço.

Em suma, apesar de a experiência constitucional constatar o desrespeito aos limites impostos para as mutações constitucionais, é importante insistir na sua necessidade e na sua imprescindibilidade, para que não se tenha uma situação de ausência de normatividade mesmo na presença de um texto constitucional vigente, o que seria inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. *In*: PIMENTEL JUNIOR, Paulo Gomes. **Direito constitucional em evolução**: perspectivas. Curitiba: Juruá, 2008.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Fraudes à Constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

_____. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. *In*: TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional**: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

AGUILÓ REGLA, Josep. **La Constitución del Estado constitucional**. Bogotá: Temis, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. **Mudança constitucional**: o Brasil pós-88. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATIENZA, Manuel. **Introducción al derecho**. 2. ed. Cidade do México: Fontamara, 2000.

AUSTIN, John Langshaw. **Cómo hacer cosas con palabras**. Trad. Genaro R. Carrió e Eduardo A. Rabossi. Barcelona: Paidós, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

_____. Teoria geral da revisão constitucional e teoria da Constituição originária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 198, out.-dez. 1994. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. Modalidades de eficácia jurídica e os princípios e regras constitucionais. *In*: PEDRA, Adriano Sant'Ana (org.). **Arquivos de direito público**: as transformações do Estado brasileiro e as novas perspectivas para o direito público. São Paulo: Método, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 3, jul.-set., 2006. Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais – IDEIAS. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Mutações constitucionais. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. **Vinte anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 19, p. 51-80, mai./jun. 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

_____; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BERGEL, Jean-Louis. **Méthodologie juridique**. Paris: PUF, 2001.

BIDART CAMPOS, German J.; CARNOTA, Walter F. **Derecho constitucional comparado**. Buenos Aires: Ediar, 2001, t. I.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito constitucional**: instituições de direito público. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial - AgReg em ERESP n. 279.889. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 09 dez. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC-MC 12. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 08 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 1.805. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 1.351. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 2.797. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 2.076. Disponível em : <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 3.367. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 790. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 645. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 665. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 3.685. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn -Mc nº 1.397. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn -MC nº 3.854. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento AI-AgR nº 638.100-9. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82.959-7. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 87.585-8/TO. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança-MS nº 20.916. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança-MS nº 20.927. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 dez. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança-MS nº 26.602. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança-MS nº 26.603. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança-MS nº 26.604. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo Administrativo nº 4.477. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 abr. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 349.703. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 197.917. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 104.930. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 74.655. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 466.343. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 698. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2009.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e os limites de sua reforma. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, jan.-jun. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2006.T. I.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. Madri: Tecnos, 1997.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje.** 5. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia.** 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

CONTO, Mário de. **O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CUEVA, Mario de la. **Teoría de la constitución.** Cidade do México: Porrúa, 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Princípios-tópicos de hermenêutica constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC,** Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 153-175, out./dez. 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución.** Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

_____; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões do processo objetivo. Autocriação e hetero-referência como meios de configuração do processo constitucional nas duas décadas da Constituição Federal de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISBERG, Robert; RESNICK, Robert. **Física quântica**. Trad. Paulo Costa Ribeiro, Enio Frota da Silveira e Marta Feijó Barroso. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ENGISCH, Karl. **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Trad. Juan José Gil Cremades. Granada: Comares, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

FABRIZ, Daury Cesar. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FAYT, Carlos S. **La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia**. Buenos Aires: La Ley, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 202, out.-dez. 1995. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

FERREIRA, Daniela Câmara. Medidas provisórias e mutações inconstitucionais. *In*: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; NUZZI NETO, José (org.). **Temas de direito constitucional**: estudos em homenagem ao advogado público André Franco Montoro. Rio de Janeiro: ADCOAS/IBAP, 2000.

FERREIRA, Luiz Pinto. As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n.1. jan.-jun., 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERRIZ, Remedio Sánchez. **El Estado constitucional y su sistema de fuentes**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999. T. I.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza, 1993.

GICQUEL, Jean; HAURIOU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1985.

GÖDEL, Kurt. **On formally undecidable propositions of principia mathematica and related systems**. Trad. B. Meltzer. New York: Dover, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRIBBIN, John. **À procura do gato de Schrödinger**. Lisboa: Presença, 1984.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. A “constitucionalização” do ordenamento jurídico e a experiência italiana. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Estudios de teoría constitucional**. Trad. Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2001.

_____. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Trad. Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Madri: Trotta, 2008.

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, 2002

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V. I.

HAMON, Francis. TROPER, Michel. BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel**. 27.ed. Paris: LGDJ, 2001

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional**. Granada: Comares, 2003.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Trad. Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008.

HEISENBERG, Werner. **Física e filosofia**. Trad. Jorge Leal Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Escritos de derecho constitucional.** 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Estudos de direito constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución** Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. As decisões interpretativas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador do direito ordinário. **Depoimentos**, Vitória, n. 9, p. 169-225, jan./dez. 2005.

KAUFFMANN, Arthur. **Hermenéutica y derecho.** Trad. José Antonio Santos. Granada: Comares, 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Estado como integração:** um confronto de princípios. Trad. Plínio F. Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Society and nature:** a sociological inquiry. Londres: Kegan Paul, 1946.

_____. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais:** análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LABAND, Paul. **Le droit public de l'Empire allemand.** Trad. C. Gandilhon. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6. ed. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEITE, Glauco Salomão. Os limites da interpretação judicial da Constituição na redefinição do controle incidental de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 225-244, jul./set., 2008.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, jan./mar., 2008.

MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. Trad. José Lión Depetre. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2001.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais**. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 20. ed. atual. por Arnold Wald. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso de. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. T. II.

_____. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. T. II.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mioto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Gerales Ferreira. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Quem é o povo?** – *A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003.T. I.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 85.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A agonizante verticalização. **A Gazeta**, Vitória, 13 mar. 2006.

_____. A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 207-249, abr./jun., 2008.

_____. A democracia que temos e a democracia que queremos: uma análise da democracia participativa na Constituição Cidadã. **Revista Estudos Jurídicos** – Revista da Procuradoria-Geral Federal junto à Universidade Federal Fluminense, Niterói, ano 3, n. 3, p. 147-160, jan./dez., 2006.

_____. A justiça constitucional como elemento de aperfeiçoamento da democracia em Cuba. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça constitucional e Democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 247, p. 13-30, jan./abr. 2008.

_____. A polêmica dos vereadores. **A Gazeta**, Vitória, 04 dez. 2008.

_____. A questão do troca-troca partidário. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 23 jul. 2008.

_____. As mudanças no Supremo. **Valor Econômico**, São Paulo, 06 fev. 2006.

_____. Coibição aos desmandos. **A Gazeta**, Vitória, 12 fev. 2006.

_____. Eleições e casuísmo. **A Gazeta**, Vitória, 07 out. 2005.

_____. Fidelidade partidária. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 01 abr. 2007.

_____. Participação popular no processo legislativo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte: Forum, v. 7, n. 27, p. 109-120, jan./mar. 2007.

_____. Possibilidade de edição de medidas provisórias pelos municípios. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 91-99, out./dez., 2000. Belo Horizonte: Fórum.

_____. Reforma política: compromissos e desafios da democracia brasileira. In: _____ (org.). **Arquivos de direito público**. São Paulo: Método, 2007.

_____. Transplantes de órgãos de anencéfalos. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro, ano 9, v. 36, p. 255-267, out./dez. 2008. Rio de Janeiro: Padma.

_____. Transplantes de órgãos e o biodireito constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, n. 61, p. 07-24, out./dez. 2007.

PERRY, Michael J. **The Constitution, the courts, and human rights**: An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary. New Haven: Yale University, 1982.

_____. Direitos humanos constitucionalmente institucionalizados e a Suprema Corte Americana: da deferência thayeriana. Tradutora: Marina Bevilacqua; Revisor técnico: Felipe Monteiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 113-126, abr./jun. 2007.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução: Coimbra: Coimbra, 1989.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 509/2002. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 14 jan. 2009.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 617/2006. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>. Acesso em: 14 jan. 2009.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.

PUGLIESI, Marcio. Hermenêutica constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; _____. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2004.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **La Constitución abierta y su interpretación**. Lima: Palestra, 2004.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. 3. ed. rev. atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SÁNCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional**: fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. Transformaciones de la Constitución en el siglo XX. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 100, abr.-jun. 1998. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Interpretación jurídica y creación judicial del derecho**. Lima: Palestra, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da Constituição**. São Paulo: RT, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.

_____. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. **Interesse Público**, n. 17, jan.-fev., 2003. São Paulo: Notadez, 2003.

_____. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 1. jan.-jun., 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

_____. **Teoría de la constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2006.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

SIFFERT, Paulo de Abreu. Breves notas sobre o constitucionalismo americano. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Temas de direito constitucional norte-americano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Kelly Susane Afllen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de direito constitucional**. Barueri: Manole, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOSPEDRA, Manuel Martínez. **Manual de derecho constitucional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança: análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 177, p. 75-82, jan./mar., 2008.

STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana**. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004.

_____; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coords.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A Constituição aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: 2009.

_____. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

_____. **Nova lei da súmula vinculante**: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Ética**: do mundo da célula ao mundo da cultura. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. **O direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1970.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. VII, n. 3, p. 129-156, out. 1893.

TRIBE, Laurence H. **Constitutional choices**. Massachusetts: Harvard, 1986.

_____. The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics. **Harvard Law Review**, v. 103, n. 1, p. 1-39, nov. 1989.

_____; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação do livro PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

TROPER, Michel. Interpretação constitucional. Trad. Pedro Buck. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 53-70, jul./set. 2008.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton, New Jersey: Princeton University, 1999.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000.

VANOSI, Jorge Reinaldo A. **Teoría constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, v. I.

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madri: Tecnos, 1999.

VERDÚ, Pablo Lucas, no estudo preliminar da obra JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. **La Constitución abierta y sus “enemigos”**. Madri: Beiramar, 1993.

VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Lírio. A teoria da mudança no constitucionalismo americano: limites e possibilidades. In: DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional**: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WHEARE, Kenneth C. **Modern constitutions**. London: Oxford University, 1975.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. Marcos G. Nontagnoli. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madri: Civitas, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2008.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n.35, abr.-jun., 2001. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2001.