PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Andréa Mancine Cortucci

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ENTRE A INTERPRETAÇÃO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Andréa Mancine Cortucci

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ENTRE A INTERPRETAÇÃO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração Direito Constitucional, sob a orientação da Professora Doutora Silvia Carlos da Silva Pimentel.

SÃO PAULO
2016

Banca Examinadora

_____

_____

_____

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, que incutiu em mim o amor pelo Direito, por todo o incentivo.

Ao Gabriel, pelo indispensável apoio durante esta empreitada.

À Professora Doutora Silvia Carlos da Silva Pimentel, pela valiosa direção.

Aos professores do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelo aprendizado que guiou o presente estudo.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), pelo imprescindível auxílio financeiro.

He that will not apply new remedies must expect new evils, for time is the greatest innovator.

Francis Bacon

RESUMO

CORTUCCI, Andréa Mancine. **Mutação Constitucional, entre a Interpretação e a Justiça Constitucional**. 2016. 167 p. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

A presente dissertação partindo da constatação de que a Constituição está em constante processo dialético com a realidade a ela subjacente, reflete acerca do tema da mutabilidade das normas constitucionais, sobretudo diante das numerosas reformas formais (emendas constitucionais) à Lei Fundamental pátria que são responsáveis não apenas pelo seu desprestígio, mas também pelo enfraquecimento de sua força normativa. Essa reflexão mostra-se importante para a compreensão dos mecanismos informais de mudança da Constituição (mutações constitucionais), especialmente aqueles promovidos por meio da interpretação, como a via adequada e privilegiada para a adaptação do Texto Maior vigente à dinâmica fático-concreta, garantindo a sua relevância no mundo hodierno. Assumindo referenciais hermenêuticos, principalmente a hermenêutica filosófica de Hans-Georg GADAMER e a teoria da interpretação construtiva do Direito de Ronald DWORKIN, definem-se parâmetros à mutação constitucional condizentes com a preservação da força normativa e da integridade constitucionais. Demonstra-se com isso, vale dizer, com a parametrização do fenômeno, que a interpretação da Constituição, conquanto exercida para atualizá-la, não é radicada na discricionariedade de seus mais distintos intérpretes, mormente da sua intérprete derradeira, a Justiça Constitucional. Propõe-se também compreender o recém-adquirido papel do órgão exercente da jurisdição constitucional - e as objeções que o acompanham - na contemporânea realidade constitucional e a sua relação com as mutações constitucionais. Uma vez descontruídas as críticas tradicionais à instituição judiciária (ofensa ao princípio democrático, violação da soberania do Parlamento e quebra da separação dos Poderes) e ainda exploradas as dimensões processuais e substantivas referentes à sua atuação funcional, resta manifesto que a função ativa e substantiva da Judicatura Constitucional, fulcrada na interpretação mutativa da norma constitucional, é o caminho apropriado para minorar as graves diferenças e deficiências ainda manifestadas no seio social nacional.

PALAVRAS-CHAVES: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL. HERMENÊUTICA FILÓSOFICA. INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO. DISCRICIONARIEDADE INTERPRETATIVA. JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

CORTUCCI, Andréa Mancine. **Constitutional Mutation, between Interpretation and Constitutional Court**. 2016. 167 p. Masters Dissertation - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

The present dissertation, based on the fact that the Constitution is in a constant dialectical process with the reality underlying it, reflects on the mutability of constitutional norms, especially in view of the numerous formal reforms (constitutional amendments) of the brazilian Constitution which are responsible not only for its desprestige, but also for the weakening of its normative force. This reflection is important for the understanding of the informal mechanisms of change of the Constitution (constitutional mutations), especially those promoted through interpretation, as the adequate and privileged way to adapt the current brazilian Constitution to the fact-concrete dynamics, guaranteeing its relevance in today's world. Assuming hermeneutic references, mainly Hans-Georg GADAMER's philosophical hermeneutics and Ronald DWORKIN's theory of constructive legal interpretation, parameters are defined to the constitutional mutation consistent with the preservation of normative force and constitutional integrity. It is demonstrated with this, within the parameterization of the phenomenon, that the interpretation of the Constitution, although exercised to update it, is not rooted in the discretion of its many different interpreters, especially its final interpreter, the Constitutional Court. It is also proposed to understand the newly acquired role of the Constitutional Court - and the objections that accompany it - in the contemporary constitutional reality and its relation to constitutional mutations. Once the traditional criticisms of the judicial institution (offense to the democratic principle, violation of Parliament's sovereignty and breach of the separation of Powers) have been dismantled and the procedural and substantive dimensions of its functional performance have been explored, it remains clear that the active and substantive role of Constitutional Court, based on the mutational interpretation of the constitutional norm, is the appropriate way to alleviate the serious differences and deficiencies still manifested in the brazilian social sphere.

KEY-WORDS: CONSTITUTIONAL MUTATION. PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS. CONSTRUCTIVE LEGAL INTERPRETATION. INTERPRETATIVE DISCRETION. CONSTITUTIONAL COURT.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10

CAPÍTULO 1. A CRISE GERADA PELO DESCOMPASSO ENTRE A NORMALIDADE E A NORMATIVIDADE 14

1.1. O elemento normativo do Direito e o elemento real da ordenação concreta 14
1.1.1. O embate entre as acepções sociológica e jurídica do Direito 15
1.1.2. O normativismo kelseniano 17
1.1.3. A alternativa sociológica de Ferdinand LASSALLE 21
1.1.4. A necessária superação do dualismo entre ser e dever ser 24

1.2. A aspiração de futuro da Constituição 31

1.3. O imperativo constitucional e o compromisso com a dinâmica social 34

1.4. As Constituições não são imutáveis 37

CAPÍTULO 2. OS PROCESSOS DE MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO 42

2.1. A mudança formal da Constituição: a reforma constitucional 42
2.1.1. As funções da reforma constitucional 43
2.1.2. Manifestações das alterações formais da Constituição: emenda e revisão constitucionais 46
2.1.3. O reconhecimento de limitações ao Poder Reformador Constitucional 48
2.1.3.1. Limitações expressas 49
2.1.3.2. Limitações materiais implícitas 52

2.2. Modificações informais: mutações constitucionais 54
2.2.1. Os diferentes significados da mutação constitucional: aportes doutrinários tradicionais 57
2.2.1.1. Mutação constitucional enquanto estrita separação entre o dever ser da norma constitucional e o ser da realidade social: Paul LABAND e Georg JELLINEK 58
2.2.1.2. Mutação constitucional enquanto condicionamento recíproco entre normalidade e normatividade: Rudolf SMEND, Hsü DAU-LIN e Herman HELLER 62
2.2.1.3. Mutação constitucional enquanto mudança no interior da norma: Konrad HESSE 68
2.2.1.4. Por uma adequada compreensão do fenômeno da mutação constitucional 72
2.2.2. A interpretação constitucional como manifestação propulsora, por excelência, da mutação constitucional 74

2.2.3. Importância da mutação constitucional: “emendismo” e sentimento constitucional 78

CAPÍTULO 3. INTERPRETAÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL 84

3.1. A “Constituição viva” 84

3.2. Nova hermenêutica constitucional 87

3.3. A vagueza estrutural da linguagem e a discricionariedade do intérprete 92

3.4. A interpretação no paradigma da intersubjetividade 99

3.4.1. O compreender em Hans-Georg GADAMER: contrapartida à subjetividade do intérprete 102

3.4.2. Críticas de Ronald DWORKIN ao positivismo jurídico: o enfrentamento da discricionariedade por meio da tese da resposta correta 107

3.4.3. As mutações constitucionais a partir da hermenêutica filosófica de GADAMER e da tese do Direito como integridade de DWORKIN 111

CAPÍTULO 4. A TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O PROTAGONISMO JUDICIAL, A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS 114

4.1. A centralidade da interpretação judicial como mecanismo de mudança informal da Constituição 114

4.2. Algumas notas sobre o novo papel da Justiça Constitucional 117

4.2.1. Justiça Constitucional: aspectos concernentes à experiência constitucional brasileira 122

4.3. O debate tradicional (e sua superação) em torno da legitimidade da Justiça Constitucional 127

4.4. Constitucionalismo vs. Democracia: entre as perspectivas teóricas de Ronald DWORKIN e John Hart ELY 132

4.4.1. O viés substancialista: possibilidade de concretização da Constituição Federal de 1988 138

CONSIDERAÇÕES FINAIS 145

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 156

INTRODUÇÃO

O enfrentamento da temática da mutação constitucional, como importante instrumento de atualização da Constituição, pela comunidade jurídica brasileira é relativamente novo.

Compreensível. Nossa história constitucional, em menos de dois séculos, já conta com 7 (sete) ou 8 (oito) Leis Fundamentais, a depender da perspectiva que se adote em relação à Emenda Constitucional n° 1/69. Ao Estado e, sobretudo, à sociedade não foram propiciadas condições de trabalhar a mudança de contexto social-fático dissociada da instituição de novas e sucessivas ordens jurídico-constitucionais.

De igual modo, a profusão de emendas constitucionais que marca a prática constitucional pátria muito contribuiu para que fosse diminuto o espaço de debate doutrinário e jurisprudencial sobre a questão das modificações não expressas do Texto Maior.

É de se notar, aliás, que as numerosas emendas - afora as emendas de revisão - ao texto constitucional vigente revelam antes uma anomalia do que propriamente uma virtude de nosso sistema jurídico-constitucional.

As rotineiras reformas formais a que é submetida à Constituição Federal de 1988, afinal, não só comprometem a sua força normativa como também abalam o sentimento que o seio social nutre por ela. Em decorrência, instala-se um clima de insegurança a macular as instituições democráticas estabelecidas e, enfim, a própria Lei Fundamental.

Vivemos momento de tensão, portanto.

Oportuna, por isso, a reflexão aqui alvitrada quanto à estabilidade e à permanência da Constituição Federal de 1988 e os mecanismos informais de mudança constitucional, notadamente os decorrentes da interpretação, que

mesmo sem alterar a literalidade expressa do texto normativo conferem a ele novos significados, sentidos e alcances, sem que isso provoque os tão característicos traumas da reforma total ou parcial do Texto Maior.

De relevo sublinhar ainda que as mutações constitucionais proporcionam a célere inclusão das novas exigências político-sociais na normatividade constitucional, uma vez que, diversamente das alterações formais da Constituição, não devem obediência a uma série de obstáculos técnicos derivados da rigidez constitucional para a sua implementação.

Dita constatação, adverte-se, não autoriza a conclusão de que o câmbio informal do Texto Maior possa ser exercitado independentemente da observância de parâmetros. O uso indiscriminado e sem critérios das mutações constitucionais importa na recusa das bases da ordem fundamental de um Estado, como o são os ideais essenciais da força normativa, rigidez e supremacia constitucionais.

Ante tais circunstâncias, o presente estudo propugna repensar a questão das mudanças constitucionais informais via interpretação desde os aportes promovidos pelo paradigma hermenêutico da intersubjetividade e segundo uma perspectiva impositiva de limites hermenêuticos condizentes com o resguardo da integridade do texto fundamental.

Objetivamos demonstrar que a tarefa interpretativa da Constituição direcionada a sua atualização não é radicada na discricionariedade construída a partir da vontade assujeitadora dos intérpretes autorizados da Lei Maior, em especial da Justiça Constitucional, sua intérprete máxima.

Claro que não se quer com isso subtrair do órgão exercente da jurisdição constitucional a autonomia interpretativa tão indispensável para a concretização da Constituição, mormente daquelas vigentes em países emergentes como o nosso. Não nos olvidemos que, passados vinte e oito anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda mostra-se carente de efetivação grande parte do catálogo de direitos constitucionalizados, com ênfase nos de cunho prestacional.

A toda evidência, no atual paradigma constitucional, diante da omissão e da deficiência das instâncias majoritárias, a realização dos valores e fins constitucionais é deslocada para o âmbito das atribuições do órgão judicial, o que, de certa forma, contribui para expandir o seu papel institucional.

Convém reconhecer, contudo, que a projeção da Justiça Constitucional na ambiência constitucional contemporânea traz à baila não só a apregoada dificuldade democrática própria da instituição, enquanto poder não eleito pelo povo, mas também a hodierna preocupação com a extensão de sua atuação, de modo a suscitar dúvidas quanto à possibilidade do órgão julgador de impor determinada interpretação do texto constitucional nos meandros sociais.

Amparada assim em uma abordagem legitimadora da Justiça Constitucional, sob o prisma da interpretação mutativa da Lei Fundamental, a investigação aqui delineada procura demonstrar, em última análise, os ganhos advindos de uma instituição judiciária plenamente atuante para levar adiante as promessas estampadas no Texto Maior.

Para alcançar os desideratos acima expostos, o presente estudo é organizado em quatro capítulos.

No primeiro deles traçamos um panorama a propósito das questões envolvendo a complexidade da associação entre a Constituição e a realidade social. Exploramos ainda os temas da contemporaneidade, permanência e durabilidade da norma constitucional que apontam para a necessidade de sua adaptabilidade ante o perpétuo movimento da vida social por ela regulamentada.

A seguir, no segundo capítulo, nos dedicamos a apresentar as nuances dos dois mecanismos destinados a promover as inevitáveis acomodações do Direito Constitucional à dinâmica social. Abordamos as reformas e as mutações constitucionais. Estas últimas, cernes da investigação, são analisadas criticamente a partir das diferentes teorias concernentes à significação da temática desenvolvidas na Alemanha, no final do século XIX e início do século XX.

Então, no terceiro capítulo, uma vez transposto o fenômeno da modificação informal da Lei Fundamental para o âmbito da interpretação, o estudo é direcionado à investigação da teoria hermenêutica contemporânea, sob o enfoque da hermenêutica filosófica de Hans-Georg GADAMER e da teoria da interpretação construtiva do Direito de Ronald DWORKIN. Pontuamos os contributos lançados pelas referidas doutrinas para o combate à discricionariedade interpretativa, com vistas a adequar a compreensão e a aplicação da mutação constitucional via interpretação.

No quarto capítulo, enfim, procedemos ao exame das principais críticas e questionamentos acerca da legitimidade e da atuação da Justiça Constitucional, focando a discussão nas mutações constitucionais levadas a efeito pela interpretação judicial. Nessa linha, é imperativa a incursão, ainda que incipiente, nos temas do neoconstitucionalismo, ativismo judicial, judicialização da política e democracia. São ainda perscrutadas as dimensões processuais e substantivas da Jurisdição Constitucional, à luz do clássico dilema entre democracia e constitucionalismo.

CAPÍTULO 1. A CRISE GERADA PELO DESCOMPASSO ENTRE A NORMALIDADE E A NORMATIVIDADE

1.1. O elemento normativo do Direito e o elemento real da ordenação concreta

A complexidade envolvendo a fundamental relação entre a norma jurídica e a realidade social, objeto do mais vivo e controvertido interesse por parte dos juristas, suscita profundas repercussões no âmbito geral do Direito. Sem dúvida, um desses influxos é o desafio concernente à aptidão da normatividade em produzir efeitos concretos na normalidade. Por vezes, a devida preservação dos efeitos desejados pelo texto normativo no seio social que ele aspira regulamentar é obstaculizada pelas relações fáticas altamente cambiantes.

Essa temática, vale frisar, a associação entre o Direito e a facticidade, sobressai particularmente evidente no campo do Direito Constitucional. Afirma, nesse sentido, Manuel GARCÍA-PELAYO que no campo jurídico-constitucional a verdade da proposição de *Bierling* - o Direito é um dever ser existente (*Seindes Sollen*) - se anuncia com maior clareza. Pondera o citado autor que na seara constitucional o poder normativo do fático e das decisões extralegais, ainda que não necessariamente ilegais, desempenham amplo papel.[1]

Igualmente, Peter HÄBERLE assinala a recém-adquirida centralidade da questão da realidade na doutrina do Estado Constitucional[2], aspecto até então circunscrito exclusivamente à Ciência Jurídica. O Estado Constitucional pretende que seus textos se convertam em realidade, isto é, que se cumpram socialmente,

---

[1] GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 31.

[2] Como veremos mais detalhadamente no último capítulo deste estudo, o Estado Constitucional - em oposição ao Estado de Direito - é demarcado pela consagração da hegemonia da Constituição. A percepção de Constituição, de seu conteúdo, de seus princípios, de seus valores e ainda de suas funções jurídica e política, na atual fase do Direito, engendrou consideráveis transformações no pensamento jurídico. Desde o século passado, em razão da inegável invasão da Lei Fundamental no cenário político-jurídico da modernidade, os estudos no campo do Direito direcionam-se cada vez mais à norma constitucional.

de modo que ao reivindicarem a realidade para eles a normatividade se converta em normalidade. O Estado Constitucional almeja não apenas regular e configurar a realidade no sentido de seus textos, mas também se guiar por estes. A tendência das Constituições é direcionar-se a uma "*maior quantidade da realidade*".[3]

A influência da realidade sobre a norma constitucional - ou vice-versa -, como uma das principais variáveis que contribuem para a determinação da verdadeira natureza e extensão da Constituição, vem engendrando o contraste de posições entre os estudiosos da Lei Fundamental.

Se, por um lado, há aqueles que apregoam a separação rígida entre a Constituição e a realidade sócio-política; por outro, não faltam defensores da concepção que apregoa a interação permanente entre o Texto Maior e a facticidade. Em linhas gerais, pode-se dizer que o debate sobre a questão da compatibilidade entre a normatividade constitucional e as relações sociais polariza-se entre os extremos do positivismo jurídico e da sociologia jurídica.

1.1.1. O embate entre as acepções sociológica e jurídica do Direito

Malgrado os pontos de divergência entre os teóricos positivistas, os pressupostos do positivismo jurídico são de fácil identificação. Assim é que as poucas linhas declaradas por John AUSTIN, em 1832, "uma coisa é a existência da lei; outra coisa é seu mérito ou demérito"[4], expressam com clareza a síntese da doutrina positivista.

Trata-se de esforço na descrição objetiva do Direito, desembaraçada de julgamentos morais, isto é, alheia aos valores da lei posta, bem como aos questionamentos sobre a sua elaboração ou sobre a sua modificação. Noutras

---

[3] HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003, p. 122, destaque do original. *"mayor cantidad de realidad"*.
[4] AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 187. "The existence of law is one thing; its merit or demerit is another".

palavras, o positivismo jurídico desenvolve-se na crença de que a questão sobre o que é o Direito não se confunde e não deve se confundir com a questão do que o Direito deve ser.

Nessa perspectiva, aduz Luís Roberto BARROSO:

> O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentes. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de decisão diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca das questões como legitimidade e justiça.[5]

A abordagem sociológica do Direito[6], por sua vez, na busca pela expansão da compreensão acerca do fenômeno jurídico, considera o Direito em conexão com a sociedade, não a partir do ponto de vista normativo próprio da Ciência Jurídica, mas como fato ou fenômeno social.

Dentre os seus principais temas fundamentais, Elías DÍAZ destaca a análise do Direito como fenômeno social e o estudo da correlação entre Direito e sociedade. Na primeira temática, a sociologia do Direito volta a sua atenção às recíprocas implicações de um sistema normativo em relação à sociedade que regulamenta. Trata-se da consideração do condicionamento sociológico da normatividade positiva e, ao mesmo tempo, inversamente, da apreciação das repercussões reais de uma normatividade positiva sobre certa sociedade.[7]

---

[5] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 239-240, destaques do original.

[6] "A sociologia do direito só se constituiu em ciência social, na acepção contemporânea do termo, isto é, em ramo especializado da sociologia geral, depois da segunda guerra mundial. Foi então que, mediante o uso de técnicas e métodos de investigação empírica e mediante a teorização própria feita sobre os resultados dessa investigação, a sociologia do direito verdadeiramente construiu sobre o direito um objecto teórico específico, autónomo, quer em relação à dogmática jurídica, quer em relação à filosofia do direito". (SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999, p. 141).

[7] DÍAZ, Elías. **Sociología Jurídica y Concepción Normativa del Derecho**. In: Revista Estudios Políticos. n. 143. sep./oct., 1965, p. 77-78.

Já, no derradeiro caso, o exame recai sobre a recíproca e mútua interconexão entre valores jurídicos e sociedade. Nesse âmbito, a investigação parte da perspectiva do substrato sociológico dos valores jurídicos aceitos como tais em uma comunidade. Perquire-se também a ação e o grau de eficácia desses valores jurídicos cuja presença é constatada em certa sociedade e em seu correspondente sistema jurídico positivo.[8]

Para os fins aqui em mira, os desenvolvimentos de maior repercussão dessas tendências antagônicas, entre os juristas modernos, têm em Hans KELSEN[9] e Ferdinand LASSALLE[10] os seus representantes mais simbólicos.

1.1.2. O normativismo kelseniano

Hans KELSEN, em suas obras, especialmente em sua Teoria Pura do Direito, desenvolve esforço teórico no sentido de atribuir ao Direito o caráter científico que, em sua perspectiva, é indispensável ao aprimoramento do conhecimento jurídico. O autor opta então por uma orientação metodológica, de procedência neokantiana, a qual se assenta na estrita separação entre o mundo do ser *(sein)* e o mundo do dever ser *(sollen)*.

Firmado por esses pressupostos, KELSEN classifica o Direito como ciência normativa, situado no plano do dever ser e purificado de elementos extralegais, tais como os elementos sociológicos, políticos, econômicos, históricos e

---

[8] Ibid., p. 79.

[9] "Os positivistas em matéria constitucional são até certo ponto os abalizados Mestres da preservação da juridicidade dos textos constitucionais. Sua última geração se compõe de formalistas rigorosos e ferrenhos. A tradição deles remonta a Laband e Jellinek e alcança o ponto mais alto com o normativismo de Kelsen" (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 171).

[10] A famosa conferência de LASSALLE, intitulada "O que é a Constituição?", proferida em 1862 para intelectuais e operários prussianos constitui um dos antecedentes mais antigos da doutrina da Constituição material ou sociológica. Acentua Paulo BONAVIDES: "A teoria material da Constituição, partindo de Lassalle no século XIX, teve durante a Constituição de Weimar na Alemanha os seus mais brilhantes teoristas. Com efeito, Rudolf Smend, Carl Schmitt, Hermann Heller trazem a alternativa social e antiindividualista, pressentindo pois a queda definitiva de uma ordem jurídica assentada em pressupostos lógicos e formalistas daquele positivismo que nas Constituições chegava aparentemente ao ocaso". Id.

psicológicos. Na tentativa de conhecer e descrever o Direito, universalmente considerado, distinguindo-o de outras ciências sociais, o autor almeja analisar a estrutura do Direito e não o seu conteúdo.[11]

Uma leitura mais apressada da Teoria Pura de KELSEN pode levar o leitor desatento a compreender sua proposta como uma proposta de pureza do próprio objeto, o fenômeno jurídico. Todavia, cabe aqui a ressalva de que a doutrina kelseniana não nega as influências da política e das proposições metafísicas sobre o Direito. Pretende, na verdade, imprimir cientificidade à investigação jurídica, isto é, ao método, elevando o jurista à categoria de cientista.

A esse respeito, pondera Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR:

> A redução do objeto jurídico à norma causou inúmeras polêmicas. Kelsen foi continuamente acusado de *reducionista*, de esquecer as dimensões sociais ou valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o Direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua idéia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerentes a qualquer pensamento que se pretendesse científico.[12]

A Teoria Pura do Direito se assenta na premissa de que a validade das normas jurídicas deriva exclusivamente da validade de outras normas jurídicas e não de fatos ou de valores. A validade de uma norma, destarte, provém exclusivamente de outra norma antecedente e superior e não de uma fonte sociológica ou extralegal. Um comando coercitivo produz uma norma jurídica apenas se e na medida em que tenha sido autorizado por uma norma superior, editada por uma autoridade competente, e ainda produzida segundo as regras e os procedimentos jurídicos.[13] Essa concepção permite a KELSEN defender a autonomia do normativo.

---

[11] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 2.
[12] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Por que ler Kelsen, hoje**. *Apud* COELHO, Fábio Ulhôa. Para Entender Kelsen. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. XVI, destaque do original.
[13] KELSEN, Hans. op. cit., p. 139-141.

Nota-se que o sistema formulado pelo aludido autor é baseado na ideia de uma estrutura jurídica hierárquica permeada por uma relação estritamente formal - e não material. Essa é a sua noção de legalidade pura. A par disso, o critério de validade de uma norma jurídica é atestado a partir de uma norma de ordem superior, cuja própria validade, por sua vez, é estabelecida pelo recurso a outra norma superior e assim por diante.

Nesse âmbito, a norma constitucional, como a lei suprema de uma nação, na visão de KELSEN, deve ser entendida como a norma jurídica positiva - ou conjunto de normas - que regulamenta a criação de todas as outras normas do ordenamento jurídico.[14]

Contudo, a validade da própria Constituição, como norma máxima, não pode ser derivada de outra norma positiva. Deve existir um último nível de validade, ou seja, uma norma superior que é a última fonte de validade de todas as normas derivadas, incluindo a Constituição.[15] Na ausência de tal norma, o sistema normativo estaria fadado a uma cadeia de regresso ao infinito. Aqui atingimos a questão elementar da doutrina kelseniana: a norma fundamental hipotética (*Grundregel).*

É a norma fundamental que concede a todas as normas inferiores a necessária validade. Entretanto, ela própria não é uma norma positiva, originária de um ato de vontade, mas um pressuposto lógico mental, isto é, o produto do pensamento. Como pressuposto lógico[16], a sua validade deve ser assim aceita pelo operador do Direito como meio para explicar o caráter normativo, bem como a unidade de todo o sistema jurídico.

---

[14] Ibid., p. 136.
[15] Id.
[16] Em sua obra póstuma, Teoria Geral das Normas, KELSEN passa a conceber a norma fundamental como ficção: "O fim do pensamento da norma fundamental é o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de normas. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido vaihingeriano Filosofia do Como-Se não é hipótese - como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei - e sim, uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde à realidade". (KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986, p. 329).

Importante consignar no particular a explanação de José AFONSO DA SILVA:

> Para manter-se fiel ao seu normativismo puro, Kelsen não pode admitir como fundamento da Constituição positiva algo de real, qualquer dado ou elemento sociológico, político ou filosófico, como a vontade popular, o direito natural ou o bem comum. Foi obrigado a procurar um fundamento também normativo para a Constituição, e, como esta já é, por definição, norma positiva suprema, teve que cogitar de uma norma fundamental, norma hipotética, meramente pensada, que existe apenas como um pressuposto lógico da validade das normas constitucionais positivas, que consistiria num mandamento mais ou menos deste tipo: 'conduza-se na forma ordenada pelo autor da primeira Constituição.[17]

Enfim, uma vez admitida a norma fundamental como possibilidade do conhecimento jurídico, é possível aferir a validade de todas as normas inferiores a partir do retorno a ela.

KELSEN, em atenção a sua proposta metodológica, considera a norma fundamental desprovida de qualquer significado ou valor substantivo, não contendo fatores axiológicos ou materiais. Ela possui caráter meramente formal, de modo que estabelece o processo de criação de normas, bem como determina o quadro de competências, mas não identifica qualquer conteúdo normativo.[18]

De igual forma, o enfoque quanto à Constituição diz respeito naturalmente ao seu aspecto normativo-formal, já que o Direito - e, por conseguinte, também a norma constitucional - é para a Teoria Pura independente dos valores e da realidade fática, uma forma autônoma para qualquer conteúdo. Conforme anota GARCÍA-PELAYO, instituições, organizações sociais e poderes que se transmutam em normas deixam de serem situações concretas e se transformam em questões normativas.[19]

Paulo BONAVIDES alerta para o fato de que tal concepção de Constituição, vale dizer, a norma constitucional como simples instrumento jurídico, era característica do Estado Liberal, do constitucionalismo clássico. Naquele

---

[17] AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 30-31.
[18] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.138.
[19] GARCÍA-PELAYO, Manuel. op. cit., p. 34-35.

momento, Constituição e Direito Constitucional apresentavam-se coincidentes. Face ao divórcio entre a Sociedade e o Estado, a Constituição exprimia apenas o lado jurídico do compromisso do poder com a liberdade, do Estado com o indivíduo.[20]

O aspecto político das Constituições à época mencionada era questionado apenas se e na medida em que as instituições liberais não funcionassem a contento: "a Sociedade estava despolitizada e a Constituição podia margeá-la ou quase ignorá-la, sendo aquela, pois, a idade de ouro do positivismo liberal e constitucional dos normativistas."[21]

Os elementos sociológicos e filosóficos da realidade - segue BONAVIDES - foram dispensados diante da confiança dos normativistas na abstração tranquila dos textos, de forma a alcançar as surpreendentes extremidades de uma teoria metaempírica, proclamando com a exacerbação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado. [22]

1.1.3. A alternativa sociológica de Ferdinand LASSALLE

Ferdinand LASSALLE, na contramão do pensamento kelseniano, dedica-se à descoberta da essência da Constituição. Na busca pelo significado da norma constitucional, o autor constata a existência de duas Constituições: a Constituição real (ou verdadeira) e a Constituição escrita (ou jurídica).

Como forma de elucidar a dualidade, LASSALLE vale-se de uma construção teórica, ainda que improvável, de uma acuidade singular:

> Vamos supor, por um momento, que um grande incêndio irrompeu e que nele queimaram-se todos os arquivos do Estado, todas as bibliotecas públicas, que o sinistro destruísse também a tipografia concessionária onde se imprimia a Coleção legislativa e que ainda, por uma triste

[20] BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 94-95.
[21] Ibid., p. 95.
[22] Id.

> coincidência - estamos no terreno das suposições - igual desastre se desse em todas as cidades do país, desaparecendo inclusive todas as bibliotecas particulares onde existissem coleções, de tal maneira que em toda Prússia não fosse possível achar um único exemplar das leis do país. Suponhamos isto. Suponhamos mais que o país, por causa deste sinistro, ficasse sem nenhuma das leis que o governavam e que por força das circunstâncias fosse necessário decretar novas leis.[23]

Em face dessa circunstância, indaga o autor sobre a possiblidade hipotética do legislador que, completamente livre, entendesse por bem eliminar ou modificar as instituições estabelecidas no país, de sorte a interferir, por exemplo, na monarquia, por meio da abolição do poder do monarca; na nobreza, de forma a suprimir os privilégios dos aristocratas; na burguesia, obstaculizando o livre comércio e, por fim, no operariado, ao privar a liberdade pessoal dos operários.[24]

Em resposta, assinala LASSALLE que a poderosa força que as categorias mencionadas detêm, cada qual a sua maneira, impediria a concretização de tais pretensões.[25] E não poderia ser diferente. O autor, percussor do sociologismo constitucional, defende a existência de uma força ativa, em todas as nações, que serve de fundamento às coisas, influenciando o que são e como são.

Dito fundamento constitui o fenômeno político que LASSALLE denomina de "fatores reais do poder". Regentes da sociedade, os fatores reais do poder "são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são". [26]

À vista disso, o desaparecimento do texto constitucional - Constituição escrita - não é e nunca será suficiente à subversão do *status quo ante*. Deveras, a pretensão de constitucionalizar uma realidade que não decorra da influência, vontade e autoridade da força ativa determinada pelos fatores reais do poder não pode preponderar.

---

[23] LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 17.
[24] Ibid., p. 18 et seq.
[25] Ibid., p. 30.
[26] Ibid., p. 16.

A verdadeira Constituição, conclui LASSALLE, tem a sua essência nas relações efetivas do poder: o poder militar, o poder social, o poder econômico e, em menor medida, o poder intelectual - consciência coletiva e cultura geral. A Constituição é, afinal, “a soma dos fatores reais do poder que regem um país”.[27]

Logo, a Constituição real, reflexo do equilíbrio dos fatores reais do poder, não se confunde com a Constituição escrita. Trata-se a Constituição escrita de documento formal no qual são projetadas as forças vigorantes na sociedade, conferindo-lhe juridicidade.

Caracterizaria, pois, a norma constitucional mera “folha de papel” caso não houvesse a correspondência entre texto e fato. Daí a constatação de LASSALLE no sentido de que a Constituição escrita é inevitavelmente dependente e condicionada pelo substrato sociológico: o equilíbrio dos fatores reais do poder.[28]

Na medida em que não se configure aludida coincidência, irrompe “inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”.[29] A Constituição deverá ser decisivamente a expressão das forças que se manifestam na sociedade; caso contrário será inútil.

É de se observar, portanto, que as reflexões desenvolvidas por LASSALLE consolidaram a exclusividade da força determinante das relações fáticas na demarcação da própria existência, manutenção e permanência da Constituição. É o triunfo do fático sobre o normativo, a revelar que as questões atinentes à Constituição, conforme o ponto de vista do autor, são questões relacionadas estritamente ao poder. Com as palavras de LASSALLE:

> Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as

[27] Ibid., p. 29.
[28] Ibid., p. 30-31.
[29] Ibid., p. 51-52.

> Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.[30]

A concepção lassalliana do texto fundamental - na lição de BONAVIDES - consolidou definitivamente a importância da Constituição real, reconhecida como decisiva. “Na hipótese de conflito, ou tensão extrema, a Constituição jurídica sucumbiria sempre, imolada à força soberana do fato, ou seja, da realidade política e social, muito mais poderosa que a força dos textos abstratos”.[31]

A Constituição não mais restrita a um conjunto de normas - prossegue BONAVIDES - tornou-se algo muito mais complexo, abrangendo “toda uma variedade de poderes sociais, de natureza econômica, militar e cultural, decisivos em determinar as relações reais e efetivas que ela, a cada passo, deveria espelhar”.[32]

Desta sorte, podemos afirmar que as observações de LASSALLE atingiram o ponto fulcral da doutrina positivista de KELSEN, a saber, o formalismo abstrato da norma constitucional.

1.1.4. A necessária superação do dualismo entre ser e dever ser

À evidência do até aqui exposto constata-se inequivocamente que KELSEN delineia a Constituição como expressão pura do dever ser e, em contrapartida, o pensamento político-constitucional de LASSALLE propõe a Constituição enquanto representação estrita do ser. Entretanto, ainda que marcadas pela alteridade, as teorias desenvolvidas pelos mencionados autores compartilham de um traço em comum: a unilateralidade.

---

[30] Ibid., p. 63.
[31] BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 96.
[32] Id.

Ambas concebem em sua singularidade a norma constitucional a partir de uma perspectiva reducionista, ou seja, a partir da rígida separação entre a normatividade e a realidade. O excessivo apego de KELSEN ao critério jurídico-normativo, no que diz respeito tanto ao objeto quanto ao método da Ciência Jurídica, acabou por afastar qualquer elemento da facticidade da norma jurídica; ao passo que LASSALLE ao se dedicar absolutamente aos fatores reais do poder acabou por sobrepô-los à forma normativa.

Levados às últimas consequências, o exclusivismo formalista de KELSEN e o ceticismo sociológico de LASSALLE podem resultar numa inadequada compreensão da Constituição. Ora, não é possível admitir que a Constituição - a "folha de papel" -, como quer LASSALLE, renda-se inevitavelmente às forças vivas sociais.

O conflito entre a "folha de papel" e os fatores reais e efetivos que regem a sociedade - segundo José AFONSO DA SILVA - "importará sempre o desrespeito e o descumprimento da constituição escrita, e somente se resolverá se esta for modificada para ajustar-se à constituição real, ou, então, mediante a transformação dos fatores reais do poder".[33]

Ademais, adverte Paulo BONAVIDES, o Direito Constitucional, como ciência normativa ou do dever ser, tornar-se-ia inevitavelmente desnecessário uma vez que as forças reais suplantariam a normatividade. O Direito Constitucional ficaria então reduzido a "uma sombra teórica, mera ficção, ciência do normativo sem eficácia normativa". No lugar da Constituição jurídica e formal prevaleceria a Constituição real, "cujo estudo não caberia ao jurista, em razão de não encontrar nela normas de direito que aplicar, mas ao sociólogo ou cientista político, convocado a conhecer, explicar e interpretar a poderosa e inelutável realidade do ser".[34]

Do mesmo modo, acrescenta AFONSO DA SILVA que o excesso de formalismo "não se compadece com a experiência jurídica, especialmente no

[33] AFONSO DA SILVA, José. op. cit., p. 26.
[34] BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 97.

campo do direito constitucional, onde se verifica tanta influência da realidade social, política e ideológica".[35] A Constituição esvaziada de significado, nos moldes propostos por KELSEN, não atende, assim sendo, às exigências da constante evolução dos poderes sociais atuantes. Cada vez mais o caminhar da sociedade acentua o abismo entre a Constituição e a realidade, culminando por gerar instabilidade e descrédito constitucionais.

Consequentemente, demonstra-se irrefragável a necessidade de abandonar o dualismo entre fato e norma, tal como desenvolvido no exacerbado formalismo de KELSEN e na proposta sociológica de LASSALLE. Nesse aspecto, importante a lição de Elías DÍAZ para quem:

> A superação do sociologismo jurídico e do normativismo formalista pressupõe assim uma verdadeira associação, uma mediação entre o fato e a norma; o primeiro, objeto da Sociologia do Direito; a segunda, objeto da Ciência Jurídica *stricto sensu* (Dogmática jurídica). A mediação fato-norma pressupõe o reconhecimento de uma interconexão entre ambas, de uma mútua determinação: o fato social determina a norma (disto parece olvidar o normativismo formalista); mas, por sua vez, a norma determina o fato (e disto parece olvidar o sociologismo jurídico); as autonomias fracionadas da realidade não fazem sentido, tanto a autonomia total do Direito como a autonomia total da Sociedade; o que há é uma mútua determinação, associação verdadeira, mediação entre ambas. A concepção normativa do Direito, como concepção filosófica, significa assim, por um lado, a afirmação de que o objeto próprio da ciência jurídica *stricto sensu* são as normas (Dogmática jurídica); por outro, a necessidade de conexão da norma com o fato, o Direito com a sociedade (Sociologia jurídica).[36]

Digna de nota, nesse sentido, a doutrina elaborada por Konrad HESSE, que com o objetivo de ultrapassar a antinomia entre a ordenação jurídica e a facticidade evita problematizar a realidade constitucional numa das duas áreas,

---

[35] Ibid., p. 30.

[36] DÍAZ, Elías. op. cit., p. 96. "la superación del sociologismo jurídico y del normativismo formalista supone así una síntesis real, una mediación entre el hecho y la norma; el primero, objeto de la Sociología del Derecho; la segunda, objeto de la Ciencia jurídica «stricto sensu» (Dogmática jurídica). La mediación hecho-norma supone el reconocimiento de una interconexión entre ambas, de una mutua determinación: el hecho social determina la norma (esto parece olvidarlo el normativismo formalista); pero, a su vez, la norma determina el hecho (y esto parece olvidarlo el sociologismo jurídico); carecen de sentido las autonomías fraccionadas de la realidad, tanto la autonomía total del Derecho como la autonomía total de la Sociedad; lo que hay es una mutua determinación, síntesis real, mediación entre ambas. La concepción normativa del Derecho, como concepción filosófica, significa así, por un lado, afirmación de que el objeto propio de la ciencia jurídica «stricto sensu» son las normas (Dogmática jurídica); por otro, necesidad de conexionar la norma con el hecho, el Derecho con la sociedad (Sociología jurídica)".

vale dizer, a jurídica ou a sociológica. Prefere encontrar “um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro”. [37]

Assim, sob o pressuposto da permanente e necessária tensão entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, HESSE desenvolve fundamental contribuição para a discussão ora em análise: o reconhecimento da força normativa da Constituição.

Defende o referido autor que ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, existe também uma força determinante do Direito Constitucional.[38] É o resgate da normatividade constitucional, outrora tão esquecida por LASSALLE. No dizer de HESSE:

> Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferençadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.[39]

Deve ser contemplado, à vista disso, o condicionamento recíproco entre a realidade e a norma no plano constitucional. Entretanto, tal como adverte HESSE, dita relação de coordenação não é absoluta. A Constituição possui significado próprio: “sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado.”[40]

Isso porque, a Constituição não é meramente determinada pelas forças sociais e políticas - como um simples reflexo -, mas igualmente determinante da

---

[37] HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.
[38] Ibid., p. 126.
[39] Ibid., p. 128-129.
[40] Ibid., p. 130.

facticidade. “A Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser”.[41]

Precisamente por conta da relação de interdependência supracitada, a afirmação da força normativa da Constituição não pode ser separada das condições históricas de seu tempo. Deve a norma constitucional - e aqui se insere a sua pretensão de eficácia - levar em consideração as circunstâncias naturais, técnicas, econômicas e sociais, além do substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo. “Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva”.[42]

E não só. A pretensão de eficácia da Constituição não se confunde com as condições de sua realização. É que o acontecer constitucional tem início na conscientização dos integrantes da comunidade constitucional no sentido de pautarem suas condutas de acordo com os fins e objetivos delineados pela Constituição. Consciência que constitui a *vontade de Constituição*, a que faz referência HESSE.

Ensina o autor:

> A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente *(individuelle Beschaffenheit der Gegenwart)*. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.[43]

---

[41] Ibid., p. 128.
[42] Ibid., p. 132.
[43] Idem, destaque do original.

Logo, ao lado do espírito de poder, atribui também HESSE especial destaque ao espírito de Constituição. O primeiro - anota BONAVIDES - manifesta-se no momento em que a sociedade reconhece e pratica a Constituição real. O segundo, ao contrário, “deriva da consciência de que a ordem constitucional é justa e legítima, de que seu conteúdo traduz anseios profundos ou corresponde a necessidades imperiosas tanto dos cidadãos como do ordenamento estatal”. [44]

É de assinalar, sem o perigo de incorrer em exageros, que todo problema constitucional, ainda hoje, procede da inobservância da síntese dialética entre as dimensões jurídica e social. Não é de agora que os esforços no sentido de superar o insustentável dualismo entre Constituição e realidade não têm levado mais que à absolutização de uma das duas dimensões.

Como já delimitado, KELSEN fez constituir a norma constitucional senão em um dever ser; enquanto LASSALLE pretendeu eliminar da Constituição toda a normatividade. Destarte, a preponderância de uma ou outra dimensão no espaço destinado à reflexão e à análise da Constituição conduz aos desajustes e às insuficiências de compreensão do fenômeno constitucional presentemente manifestos.

A combinação ou conciliação entre a normatividade e a normalidade surge como alternativa salutar. Afinal, conforme se explorará adiante, a sincronia da Constituição com o envolvente social que ela reflete e a cujos influxos está sujeita, numa relação de dependência cada vez mais indispensável, permite a afirmação da contemporaneidade e adaptabilidade da Constituição, fatores tão necessários à sua sobrevivência.

A bem da verdade o que se busca é escapar da concepção semântica de Constituição e consagrar a sua antítese: a Constituição normativa, tal como proposta por Karl LOEWENSTEIN.[45] Isso porque, em claro antagonismo com as forças sociais da comunidade, a Constituição semântica carece de legitimidade.

---

[44] BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 98.

[45] LOEWENSTEIN desenvolve classificação tripartida da Constituição, a partir de critério ontológico. De acordo com este, as Constituições poderão ser diferenciadas segundo o caráter

Entende aludido autor que, “ao invés de servir à limitação do poder político, a Constituição é o instrumento para estabilizar ou perpetuar a intervenção dos titulares fáticos da localização do poder político”. É Constituição apenas na aparência, vale dizer, no seu aspecto formal: “se não houvesse absolutamente nenhuma constituição formal, o desenvolvimento factual do processo do poder não seria muito diferente”.[46]

Normativas, a seu turno, são as Constituições nas quais é possível registrar a similitude entre as suas normas e a realidade do processo de poder. A norma constitucional, nessa hipótese, possui o poder de conformar tanto a técnica política como as relações sociais.[47] Destaca LOEWENSTEIN - assim como HESSE - a importância da vivência da Lei Fundamental pelos destinatários e titulares do poder. Com os dizeres de LOEWENSTEIN:

> Para ser real e eficaz, a Constituição deverá ser fielmente observada por todos os interessados e terá que estar integrada à sociedade estatal, e esta a ela. A Constituição e a comunidade devem ter passado por uma simbiose. Somente neste caso pode-se falar de uma Constituição normativa: suas normas dominam o processo político ou, ao contrário, o processo do poder adapta-se às normas da Constituição e submete-se a elas.[48]

---

normativo, nominal ou semântico. A Constituição normativa domina o proceso político ou, ao contrário, o proceso político a ela se adapta. A seu turno, a Constituição é nominal desde o momento em que os pressupostos sociais e econômicos impedem a completa integração entre Lei Fundamental e vida política. A Constituição semântica, por fim, serve tão somente de legitimação à perpetuação no poder de seus detentores (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 216 et seq.).

[46] Ibid., p. 219. “En lugar de servir a la limitación del poder, la constitución es aquí el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político.”; “Si no hubiese en absoluto ninguna constitución formal, el desarrollo fáctico del proceso del poder no sería notablemente diferente”.

[47] Ibid., p. 217.

[48] Id. “Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interessados y tendrá que estar integrada en la sociedade estatal, y ésta en ella. La constitución y la comunidade habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inverda, el processo del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas”.

1.2. A aspiração de futuro da Constituição

Como é cediço, o texto constitucional, apesar de possuir os caracteres educativo e projetivo, constitui o reflexo de um determinado momento, o de sua promulgação. Entrementes, desponta nas Constituições ocidentais - de acordo com os ensinamentos de Nelson SALDANHA - a "vontade-de-futuro", isto é, "o ânimo político determinado a enfrentar, por uma resolução presente, as eventualidades vindouras, e a perenizar em sentido indefinido as suas disposições".[49]

A Constituição servirá tanto como expressão como molde à realidade e às necessidades sociais de uma comunidade. Não é um mero dado, mas sim uma obra, uma realização, uma tentativa permanente de ajustar reciprocamente as intenções textualizadas e as circunstâncias existenciais da sociedade política. A norma constitucional "semelha um encaminhamento vital dirigido pelas suas próprias expressões, algo como uma vocação, a *Beruf* política de um povo em dada circunstância posto".[50]

Malgrado não possa a Constituição prever o futuro, as suas normas estão constantemente a projetar soluções contemporâneas sobre perspectivas porvindouras. É a capacidade de adaptação do regramento constitucional ao movimento caótico da comunidade política que estabelece mesmo a garantia de sua continuação e de sua durabilidade. Inserem-se numa relação de causa e efeito, por isso, a vocação de permanência e a mutabilidade da Constituição.

Decorre daí que o potencial da Constituição não se esgota quando do seu estabelecimento. Por certo, a perenidade é atributo do Poder Constituinte e não de seu produto, a Constituição. Sob tal prisma, assevera Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO que "o poder constituinte originário [...] subsiste após a edição

---

[49] SALDANHA, Nelson. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 69.
[50] Ibid., p.68.

da Constituição, e subsiste como expressão da liberdade humana. Subsiste, portanto, fora da Constituição, não dentro da Constituição".[51]

Em outras palavras, o Poder Constituinte sobrevive no sentido de que o homem, "embora tenha tomado uma decisão, pode rever, pode mudar posteriormente essa decisão. Um povo decide-se por uma Constituição, o que não significa que ele não possa, amanhã, mudar de Constituição, estabelecer outra Constituição".[52]

A tensão entre o vínculo constitucional e o poder atual - a soberania popular -, manifestada nos opostos do constitucionalismo e da democracia, acaba por suscitar a relevante questão acerca do consentimento das gerações de amanhã no que concerne à Constituição que fora promulgada pelas gerações de ontem. O ponto fulcral reside, destarte, na inadvertida pretensão da vinculação das gerações presentes pelas gerações passadas.

A par disso, apontava Thomas JEFFERSON, no prelúdio do século XIX, a necessidade de cada nova geração repensar o estabelecido nas normas constitucionais. Cada geração é tão independente quanto a precedente, assim como o foi cada qual que a antecedeu, cabendo-lhe, portanto, como as outras, o direito de escolher para si a forma de governo que acredita ser a mais adequada à promoção de sua felicidade; de sorte a acomodar-se às circunstâncias presentes.[53]

A Constituição de geração em geração deve providenciar a oportunidade periódica de reparos, de modo a alcançar a paz e o bem da humanidade:

> Alguns homens olham para as Constituições com reverência santimonial, e creem nela assim como creem na Arca da Aliança, sagrada demais para ser tocada. Eles atribuem aos homens da era anterior uma sabedoria mais do que humana, colocando a salvo de alterações aquilo feito por eles. [...] Eu certamente não sou um defensor das mudanças

[51] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Comparado: o poder constituinte**. v. 1. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, p. 69.
[52] Id.
[53] JEFFERSON, Thomas. **The Writings of Thomas Jefferson**. Federal Edition. v. XII. New York and London: G. P. Putnam's Sons, 1904-1905, p. 13.

> frequentes e não questionadas das leis e das Constituições. [...] Mas sei também, que as leis e as instituições devem andar de mãos dadas com o progresso da mente humana. À medida que isso se torna mais desenvolvido, mais esclarecido, à medida que novas descobertas são feitas, novas verdades reveladas, e costumes e opiniões modificam-se com as alterações das circunstâncias, as instituições devem avançar também, e manter o ritmo com o tempo.[54]

De igual modo, JEFFERSON, desta feita, no final do século XVIII, aduzia que "nenhuma sociedade pode fazer uma Constituição perpétua, ou até mesmo uma lei perpétua. O mundo sempre pertence à geração viva".[55] Dada a independência entre as gerações, os mortos não têm poderes ou direitos de reivindicar o controle das gerações futuras.

É um absurdo que os mortos possam, por meio da Constituição, impor a sua vontade aos vivos. Destarte, uma vez extintos os seus predecessores devem a Constituição e as leis serem abolidas juntamente com aqueles cuja vontade lhes deu existência. A aplicação por mais tempo do texto fundamental caracterizaria ato de força e não de Direito.[56]

A mesma noção é sugerida por Thomas PAINE para quem "a vaidade e a presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias".[57] Assim como os homens não têm propriedade sobre os homens; também nenhuma geração tem propriedade sobre as gerações vindouras.

As circunstâncias do mundo estão em constante mudança e as opiniões do homem igualmente sofrem transformações. Ademais, como o governo é para os vivos, e não para os mortos, somente os vivos têm direitos neste mundo. Aquilo

---

[54] Ibid., p.11-12. "Some men look at constitutions with sanctimonious reverence, and deem them like the arc of the covenant, too sacred to be touched. They ascribe to the men of the preceding age a wisdom more than human, and suppose what they did to be beyond amendment. [...] I am certainly not an advocate for frequent and untried changes in laws and constitutions. […] But I know also, that laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed, more enlightened, as new discoveries are made, new truths disclosed, and manners and opinions change with the change of circumstances, institutions must advance also, and keep pace with the times".

[55] JEFFERSON, Thomas. **The Papers of Thomas Jefferson**. v. 15. Princeton: Princeton University Press, 1958, p. 68. "no society can make a perpetual constitution, or even a perpetual law. The earth belongs always to the living generation".

[56] Id.

[57] PAINE, Thomas. **The Rights of Man**. New York: Penguin Books, 1984, p. 16. "The vanity and presumption of governing beyond the grave is the most ridiculous and insolent of all tyrannies".

que em determinada época podia ser considerado certo e conveniente, em outra, pode resultar inconveniente e inadequado. Em tais casos, pergunta PAINE, cabe a quem a decisão: aos vivos ou aos mortos?[58]

A resposta, seguindo a tônica da exposição, tem de tomar em consideração a evidência de que não deve o texto constitucional sucumbir às forças determinantes que lhe deram existência. Não é por outra razão, por exemplo, o disposto no artigo 28 da Constituição francesa de 1793: "Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar ou de modificar a sua Constituição e nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis". [59]

1.3. O imperativo constitucional e o compromisso com a dinâmica social

Poderá não sem razão atentar-se que é própria da natureza humana a tendência de consolidar as suas obras e conquistas. O estabelecimento das Constituições, a partir do constitucionalismo moderno[60], frequentemente assumiu a forma escrita.

Na época em questão, a recém-adquirida emancipação do homem fez exsurgir o apelo pela certeza e pela segurança que traduzidos, dentre outros, na racionalização da disciplina jurídica do poder político e nas liberdades públicas manifestaram-se no ideal da Constituição escrita.

Consoante sustenta Manuel GARCÍA-PELAYO, a Constituição escrita como forma adequada para consagrar as conquistas constitucionais representa vantagens em relação às Constituições não escritas. Isso porque somente o Direito escrito proporciona garantias de racionalidade "frente à irracionalidade do

---

[58] Ibid., p. 19.
[59] "Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures".
[60] O constitucionalismo moderno surgiu com a eclosão de três movimentos revolucionários: o inglês (1688), o norte-americano (1776) e o francês (1789). Não se pode olvidar, igualmente, da influência do movimento ideológico que lhes serviu de inspiração, responsável pela introdução, dentre outras, das noções jusnaturalista e contratualista.

costume; apenas ele permite uma ordem objetiva e permanente em face da transitoriedade das situações subjetivas; somente a precisão jurídica escrita oferece segurança frente à arbitrariedade da administração".[61]

Conjuga-se à noção da estabilidade a questão da rigidez constitucional. A princípio, a salvaguarda dos elementos estabilizadores da Constituição, manifestada na segurança jurídica e na força jurídico-normativa, conduz à previsão de um processo mais dificultoso para efetuar alterações legislativo-constitucionais.

É o que Luís PINTO FERREIRA denomina de grau de permanência na história da norma constitucional; caráter que consiste na manifestação objetiva e concreta do princípio da supremacia da Constituição. Como assinala o autor, as Constituições "tendem de seu natural a uma perpetuação no tempo, estabelecendo formalidades especiais que dificultam a sua transformação, ou mesmo vedam qualquer transformação no tocante a certas decisões políticas fundamentais".[62]

Analisando a dicotomia rigidez-flexibilidade, adverte Paolo BISCARETTI DI RUFFIA que tal diferenciação não tem por objetivo contrastar Constituições naturalmente imodificáveis e Constituições eminentemente modificáveis. O que faz - a dualidade - é distinguir as Constituições escritas cujas normas somente podem ser alteradas mediante procedimentos mais complexos e solenes do que aqueles previstos para as leis ordinárias (leis constitucionais formais) das outras cujo resultado idêntico é obtido por meio dos procedimentos legislativos ordinários (isto é, leis ordinárias formais).[63]

Em verdade, como pondera HESSE, a questão sobre a rigidez e sobre a mobilidade da Constituição não se apresenta como alternativa, mas sim como

---

[61] GARCÍA-PELAYO, Manuel. op. cit., p. 35. "sólo el derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre; sólo él permite un orden objetivo y permanente frente a la transitoriedad de situaciones subjetivas; sólo la precisión jurídica escrita ofrece seguridad frente a la arbitrariedad de la administración".

[62] PINTO FERREIRA, Luís. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 5. ed. amp. e atual. tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 158.

[63] BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Derecho Constitucional**. Trad. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1965, p. 272.

coordenação. A sincronia de tais elementos, em razão da tarefa da Constituição, é essencial. De um lado, a abertura e a amplitude da norma constitucional permitem acomodar a transformação histórica, assim como a diversidade das situações vitais; de outro, as disposições constitucionais vinculantes, em sua virtude estabilizadora, preservam a vida da comunidade da dissolução em mudança contínua, profunda e incontrolável.[64]

Destarte, o persistente não pode se converter em obstáculo onde o movimento e o progresso se impõem; do contrário, a mudança ocorrerá à margem da ordem jurídica. Ao mesmo tempo, a mudança não pode eliminar o efeito estabilizador das disposições vinculantes, sob pena de restar insatisfeita a tarefa das normas constitucionais e da ordem fundamental da comunidade.[65]

Nesse passo, ao preservar as disposições constitucionais da pressão política dos acontecimentos, a rigidez proporciona a garantia da durabilidade e, em última análise, da supremacia constitucional; em alternativa, o seu excesso revela-se prejudicial, já que constitui obstáculo a tão indispensável articulação entre a realidade jurídico-constitucional e a realidade política.[66]

Não destoa desse pensamento José Joaquim Gomes CANOTILHO:

> Se por um lado o texto constitucional não deve permanecer alheio à mudança, também, por outro lado, há elementos do direito constitucional (princípios estruturantes) que devem permanecer estáveis, sob pena de a Constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas.[67]

Apropriada, destarte, a noção de rigidez relativa preconizada por José AFONSO DA SILVA.[68] Frisa o autor que a estabilidade constitucional, assim como a permanência e a durabilidade institucionais não podem se erigir em entraves

---

[64] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 46.
[65] Id.
[66] Id.
[67] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 152.
[68] AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 42.

para a constante e a perfeita adaptação das Constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem estar-social.

A técnica da rigidez relativa mostra-se pertinente para atender a ambas as exigências, pois ao permitir a adaptação das normas constitucionais às novas necessidades sociais o faz por meio de processo especial e mais difícil para as modificações formais que o admitido para a alteração da legislação ordinária.[69]

Cumpre reconhecer, assim, que, muito embora a rigidez constitua significativo corolário constitucional, não se mostra indispensável à eficácia normativa da norma fundamental. Por certo, o pressuposto da rigidez cada vez mais perde a relevância na manutenção da permanência da Constituição.

Com efeito, conforme já restou demonstrado, uma Constituição que não esteja vinculada aos setores sociais caminhando *pari passu* com a evolução das práticas econômicas, políticas, culturais e tecnológicas não tem poder vinculativo ou autoridade e, por conseguinte, não tem existência. A normatividade e as relações fáticas, repise-se, não se acham em oposição, mas se condicionam reciprocamente.

1.4. As Constituições não são imutáveis

À vista do até aqui explanado, a Constituição ideal de que trata LOEWENSTEIN enquanto ordem normativa conformadora do processo político, segundo a qual "todos os desenvolvimentos futuros da comunidade, tanto da ordem política como social, econômica e cultural, pudessem ser previstos de tal maneira que não fosse necessário a modificação das normas conformadoras"[70],

[69] Id.
[70] LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 164. "una constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto de orden político como social, económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fuese necesario un cambio de normas conformadoras".

mostra-se adequada tão somente ao campo estritamente teórico, como o próprio autor, aliás, reconhece.

Em que pese a delimitação escrita do conteúdo constitucional, a princípio estanque, deve ser rechaçada a noção de que o traço fundamental do documento mais importante de uma nação é a sua imutabilidade. Afinal, causaria certamente perplexidade um texto fundamental imutável destinado a regular a vida de uma sociedade humana em contínuo progresso.

Com acerto observa David STRAUSS: "uma Constituição imutável ajustar-se-ia à nossa sociedade de forma insatisfatória. Ou seria ignorada ou, pior seria um obstáculo, uma relíquia que nos impediria de progredir e preveniria nossa sociedade a funcionar da forma que deveria."[71]

É o que também defende José AFONSO DA SILVA: "não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também de progresso social."[72]

Igualmente, versando os perigos provenientes de uma Constituição estática, Konrad HESSE alerta para a necessidade de a Constituição ser revista no tempo, de forma a dialogar com o contexto histórico em que está inserida, pois caso contrário não poderá cumprir as suas funções.[73]

Em igual doutrina, Pedro de VEGA argumenta que a expressa proibição de qualquer forma de reforma, além de atentar contra as necessidades mais elementares de mudança histórica, tem por consequência a desvirtuação do próprio conceito de Poder Constituinte e do significado de Estado Constitucional.[74]

---

[71] STRAUSS, David A. **The Living Constitution (inalienable rights)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010, p. 2. "an unchanging Constitution would fit our society very badly. Either it would be ignored or, worse, it would be a hindrance, a relic that keeps us from making progress and prevents our society from working in the way it should".

[72] AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 42.

[73] HESSE, Konrad. **Constituição e Direito constitucional**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

[74] VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional e la Problemática del Poder Constituyente**. Madrid: Tecnos, 2007, p. 82.

A sacralização da norma constitucional por meio da adoção de cláusula proibitiva de todo e qualquer tipo de reforma constitui - a partir do ponto de vista histórico - uma operação absurda e - da perspectiva da lógica do sistema constitucional - uma operação irracional e inadmissível.[75]

Não destoa de tal entendimento Paulo BONAVIDES:

> A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.[76]

Constata-se que a Constituição não deve ser o resultado do passado, mas sim a permanência das situações e estruturas sociais do presente.[77] No dizer de Pablo Lucas VERDÚ, a Constituição é um sismógrafo. A expressão indica "a imensa sensibilidade que toda Constituição manifesta ante as mudanças, transformações, mais ou menos drásticas, ocorridas na sociedade".[78]

Ou, como prefere Luís PINTO FERREIRA, a Constituição é uma fotografia em miniatura da paisagem social; decalque rigoroso das contradições dialéticas da sociedade, consubstanciadas em uma fórmula de compromisso e harmonia da sociedade.[79]

Abordando o tema, Milton CAMPOS observa que Constituição e realidade são ideias que devem andar juntas, pois a primeira qualidade de uma Constituição é atender a realidade do povo. Nesse sentido, "os fatores reais hão

---

[75] Id.
[76] BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 196-197.
[77] A Constituição norte-americana é um bom exemplo dessa particularidade. Promulgada em 1787, conquanto seu texto permaneça quase idêntico àquele de sua elaboração, a mencionada Constituição mostra-se extremamente adequada aos desafios que enfrenta a sociedade americana contemporânea. Dentre os fatores que auxiliam a sua pertinácia, destacam-se o processo de reforma constitucional - diga-se de passagem pouquíssimo utilizado -, e a ativa atuação da Suprema Corte na atualização de seu conteúdo normativo.
[78] VERDÚ, Pablo Lucas. **El Sentimiento Constitucional**: **aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política**. Madrid: Reus, 1998, p. 368. "la enorme sensibilidad que toda Constitución manifiesta ante los cambios, transformaciones, más o menos drásticos, acaecidos en la Sociedad".
[79] PINTO FERREIRA, Luís. op. cit., p. 65.

de ser atendidos na elaboração das cartas fundamentais. Mas eles são mudáveis, e, se se desgastam, tornam precárias as bases da construção, que pode perder o vigor e a eficácia".[80]

É o que pondera, igualmente, José Joaquim Gomes CANOTILHO. A Constituição, enquanto estatuto jurídico do fenômeno político, apresenta duas dimensões fundamentais: "*pretensão de estabilidade* na sua qualidade de 'ordem jurídica' [...] e *pretensão de dinamicidade* tendo em conta a necessidade de ela fornecer aberturas para as mudanças no seio do político."[81]

Destarte, dada a já evidenciada estreita conexão da norma constitucional com a realidade social - em perpétua movimentação - que a circunscreve, não se exige demasiada perspicácia para se dar conta de que ela própria necessitará de periódica atualização. Frise-se que não se trata a Constituição de apenas texto jurídico, mas também - como exaustivamente apontado - de expressão do desenvolvimento dos setores integrantes da sociedade.

Assim, anota 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 soluções de problemas que podem nascer até da sua aplicação. A modificação é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efectividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas. Ou, doutro prisma - o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo - o da sua aplicação - no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional.[82]

O já citado PINTO FERREIRA, para quem "direito é movimento e vida, síntese dialética entre as forças de transformação da sociedade e as tendências

---

[80] CAMPOS, Milton. **Constituição e Realidade**. In: Revista Forense. v. 137. ano 57. Fac. 679 - 680. jan./fev., 1960, p. 17-18.
[81] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 1.435, destaques do original.
[82] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo II. 6. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 389.

do conservantismo, devendo reajustar constantemente as necessidades do progresso com as tradições da história"[83], constata:

> Daí promana a necessidade palpável do *processus* da modificação constitucional, de sua revisão em conformidade aos preceitos estatuídos pela própria Constituição, a fim de ajustá-la e acomodá-la continuamente, mediante medidas pacíficas, à realidade social cambiante. Somente assim dar-se-á a evolução da sociedade rumo a um modelo gradativamente mais perfeito da organização social, evitando a desarmonia entre os novos valores sociais e os velhos moldes jurídicos, causa precípua das revoluções, bem como a mudança social pela revolução e pelos golpes de Estado.[84]

Ante todo o debatido, é forçoso que compartilhemos do entendimento sufragado por VEGA no sentido de que diante da exigência de dinamicidade imposta ao ordenamento constitucional pela realidade política e social as transformações e modificações do mesmo, seja através da reforma constitucional, seja por meio da mutação constitucional, são inexoravelmente necessárias.[85] A essas duas formas de alteração da Constituição dedica-se o capítulo seguinte.

[83] PINTO FERREIRA, Luís. op. cit., p. 158.
[84] Ibid., p. 159.
[85] VEGA, Pedro de. op. cit., p. 180.

CAPÍTULO 2. OS PROCESSOS DE MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

2.1. A mudança formal da Constituição: a reforma constitucional

O imperativo da mudança do texto fundamental, como já dito, exsurge da necessidade de adequação entre a norma constitucional e a realidade político-social. E, nesse âmbito, não se olvidou o Poder Constituinte, que é rotulado de originário, de se preocupar com mecanismos adequados à salutar atualização da norma constitucional.

A lição de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO sinaliza que o Poder Constituinte ao estabelecer a Constituição consagra também outro poder, "que é o Poder Constituinte, usualmente denominado de Poder Constituinte instituído, ou Poder Constituinte derivado".[86]

Em regra, a precípua atribuição do Poder Constituinte derivado - também designado reformador, constituído, de segundo grau ou secundário - consiste em modificar ou complementar, formalmente, as normas constitucionais. E, assim, o faz por meio de procedimentos previamente delineados na redação do texto constitucional original segundo os seus pressupostos, limites e quóruns.

O mecanismo de mudança constitucional assim delimitado é aquele que se convencionou a denominar de formal e recebe a designação genérica de reforma constitucional. Como assevera José AFONSO DA SILVA, a reforma constitucional é um processo formal e deliberado de modificação de uma Constituição rígida, por via da atuação de certos órgãos, mediante formalidades previstas nas próprias Constituições para o exercício do Poder Constituinte Reformador.[87]

---

[86] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 134.
[87] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 64.

Os processos formais de alteração da Constituição, portanto, são próprios das Constituições escritas e rígidas, as quais - como já explorado - têm por parâmetro para a modificação de seus textos procedimento diferenciado e mais dificultoso do que aquele previsto para a alteração da legislação ordinária ou complementar.

2.1.1. As funções da reforma constitucional

Estabelecidos em linhas gerais os contornos do processo destinado a possibilitar a introdução de alterações formais no texto constitucional, cabe agora delimitar com maior precisão as suas funções. Seguindo a classificação desenvolvida por Pedro de VEGA, três são os principais aspectos em que opera a reforma no contexto da moderna organização constitucional democrática: (i) como instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política; (ii) como mecanismo de articulação da continuação jurídica do Estado; (iii) como instituição básica de garantia.[88]

O ajuste recíproco que deve se verificar entre a realidade política e a realidade jurídica, na visão de VEGA, é a primeira exigência (se não a mais importante) que responde a reforma constitucional.[89] Igualmente, Jorge MIRANDA enfatiza o valor da reforma constitucional, a qual tem por relevante finalidade a autoregeneração e a autoconservação da Constituição. Quer dizer o autor: “é a eliminação das suas normas que não mais são justificadas política, social ou juridicamente e de adição de elementos novos que a revitalizem, ou, porventura, de consagração de normas preexistentes a título de costume ou de lei ordinária.”[90]

O argumento também é desenvolvido por LOEWENSTEIN para quem as inevitáveis mudanças verificadas nas relações econômicas, sociais ou políticas

[88] VEGA, Pedro de. op. cit., p. 67.
[89] Id.
[90] MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 165.

são os fatores responsáveis por impulsionar as reformas constitucionais. A norma constitucional que aparentava ser razoável e suficiente quando da criação da Constituição perderá sua capacidade funcional precisamente pelas novas exigências do processo político e, assim, terá de ser complementada, eliminada ou adaptada.[91]

No atinente à segunda função, VEGA salienta que a necessária adequação das normas constitucionais à realidade deve se operar sem solução de continuidade jurídica, pois, afinal, "o poder de revisão é um poder constituído que obtém a sua legitimidade no próprio ordenamento, a operação de reforma é uma operação essencialmente jurídica".[92]

O poder de reforma está condicionado a limites previstos na própria normatividade legal. Registra-se a advertência de VEGA no sentido de que reformar a Constituição não importa destruí-la, senão, "simplesmente adequá-la à realidade histórica, sem que perca a sua identidade como estrutura conformadora do Estado. A destruição da Constituição é tarefa que não corresponde ao poder de revisão, mas ao poder constituinte".[93]

Lembra José AFONSO DA SILVA que ao se falar "em mudança constitucional, na teoria do Direito Constitucional, quer-se referir aos processos de acomodação das normas constitucionais à realidade, não se incluindo aí as formas de rompimento ou esvaziamento da Constituição."[94]

Não é outra a conclusão a que chega o já citado FERREIRA FILHO. Aduz o autor que o Poder Constituinte de revisão, em última análise, visa permitir a mudança e/ou adaptação da Constituição a novas necessidades, a novos impulsos, a novas forças, sem que para tanto seja preciso recorrer à revolução,

---

[91] LOEWENSTEIN, Karl. op.cit., p.170.
[92] VEGA, Pedro de. op. cit., p. 67. "el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento, la operación de reforma es una operación esencialmente jurídica".
[93] Ibid., p. 69. "simplemente, acoplarla a la realidad histórica, sin que pierda su identidad como estructura conformadora del Estado. La destrucción de la Constitución es tarea que no corresponde al poder de revisión, sino al poder constituyente".
[94] AFONSO DA SILVA, José. **Poder Constituinte e Poder Popular**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 282.

sem que seja preciso recorrer ao Poder Constituinte Originário. E reforça a sua conclusão dizendo que "não é outro senão este o objetivo do Poder Constituinte de revisão: permitir a modificação da Constituição dentro da ordem jurídica, sem uma substituição da ordem jurídica, sem a ação, quase sempre revolucionária, do Poder Constituinte originário".[95]

Essa também é a noção propugnada por Carl SCHMITT ao defender que o poder de reformar a Constituição deve ser efetivado sob o pressuposto da garantia da identidade e da continuidade da Constituição considerada em seu todo. Nas palavras do autor:

> A faculdade de reformar a Constituição, portanto, abrange apenas a capacidade de promover nas prescrições jurídico-constitucionais alterações, adições, reformulações, supressões, etc.; mas mantendo a Constituição; não o poder de dar uma nova Constituição.[96]

Por derradeiro, a instituição básica de garantia (o terceiro aspecto) traduz-se na clara distinção que deve existir entre o Poder de Reforma constitucional e o Poder Legislativo ordinário - o primeiro pautado em procedimento mais dificultoso do que o estabelecido para o segundo - como forma de evitar que os Poderes Constituídos se transformem em efetivos Poderes Constituintes. Se assim não o fosse, como diz VEGA, ao invés de as Assembleias submeterem-se à Constituição, seria a Constituição que se veria à mercê dos parlamentares, dos aferros eleitorais e dos caprichos das maiorias circunstanciais.[97]

É o que também anota Karl LOEWENSTEIN ao asseverar que a previsão de processo rigoroso a dificultar a reforma constitucional, consistente na exigência da maioria parlamentar qualificada para aprovação da lei a emendar a Lei Fundamental, tem se mostrado amplamente eficaz. Isso porque não só propicia o maior consenso entre os partidos eleitos no Congresso e as forças sociais por

---

[95] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 124.
[96] SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 2. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 119. "La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las rescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución".
[97] VEGA, Pedro de. op. cit., p. 70.

eles representadas, de forma a elevar o grau de legitimidade da reforma, mas também garante à minoria dissidente o poder de veto a possibilitar a tarefa fiscalizatória intraórgão.[98]

2.1.2. Manifestações das alterações formais da Constituição: emenda e revisão constitucionais

A adaptação do texto constitucional a novos ambientes políticos e sociais operacionaliza-se por meio da emenda constitucional ou da revisão constitucional. Em um breve cotejo doutrinário, nota-se certa tendência em considerar a reforma constitucional gênero do qual são subespécies tanto a emenda como a revisão constitucionais.

Nesse sentido, apontam, por exemplo, os ensinamentos de Edvaldo BRITO[99], Luís PINTO FERREIRA[100], José Horácio MEIRELLES TEIXEIRA[101], Luís Roberto BARROSO[102], Celso Ribeiro BASTOS[103] e José AFONSO DA SILVA.[104]

A diferenciação entre os termos emenda e revisão igualmente encontra eco na redação da Constituição Federal de 1988 que estabelece o processo de emenda constitucional em seu artigo 60 e o de revisão constitucional no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Embora ambas constituam os meios utilizados para dar outra e nova forma expressamente à Constituição, desde logo, constata-se que a emenda e a revisão

---

[98] LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 177.
[99] BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 83 et seq.
[100] PINTO FERREIRA, Luís. **Da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956, p. 102.
[101] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 132.
[102] BARROSO, Luís Roberto. op. cit,. p. 144-146.
[103] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 36-37.
[104] AFONSO DA SILVA, José. **Poder Constituinte e Poder Popular**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 242-243.

constitucionais possuem significação distinta. A emenda constitucional "consistiria apenas em acréscimo de dispositivos, supressão ou alteração de outros, mudanças pontuais; enquanto a *revisão constitucional* suporia, já, modificações mais amplas, mais profundas, do texto constitucional".[105]

É de se observar a existência de diferenciação tanto qualitativa (importância dos dispositivos a serem revistos) quanto quantitativa (abrangência e extensão da revisão) entre as duas espécies de modificação formal do Texto Maior. Relevante sinalizar ainda as caracterizações do Poder Constituinte Derivado e Revisional formuladas por Luiz Alberto David ARAÚJO e Vidal Serrano NUNES JÚNIOR:

> Aquele [o Poder Constituinte Derivado] não tem limitação temporal, deve observar o rito previsto no art. 60 da Carta da República e o seu exercente é o Congresso Nacional. Já o Poder Constituinte Revisional apresenta limitação temporal, pois só pode ser exercido uma vez, passados, no mínimo cinco anos da promulgação. A oportunidade ficou a cargo do Congresso Nacional, que logo entendeu de proceder à revisão. O *quorum* de aprovação é mais fácil, ou seja, maioria absoluta, e o exercente do Poder Constituinte Revisional é o Congresso Nacional, mas em composição unicameral, o que facilita sensivelmente a aprovação de qualquer matéria.[106]

De se notar, ademais, que ao passo que a emenda constitui meio regular e permanente de reforma da Constituição, a revisão constitucional é via extraordinária e transitória. Explica-se. O processo de revisão já ocorreu, resultando em seis emendas. "E, como o art. 3º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias falava em apenas uma revisão, não se pode mais utilizar a via revisional para mudança da Constituição. Assim, qualquer alteração só poderá ser feita pela via de emenda".[107]

---

[105] Ibid., p. 243, destaque do original.
[106] NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 12.
[107] Ibid., p. 13.

2.1.3. O reconhecimento de limitações ao Poder Reformador Constitucional

A propriedade da Constituição de evoluir juntamente com a sociedade não pode conduzir à insegurança jurídica, uma vez que, como registra MEIRELLES TEIXEIRA, a instabilidade constitucional seria a própria instabilidade do Estado.[108]

Enfatiza LOEWENSTEIN, nesse sentido, a importância do estabelecimento de requisitos para a reforma da Constituição, a fim de evitar que o legislador ordinário tenha o texto fundamental à sua completa disposição. Apenas desse modo é possível impedir que as maiorias parlamentares assumam poderes de revisão para moldar a Constituição de acordo com os seus interesses.[109]

Daí a imprescindível submissão do processo de mudança formal da Constituição à regras e também à limitações. Carl SCHMITT explica que, não obstante sejam distintas a competência reformadora da Constituição e a competência legisladora ordinária, a primeira, tal como a segunda, não é ilimitada. O poder de reforma, que é regrado na norma constitucional, assim como todo poder jurídico-constitucional é limitado e somente assim autêntico.[110]

Usualmente a doutrina costuma sistematizar as vedações ao poder de reforma em expressas (ou textuais) e implícitas (ou tácitas), subdividas as primeiras em: (i) temporais; (ii) formais (ou procedimentais); (iii) circunstanciais; (iv) materiais. De se destacar que nossa atenção, neste ponto, se voltará às limitações atinentes à emenda constitucional, denominada por BONAVIDES de via permanente de reforma da Constituição de 1988.[111]

---

[108] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. op. cit., p. 106.
[109] LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 176.
[110] SCHMITT, Carl. op. cit., p. 118.
[111] BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 207.

2.1.3.1. Limitações expressas

Os limites temporais, de acordo com a lição de BONAVIDES, importam uma intangibilidade temporária do Texto Maior, "nomeadamente com o propósito de consolidar a ordem jurídica e política recém-estabelecida, cujas instituições, ainda expostas à contestação, carecem de raiz na tradição ou de base no assentimento dos governados".[112]

Assinala José AFONSO DA SILVA que limitações deste tipo não são comumente encontráveis na história do Direito Constitucional brasileiro. Lembra o autor que apenas a Constituição Política do Império continha limites de ordem temporal, a saber: após quatro anos de vigência a norma constitucional poderia ser submetida a processo de modificação.[113]

As limitações procedimentais, a seu turno, "são as vedações expressas que consagram o procedimento *especial* para realização de reformas constitucionais".[114] Dizem respeito ao órgão competente para empreender a modificação; ao ente legitimado para a propositura da alteração constitucional; ao quórum exigido de aprovação; à necessidade de manifestação popular por meio de *referendum* ou plebiscito.

Nos termos do artigo 60, *caput,* incisos I, II e III, do texto constitucional pátrio, a Constituição será emendada mediante proposta de no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou por meio de iniciativa do Presidente da República, ou ainda por intermédio de proposta de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se cada uma delas pela maioria relativa de seus membros.[115]

---

[112] Ibid., p. 199.
[113] AFONSO DA SILVA, José. **Poder Constituinte e Poder Popular**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 244.
[114] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 412, destaque do original.
[115] José AFONSO DA SILVA defende ainda a possibilidade de proposta de emenda constitucional por meio da inciativa popular, a despeito da carência regulamentadora no texto constitucional brasileiro a esse propósito: "(4) popular, aceita a interpretação sistemática referida acima, caso em que as percentagens previstas no § 2º do art. 61 serão invocáveis, ou seja, a proposta de emenda

Apresentada a proposta de emenda à Constituição, segue-se a discussão de seu conteúdo e a votação em cada uma das casas do Congresso Nacional, realizada em dois turnos. A proposta será aprovada se obtiver, tanto no Senado Federal quanto na Câmara dos Deputados, três quintos dos votos de seus respectivos pares. Uma vez aprovada, são as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, observado o respectivo número de ordem, que promulgaram a emenda à Constituição, nos exatos dizeres do artigo 60, §§ 2º e 3º da Constituição Federal de 1988.

Vedações circunstanciais, "como o próprio nome indica, são as que decorrem de certas circunstâncias que impedem, durante sua existência, o processo de emendas à Constituição".[116] São elas: intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (inteligência do artigo 60, § 1º, da Constituição brasileira).

Objetiva-se com o estabelecimento de referidos entraves evitar que o importante exercício da atribuição reformadora opere-se em momentos de instabilidade constitucional que, por óbvio, podem colocar em risco a sobrevivência da Lei Fundamental.

Os limites materiais, por fim, são aqueles concernentes ao núcleo intangível das Constituições rígidas, as chamadas cláusulas pétreas ou imodificáveis ou ainda permanentes, que traduzem solidificações dos princípios ideológicos e valorativos do Poder Constituinte Originário.

Explica CANOTILHO que "as constituições selecionam um leque de matérias, consideradas como o cerne material da ordem constitucional, e furtam essas matérias à disponibilidade do poder de revisão".[117] E, por sua vez, ensina

---

terá que ser subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos zero vírgula três por cento dos eleitores de cada um deles. Repita-se esse tipo de iniciativa popular pode vir a ser aplicado com base em normas gerais e princípios fundamentais da Constituição, mas ele não está especificamente estabelecido para emendas constitucionais como o está para as leis (art. 61, § 2º)" - AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 64.

[116] AFONSO DA SILVA, José. **Poder Constituinte e Poder Popular**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 244.

[117] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 1.064.

BULOS que o núcleo normativo constitucional precisamente por englobar matérias imprescindíveis à configuração das linhas-mestras da Constituição não pode ser modificado.[118]

Na Constituição brasileira dizem respeito à forma federativa de Estado, ao voto direto, secreto, universal e periódico, à separação de Poderes e aos direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, da Lei Maior).

Oportuno lançar algumas ponderações a respeito da última forma de restrição. Frente à interconexão entre a normatividade e a normalidade, por nós tão apregoada, certamente causa estranheza a previsão de matérias petrificadas no texto constitucional.

Enfatizando a impossibilidade de a geração fundadora vincular eternamente as gerações futuras, CANOTILHO justifica a formulação de vedações materiais à competência reformadora como garantia assecuratória da continuidade do texto fundamental num processo histórico em permanente fluxo. Por isso, o autor defende a proibição "não só de uma *revisão total* (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de *alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta".* [119]

Assinale-se, também, o posicionamento de Luís Roberto BARROSO a propósito da legitimação das cláusulas pétreas. À semelhança de CANOTILHO, BARROSO entrevê na existência do núcleo irreformável uma forma de preservação da essência dos valores que conferem identidade à Constituição. Em tais hipóteses afigura-se legítimo que o Poder Constituinte Originário "- isto é, o povo - estabeleça limites ao constituinte derivado - isto é, aos representantes do povo, de modo que alterações profundas e radicais exijam nova manifestação do titular da soberania: o povo, o constituinte originário".[120]

---

[118] BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 415.
[119] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 1.065-1.066, destaques do original.
[120] BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 161.

BARROSO acrescenta ao aludido fundamento a defesa da democracia. De acordo com o autor:

> Os limites materiais têm por finalidade, precisamente, retirar do poder de disposição das maiorias parlamentares elementos tidos como pressupostos ou condições indispensáveis ao funcionamento do Estado constitucional democrático. As cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de autovinculação ou pré-compromisso, por via do qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional.[121]

2.1.3.2. Limitações materiais implícitas

Karl LOEWENSTEIN destaca que a imunidade de que desfrutam certos valores ideológicos fundamentais imanentes ou inerentes a uma Constituição, a caracterizar as restrições implícitas ao poder de alteração da norma fundamental, certamente, em certas situações, são mais importantes do que os limites textuais.[122]

Em regra, as disposições expressamente intangíveis incorporadas a uma Constituição constituem barreiras às maiorias parlamentares ávidas por emendas constitucionais. Em tempos de desenvolvimento normal da dinâmica política tal função é cumprida a contento; entretanto, em tempos de crise, "são tão somente pedaços de papéis varridos pela realidade política". [123]

LOEWENSTEIN menciona a ilustrar o seu pensamento a situação que não raro se verifica na Ibero-América: quando um Presidente almeja tornar-se ditador, por meio de golpe de Estado, simplesmente anula a Constituição que proíbe a reeleição e prescreve uma nova em seu lugar que lhe confere "legalmente" o poder ilimitado.[124]

---

[121] Ibid., p. 162.
[122] LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 192.
[123] Id. "son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política".
[124] Id.

Em detida análise sobre a temática, Nelson de Sousa SAMPAIO estabelece quatro aspectos que invariavelmente devem ser blindados da ação do poder de reforma. São, no dizer do autor, os limites naturais do Poder Reformador: (i) as normas que consagram os direitos fundamentais do homem e as garantias individuais; (ii) as regras relativas ao titular do Poder Constituinte Originário; (iii) as normas atinentes à titularidade da competência reformadora; (iv) as regras pertinentes à disciplina do processo de alteração constitucional. O último aspecto leva-nos à constatação da impossibilidade de reforma do próprio artigo 60 da Constituição Federal.[125]

BONAVIDES, a seu turno, identifica a extensão da reforma como mais uma modalidade de limitação imanente. No silêncio do texto constitucional descarta-se a possibilidade de sua revisão total "porquanto admiti-la seria reconhecer ao poder revisor capacidade soberana para ab-rogar a Constituição que o criou, ou seja, para destruir o fundamento de sua competência ou autoridade mesma".[126]

Adverte ainda o autor a propósito dos perigos das reformas parciais que violam a essência da norma constitucional, a caracterizar verdadeira fraude constitucional:

> Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces de todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebrantamento de todo o espírito que anima a ordem constitucional. Trata-se em verdade de reformas totais, feitas por meio de reformas parciais. Urge precatar-se contra essa espécie de revisões que, sendo formalmente parciais, examinadas, todavia, pelo critério material, ab-rogam a Constituição, de modo que se fazem equivalentes a uma reforma total, pela mudança de conteúdo, princípio, espírito e fundamento da lei constitucional. Nas sobreditas hipóteses temos no âmago essa deplorável conseqüência: a Constituição ab-rogada, configurando-se assim o fenômeno político que os publicistas consignam debaixo da designação de "fraude à Constituição". São freqüentes os exemplos históricos dessa prática abusiva de violação da Constituição, em que as formas se resguardam para mais facilmente alterar-se o fundo ou a base dos valores professados.[127]

---

[125] SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995, p. 129-133.
[126] BONAVIDES, Paulo op. cit., p. 202.
[127] Id.

2.2. Modificações informais: mutações constitucionais

Como anuncia MEIRELLES TEIXEIRA, seria errônea e mesmo ingênua a noção de que as Constituições rígidas tão somente sofressem alterações por meio de técnicas jurídicas expressas e previamente estabelecidas. A par disso, mostrar-se-ia inadequado o entendimento de que o impacto da evolução política social apenas atuasse sobre as normas constitucionais através dos aludidos canais formais "em que a vida deveria necessariamente acomodar-se, em seu eterno fluxo de renovação e processo, dobrando-se com docilidade ao sabor destas fórmulas e apenas ao juízo de políticos e legisladores".[128]

Revela a prática constitucional que a alteração da Lei Maior, por vezes, envereda por caminhos não convencionais. São as modificações constitucionais resultantes de processos não previstos na própria sistemática da Constituição. Elas significam a renovada possibilidade de modificação da norma constitucional, permanecendo, contudo, intocada a letra de seus dispositivos.

Por meio de tais alterações, salienta LOEWENSTEIN:

> Produz-se uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio dos interesses, sem que dita alteração seja atualizada no documento constitucional: o texto da constituição permanece intacto. Este tipo de mutações constitucionais se dá em todos os Estados dotados de uma constituição escrita e é muito mais frequente que as reformas constitucionais formais.[129]

Embora exista grande debate doutrinário acerca da terminologia empregada para designar aludidas mudanças constitucionais, cabe advertir, de antemão, que a expressão *mutação constitucional* é a que parece ter mais adeptos. Certamente assim o é por ser a nomenclatura empregada pela doutrina

---

[128] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. op. cit., p. 141.

[129] LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 165. "se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estrutura social o del equilíbrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. 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".

alemã quando do inicial e aprofundado estudo do singular fenômeno, como exploraremos mais adiante.

Nada obstante, registra-se que as outras e inúmeras denominações advindas da experiência constitucional - tais como mudança constitucional silenciosa, vicissitude constitucional tácita, processos de fato, processos indiretos, processos não formais, processos não expressos, processos informais e processos oblíquos - também se mostram apropriadas e serão empregadas ao longo deste trabalho. Afinal, todas elas possuem um ponto em comum: buscam identificar a revigorada possibilidade de adaptação informal da norma constitucional às necessidades sociais que são observadas no decorrer do tempo.

O cada vez mais reconhecido instituto representa nas Constituições escritas e rígidas a célere atualização dialética entre as previsões constitucionais e a realidade. Admite-se, pois, a mutação constitucional como mecanismo de modificação da Constituição, paralelamente, ao processo de reforma constitucional.

Por tal motivo, é seguro afirmar que a Constituição escrita é apenas parcela do que deve ser compreendido por Constituição. Compartilha dessa visão GARCÍA-PELAYO, o qual assinala que a essência de uma Constituição não reside em poucas palavras, mas no significado atribuído as palavras do texto quando confrontadas com as situações fático-concretas. “Portanto, uma constituição, escrita ou não escrita, não é nunca uma obra completamente acabada, mas uma abertura de possibilidades para que os homens desempenhem sua coexistência”.[130]

Não discrepa da mencionada argumentação Paolo BISCARETTI DI RUFFIA ao ressaltar que para realmente conhecer o desenvolvimento da vida constitucional de um Estado “é necessário também ter presente as múltiplas

[130] GARCÍA-PELAYO, Manuel. op. cit., p. 132. “Por eso, una constitución, escrita o no escrita, no es nunca una obra totalmente acabada, sino una apertura de posibilidades para que los hombres realicen su convivência”.

modificações não formais das normas constitucionais que sempre têm lugar em medida mais ou menos acentuada, segundo os diversos ordenamentos".[131]

Afloram os processos oblíquos de mudança da Constituição - diferentemente dos mecanismos formais de reforma constitucional - do assim denominado Poder Constituinte Difuso. Aponta nesse sentido a doutrina de Anna Cândida da Cunha FERRAZ, precursora de detido estudo sobre a questão das mutações constitucionais no âmbito pátrio:

> Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado Poder Constituinte Difuso.[132]

Como explica BULOS, o Poder Constituinte Difuso recebe tal adjetivação porque, embora não esteja insculpido nos textos constitucionais, mostra-se presente na vida dos diversos ordenamentos jurídicos. Apresenta-se em estado de latência, "daí ser um poder invisível, aparecendo apenas quando necessário, para ser exercido pelos órgãos constitucionais, aos quais competem aplicar a Constituição, interpretando-a, escandindo-a se preciso for, a fim de dar-lhe efetividade".[133]

Destina-se a função constituinte difusa - assevera Anna Cândida da Cunha FERRAZ - a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra do constituinte. Decorre diretamente da Constituição, isto é, o seu fundamento flui da Lei Fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado. É uma decorrência lógica da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada sobretudo naquilo

---

[131] BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**. Trad. Héctor Fix Zamudio. México: Fondo de Cultura Ecónomica, 2000, p. 560, destaque do original. "es necesario también tener presentes las múltiples *modificaciones no formales de las normas constitucionales* que siempre suelen tener lugar en medida más o menos acentuada, según los diversos ordenamientos".

[132] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

[133] BULOS, Uadi Lâmmego. **Mutação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.171-172.

que tem de essencial e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação sem vulnerar a obra constitucional escrita.[134]

Sobre o assunto, nada melhor que a lição de Georges BURDEAU, responsável, aliás, por cunhar o termo Poder Constituinte Difuso. Pontuando a existência de um exercício cotidiano do Poder Constituinte, que, apesar de não ser registrado pelos mecanismos constitucionais nem pelos sismógrafos das revoluções, não é menos real, o autor exalta sua importância na medida em que se não fosse por ele, a Constituição oficial e visível não teria outro conhecimento que aquele dos registros de arquivo.[135]

2.2.1. Os diferentes significados da mutação constitucional: aportes doutrinários tradicionais

A noção simplificada de que a mutação constitucional é a "transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual"[136] não se mostra suficiente para retratar todas as nuances que envolvem a temática. Uma adequada abordagem ao tema, em especial de sua caracterização, não pode prescindir assim da análise do ambiente teórico e filosófico que impulsionou a propagação do fenômeno.

O debate doutrinário acerca do significado da mutação constitucional manifestou-se com maior intensidade na Alemanha ao término do século XIX e limiar do século XX. O significado do instituto, a partir dos primeiros estudos teóricos formulados por juristas vinculados à Escola de Direito Público Alemã, tem se revelado controvertido e recebido tratamento com distintos matizes, que variam

---

[134] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit., p. 10.
[135] BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. 2. ed. tomo IV. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. p. 246-247.
[136] Supremo Tribunal Federal, Reclamação 4.335-5/AC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Pleno, voto vista proferido em 19.04.2007.

de acordo com a teoria e a forma de se conceber o Direito Constitucional adotadas.

Em decorrência disso, variadas e por vezes conflitantes acepções de mutação constitucional despontaram no cenário germânico desde a promulgação da Constituição do Império Alemão de 1871, implicando cada qual em consequências jurídicas igualmente diversificadas.

Assim, neste ponto do estudo, objetivamos proceder à análise crítica da abordagem procedida pelos principais e mais notáveis teóricos germânicos quanto à temática. A incursão na doutrina estrangeira alemã, para os nossos propósitos, revela-se satisfatória para situar os processos informais de mudança constitucional também no cenário pátrio, porquanto, afinal, o constitucionalismo europeu ocidental, guardadas as especificidades de cada região, assemelha-se ao movimento constitucional observado no Brasil.

2.2.1.1. Mutação constitucional enquanto estrita separação entre o dever ser da norma constitucional e o ser da realidade social: Paul LABAND e Georg JELLINEK

As iniciais investigações a propósito das mudanças silenciosas das normas constitucionais despontaram sob o marco histórico da Constituição do Império Alemão de 1871. Dada as peculiaridades da Constituição do Reich[137], como também era conhecida, os estudiosos alemães da época passaram a observar que, em razão de intervenções do Estado, a Lei Maior sofria alterações anômalas que não encontravam suporte nos mecanismos de reforma referidos na sistemática constitucional.

[137] O processo de unificação dos diferentes Estados que vieram a integrar o Império Alemão desencadeou na promulgação da Constituição de 1871. A norma constitucional do Reich era tida quase que exclusivamente como Carta Política de procedimentos voltados à ação estatal. A Constituição abrigava elementos essenciais de um Estado composto por membros muito distintos entre si, o que dificultava a sua aplicação aos ordenamentos particulares de cada qual. Essas circunstâncias aliadas à ausência de mecanismos de controle judicial de constitucionalidade das leis, à época, ocasionaram incertezas quanto à normatividade e à supremacia da Lei Maior.

Coube então à doutrina publicista, cujos maiores expoentes são Paul LABAND e Georg JELLINEK, perquirir sobre a influência da ação estatal na modificação da norma constitucional. Influenciados pela perspectiva positivista do Direito, dominante na segunda metade do século XIX, mormente pelo postulado da separação metodológica entre o Direito e a realidade, os referidos autores desenvolveram acepção de mutação constitucional baseada no postulado do *fait accompli*, isto é, na aceitação de que situações fáticas são capazes de alterar o conteúdo normativo da Constituição, ainda que adversas ao texto constitucional.

A velha doutrina alemã, como ficou conhecida, tratou de forma abrangente a questão da mutação constitucional. Considerando o fenômeno como mecanismo de mudança da realidade constitucional à margem do procedimento formal de reforma, os estudiosos da Constituição do Reich identificaram no descompasso entre a ordenação jurídica e a realidade social a causa imediata das modificações tácitas do texto fundamental.

Certamente o desenvolvimento mais notável acerca da concepção da via oblíqua de mudança constitucional deve ser atribuído a Georg JELLINEK, responsável pela clássica distinção, até hoje utilizada, entre reforma e mutação da Constituição. Adotando o critério da intencionalidade, o citado autor define a reforma como “a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionais” e a mutação da Constituição como “a modificação que deixa intacto o seu texto, sem mudá-lo formalmente, produzida por fatos que não têm que ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mudança.[138]

Entretanto, não nos olvidemos da importante contribuição de Paul LABAND que, muito embora não tenha construído uma teoria da mutação constitucional propriamente dita tal como JELLINEK, caracteriza as mudanças que ele descreve na Constituição de 1871 “como importantes modificações da situação constitucional *(Verfassungzustand)* do Império que não alcançaram expressão na

[138] JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7. “la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas”; “la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompanhados por la intención, o consciencia, de tal mutación”.

Constituição; tratar-se-ia, portanto, de uma contradição entre situação constitucional e lei constitucional".[139]

Os esforços teóricos desenvolvidos por LABAND, ainda que incipientes, mostram-se relevantes na medida em que evidenciam a temática das transformações informais da Constituição. LABAND assim aponta a ocorrência das aludidas alterações: (i) nas leis regulamentadoras dos elementos centrais do Estado não regulamentados ou previstos de maneira incidental pela norma constitucional; (ii) nas leis que, em contradição com a Constituição, modificam o conteúdo essencial do Estado; (iii) nos usos e costumes adotados pelos Poderes Públicos para a alteração dos elementos centrais estatais.[140]

Há de se pontuar - na linha de Ana Victoria Sánchez URRUTIA - que, não obstante LABAND tenha sinalizado grande diversidade de modalidades de mutação constitucional, afirmou a impossibilidade de controlá-las juridicamente. Entende o aludido autor que o câmbio informal da Constituição é resultado de forças irresistíveis, permeado pela imposição do fato, de modo que a sua submissão ao Direito seria esforço inútil.[141]

JELLINEK, a seu modo, também reconhece que o processo não expresso de mudança constitucional é efetivado por meio de variados fatores. Nesse sentido, o autor destaca como fonte das mutações constitucionais as práticas parlamentar e administrativo-governamental, a aplicação judicial dos textos vigentes e a legislação, admitindo nas duas primeiras hipóteses a aprovação de normas contrárias à Constituição. Outro exemplo revela-se na necessidade política que engendra transformações na Constituição que sem implicar na sua mudança formal provoca condutas contrárias a ela. Destaca também a mutação

---

[139] HESSE, Konrad. **Limites da Mutação Constitucional**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151-152.

[140] LABAND, Paul. **Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung**. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895, p. 575.

[141] URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto**. In: Revista Española de Derecho Constitucional. año 20. enero-abril, 2000, p. 109-110.

derivada do desuso das faculdades previstas constitucionalmente, das lacunas constitucionais e das práticas convencionais.[142]

Embora não descuide da vocação de permanência das normas constitucionais, resguardada por mecanismos agravados de reforma, JELLINEK sustenta que a rigidez constitucional não é capaz de pôr a salvo a norma fundamental das ingerências da realidade. A irracionalidade da realidade não se circunscreve à incongruência entre a norma e a vida, mas a supera, já que a realidade se volta contra a norma. Ao mesmo tempo em que a necessidade política é fonte do Direito a força normativa do fático pressiona a letra da Constituição. Daí a inevitável conclusão a que chega o autor: o normativo cede ante o fático.[143]

Neste ponto - a atribuição de força normativa aos fatos - nos deparamos com a maior problemática do conceito de mutação informal da Constituição formulado nos moldes da perspectiva positiva formalista. Como já dito, a realidade e o contexto histórico em que está inserida a norma constitucional inegavelmente a influenciam. Entretanto, precisamente para que a Constituição não sucumba à pressão momentânea do fático é imprescindível que as suas disposições revistam-se de força ativa e determinante que obriguem tanto os órgãos estatais como os cidadãos. Aceitar, portanto, a prevalência da realidade política sobre o Direito Constitucional, na esteira de LABAND e JELLINEK, é negar a própria força normativa da Constituição.

Aliás, a admissão da superioridade da realidade político-constitucional justifica o desinteresse de JELLINEK na identificação de eventuais parâmetros às mutações constitucionais. Como explica URRUTIA, JELLINEK - tal como LABAND - limitou-se a demonstrar a sua perplexidade frente às contradições entre a realidade, o fático e o estabelecido pela letra da Constituição.[144]

---

[142] JELLINEK, Georg. op. cit., p. 16 et seq.
[143] Ibid., p. 29.
[144] URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. op. cit., p.113.

2.2.1.2. Mutação constitucional enquanto condicionamento recíproco entre normalidade e normatividade: Rudolf SMEND, Hsü DAU-LIN e Herman HELLER

Já no período entreguerras, os estudos das mutações constitucionais desenvolveram-se sob o influxo da Constituição de Weimar de 1919, momento histórico em que ganharam destaque as teorias de Rudolf SMEND, Hsü DAU-LIN e Herman HELLER.

Vale registrar que nessa época o Estado Constitucional[145], isto é, aquele que vem a superar o Estado de Direito, ainda não havia se instalado. A despeito de a Constituição de Weimar trazer referências democráticas em seu texto, em especial por conta da previsão dos direitos sociais e coletivos, além dos direitos individuais clássicos, ela vigorou durante momento anterior ao do reconhecimento da norma constitucional como norma superior que não só unificou como imprimiu coerência ao sistema jurídico. Enfim, a cultura jurídica da quadra histórica em apreço ainda não propiciava elementos para assegurar a normatividade da Constituição que, por isso, se encontrava sobremaneira debilitada.

URRUTIA anota que, nesse marco, os teóricos da Constituição concentravam grande parte de seus esforços na reflexão das mudanças constitucionais e na compreensão da relação entre a dinâmica política e a norma constitucional escrita. Incorporando a realidade ao estudo do Direito Constitucional, a concepção de mutação constitucional elaborada no período buscou superar o logicismo formalista determinante outrora.[146]

SMEND é o primeiro teórico a lançar a sua contribuição para a construção de uma nova concepção de mudança informal da Constituição. Precursor da teoria da integração, o autor abandona a dicotomia típica do positivismo jurídico entre ser (realidade constitucional) e dever ser (normas constitucionais). Em seu lugar, arquiteta doutrina fulcrada na mediação entre o normativo e o fático,

[145] Confira-se nota de rodapé nº 2.
[146] Ibid., p. 116.

centralizando o debate nos contrapontos da estática e da dinâmica na teoria do Estado.

Na acepção de SMEND, o Estado é parcela da vida espiritual, é síntese entre "indivíduo e sociedade, vida individual e vida supranacional, ser e sentido individual e atemporal, que se vinculam e se condicionam mutuamente, e portanto estão conectados em relação dialética que se expressa em Totalidade".[147]

Aludido processo dialético deve ser essencialmente dinâmico e constantemente aperfeiçoado. O Estado não se constitui uma única vez por meio de tal processo. Pelo contrário, em cada momento que o Estado atua ele vive e volta a reviver. Apenas por meio de seus atos que o Estado existe, de modo que se renova continuamente.[148] Essa é a síntese da integração formulada por SMEND, a qual ganha expressão e regulamentação na Constituição.

Enquanto estatuto organizativo estatal, a Constituição impulsiona e motiva a vida do Estado; entretanto, a norma constitucional não se esgota no Estado. Dessa forma, SMEND reconhece que a Constituição não é apenas norma, mas também realidade que está em contínua e permanente mudança. Com as palavras do autor: "esta eficácia integradora não é produto da Constituição, compreendida como 'momento estático e permanente na vida do Estado', mas como contínua criação e renovação da dinâmica constitucional".[149]

Muito embora o sentido da Constituição se assente na incessante mudança de toda realidade vital do Estado, SMEND anota que a norma constitucional não é capaz de conformar toda e cada uma das realidades políticas a ela subjacentes. Assim sendo, a integração apenas torna-se viável pela abertura interpretativa da

---

[147] GARCÍA-PELAYO, Manuel. op. cit., p. 81. "individuo y sociedad, vida individual y vida supranacional, ser y sentido individual y atemporal, se vinculan y condicionan recíprocamente, y por tanto están unidas en una relación dialéctica que se expresa en una Totalidad".

[148] SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 132.

[149] Ibid., p. 135-136. "esta eficacia integradora no es fruto de la Constitución, entendida como un 'momento estático y permanente en la vida del Estado', sino más bien de la continua creación e renovación de la dinâmica constitucional".

Constituição a permitir a acomodação da cambiante normalidade em sua normatividade. A própria Constituição reclama a mutação.[150]

As mudanças da Constituição decorrem de fatores externos ao Direito Constitucional, encontradiços na própria sociedade, que exercendo pressão sobre a situação normativo-constitucional acabam por transformar a Constituição. As forças sociais podem afetar o interior da Constituição, gerando a transformação gradual das relações de peso e valor estabelecidas entre as disposições e as instituições constitucionais. São as fontes extraordinárias do Direito Constitucional.[151]

Soma-se à contribuição de SMEND a proposta elaborada por Hsü DAU-LIN, o qual, amparado na teoria da integração de seu predecessor e mestre SMEND, produz estudo aprofundado e sistematizador sobre a temática da mutação constitucional.

URRUTIA destaca que a doutrina desenvolvida por DAU-LIN é inovadora, uma vez que se preocupou em abordar especificamente as mutações constitucionais, ao contrário de outras que se referiram ao conceito de maneira genérica como parte do significado de Constituição - tal como a de SMEND -, ou ainda daquelas que constatando a existência do fenômeno somente demostraram a sua perplexidade frente a ele - como as de LABAND e de JELLINEK.[152]

Acolhendo a concepção de Constituição formulada por SMEND, DAU-LIN enfatiza que a mutação constitucional tem por pressuposto a natureza do Estado como realidade vital cujas necessidades reclamam a adaptação da Constituição ainda que isso implique em desvios das normas constitucionais escritas.[153]

Os preceitos normativos constitucionais cedem ante as necessidades vitais do Estado, já que a Constituição não se define nas proposições rígidas de suas

---

[150] Ibid., p. 134.
[151] Ibid., p. 130.
[152] URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. op. cit., p. 126.
[153] DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Ônati: Instituto Vasco de Adminstración Públlica, 1998, p.165.

normas, mas sim na toatalidade vital do Estado. O caráter incompleto, esquemático, equívoco e ambíguo das formulações constitucionais acomoda a realidade estatal, isto é, provoca interpretação constitucional integradora a produzir a mudança não expressa da norma constitucional como modo natural de autoconservação da Constituição.[154]

Portanto, apesar da ocorrência de alguns desvios nas normas legais escritas, o cumprimento das tarefas ditadas pela necessidade vital do Estado - e não pela facticidade pura - atenderá antes à sensação de Constituição do que à fiel observância de seus preceitos, de modo a impedir o déficit da vida constitucional.[155]

Nesse âmbito, Hsü DAU-LIN categoriza a modificação informal, aludindo à mutação formal e à mutação material. A primeira, que implica na mudança do contéudo da norma constitucional, manifesta-se naqueles casos nos quais "as normas positivas de uma Constituição escrita já não guardam congruência com a situação constitucional real, quando surge uma diferença entre o direito constitucional escrito e o efetivamente válido". A seu turno, a segunda verifica-se nas hipóteses em que se desenvolvem relações jurídicas na realidade da vida estatal contrapostas ao sistema que acabam provocando o câmbio das ideias básicas da Constiutição.[156]

A mutação unicamente formal não significa nada mais que complementações e ampliações permitidas pela Constituição, ainda que formalmente contrárias ao seu texto, mas em conformidade com o sentido constitucional. Em contrapartida, as mutações em sentido material, mesmo resultando na transformação do sistema constitucional ou de seu significado, não podem ser prevenidas ou suprimidas, e, precisamente por serem inevitáveis, deixam de ser indesejáveis e até mesmo inconstitucionais.[157]

---

[154] Ibid., p. 169.
[155] Ibid., p.165-169.
[156] Ibid., p. 169. "las normas positivas de una Constitución escrita ya no guardan congruência con la situación constitucional real, cuando surge una diferencia entre el derecho constitucional escrito y el efectivamente válido".
[157] Ibid., p. 176-177.

Uma vez decorrentes da intencionalidade da própria Constituição, as mutações constitucionais materiais constituem Direito e, portanto, não devem ser tidas por quebra ou fraude constitucionais. Noutras palavras, as mutações são atos conformes ao ordenamento jurídico e assim admissíveis.[158]

Pelo analisado, depreende-se que tanto SMEND como o seu discípulo DAU-LIN aceitam toda e qualquer forma de mudança na Constituição para que se alcance a tão desejada integração. Toda necessidade política deve ser Direito, o que justifica, na perspectiva dos autores, a ocorrência de mudanças constitucionais mesmo que afrontosas ao próprio texto da Constituição.

De salientar ainda que, muito embora DAU-LIN ao tratar das mutações constitucionais em sentido material suscite expressamente a problemática atinente às limitações ao fenômeno - ao contrário de SMEND -, acaba por não precisá-los. A própria noção de mudança informal constitucional por ele estabelecida - que tem por pressuposto, como visto, a circunstância de que o sistema constitucional não pode desencorajar uma mutação de ordem material – leva-o à conclusão de que não é possível identificar limites na sistemática constitucional.[159] Enfim, a deficiência das propostas dos mencionados autores reside justamente na ausência de balizas a serem impostas à mutação constitucional.

À semelhança das doutrinas desenvolvidas por DAU-LIN e por SMEND, Hermann HELLER dedica-se ao estudo da conexão indissóluvel entre a normalidade e a normatividade. Partindo da perspectiva dialética, HELLER condena a teoria dogmática que considera a Constituição como formação normativa de sentido, mero dever ser, separada e emancipada da realidade social.[160]

HELLER concebe a Constituição como um todo no qual se manifestam, em complementação recíproca, a normalidade e a normatividade, bem como a

---

[158] Ibid., p. 166.
[159] Ibid., p. 177-179.
[160] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 304.

normatividade jurídica e a extrajurídica. Assim como não se podem considerar completamente estanques o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-los a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser, no conceito da Constituição.[161] Diz então o autor:

> Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que dão forma as normas. Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam.[162]

Logo, a Constituição de um Estado não é processo, mas sim produto, forma aberta através da qual adentra a vida dos seres humanos que, por tal motivo, necessita de constante acomodação à situação política da sociedade.[163] E, nesse âmbito, HELLER dispensa tratamento equinâme à necessária associação entre a permanência das normas e a mudança contínua da realidade. Dito de outro modo, o autor não privilegia a normatividade fática em detrimento da normatividade jurídica. Pelo contrário, confere grande importância à força normalizadora do normativo.[164]

A adaptação da normatividade em face da normalidade - no entender de HELLER - ocorre por meio da via dos princípios jurídicos. Estes exprimem a realidade vital do Estado, uma vez que “são as únicas normas que conhece a maioria dos membros da comunidade jurídica e as únicas realmente vivas no seu espírito”.[165]

A indeterminação dos princípios auxilia a assegurar a acomodação e a continuidade do Direito. Por conta da evolução gradual dos princípos, admite-se que, não obstante permaneça imutável o texto de um preceito jurídico, o seu

---

[161] Ibid., p. 296.
[162] Id.
[163] Id.
[164] Ibid., p. 298.
[165] Ibid., p. 303.

sentido experimente uma completa revolução, o que pode dar lugar a mudança da Constituição.[166]

Malgrado as mutações constitucionais atuem de forma a complementar a Lei Maior, realizando a mediação entre a estrutura fixa da norma e as forças sociais móveis, adverte HELLER que, "com bastante freqüência, o uso social, a realidade social não normada ou normada extrajuridicamente, revela-se mais forte que a normação estatal"; de modo que "sempre veremos confirmar-se a tese de que a Constituição real consiste nas relações reais de poder".[167] Nota-se, pois, que HELLER, como aqueles que o antecederam, acaba por aceitar a mutação contra a Constituição.

O tema pertinente às limitações para a mudança de significado das normas constitucionais não é enfrentada diretamente pelo autor; nada obstante, elas podem ser extraídas indiretamente de sua construção teórica. É o que pondera Konrad HESSE ao analisar a teoria de HELLER: a mutação constitucional encontrará o seu limite na própria normatividade constitucional, dada a estreita correlação entre ela e a situação constitucional; no entanto, "este limite [...] continua sendo genérico e difícil de precisar-se; tampouco se trazem pontos de apoio que permitam uma concretização". [168]

2.2.1.3. Mutação constitucional enquanto mudança no interior da norma: Konrad HESSE

Adentrando o período pós-segunda guerra, ao menos no cenário europeu[169], as Constituições adquirem revigorada concepção. A norma

[166] Ibid., p. 304-305.
[167] Ibid., p. 306.
[168] HESSE, Konrad. **Limites da Mutação Constitucional**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164.
[169] Cumpre mencionar que diferentemente da tradição constitucional europeia, a sistemática constitucional norte-americana erigiu-se na afirmação da Constituição de 1787 como norma materialmente suprema, porquanto desde a sua promulgação contou com eficaz mecanismo de controle de constitucionalidade das leis a cargo de um ativo Poder Judiciário.

constitucional deixou de ser mera “folha de papel” - lembrando Ferdinand LASSALLE - e ganhou, em termos efetivos, força normativa, motivo pelo qual a questão da mutação constitucional - e de seus limites - recebeu tratamento diferenciado.

O mencionado contexto, além de ter por marco a promulgação da Lei Fundamental de Bonn de 1949, dotada da supracitada nota distintiva, vale dizer, superioridade material, conferiu acentuado destaque à doutrina formulada por Konrad HESSE, sobretudo porque advém de sua contribuição o contraponto à ausência dos limites à mutação constitucional.

A abordagem desenvolvida por HESSE censura a pouca atenção dispensada pela teoria tradicional da mutação constitucional no respeitante às delimitações do fenômeno. Atenta o autor para o fato de que não obstante a mutação e a reforma constitucionais representem duas faces de uma mesma tarefa - a garantia da Constituição a demandar o controle e, caso o for, o bloqueio das vias de irrupção - tão somente a última mereceu amplo tratamento doutrinário.[170]

Crítico ferrenho de seus antecessores, HESSE assinala que nenhum deles “desenvolve parâmetros precisos e demonstráveis, que excluam a tentação de ‘atravessar’ a Constituição invocando a presença de uma mutação constitucional”; motivo pelo qual, “não sem razão, a teoria da mutação constitucional se acha exposta à crítica de que debilita, tanto no conjunto como pontualmente, o sentido normativo da Constituição”.[171]

A questão das balizas das mutações constitucionais é carente de respostas explícitas nas teorias positivistas de LABAND e de JELLINEK, além de restar insatisfatoriamente resolvida por DAU-LIN e por HELLER, porquanto tais doutrinas não enfrentaram de modo adequado o problema fundamental de toda

[170] HESSE, Konrad. **Limites da Mutação Constitucional**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149.
[171] Ibid., p. 165.

sociologia do Direito e do Estado: a determinação da relação entre realidade e norma.[172]

HESSE acentua que "a estrita separação entre ambas [normalidade e normatividade], nas teorias de Laband e G. Jellinek, conduz, paradoxalmente, não a um fortalecimento do normativo, e sim a uma capitulação diante da força dos fatos". Já na doutrina de DAU-LIN a realidade política se torna parte integrante da Constituição "sob a forma das 'necessidades vitais do Estado' através do 'sentido' da Constituição e com base numa simplificadora interconexão, uma compreensão tão genérica e indiferenciada não chega a nenhum outro resultado". E muito embora a investigação de HELLER sobre a temática tenha possibilitado uma apropriada análise do dualismo do ser social e dever social, nela não há "nítida fundamentação e determinação de limites".[173]

Objetivando proporcionar satisfatória resposta à necessária conexão indissolúvel entre norma e realidade, de forma a preservar a tão negada força normativa constitucional, HESSE adota a tese de Friedrich MÜLLER sobre a estrutura das normas jurídicas.

Nesse aspecto, HESSE, como visto alhures, propõe a Constituição como conjunto de normas que obrigatoriamente se correlacionam com a realidade social. As normas constitucionais não são mais que letra morta quando o seu conteúdo não se incorpora à conduta humana mediante a sua aplicação e observâncias diárias. Por isso, "só enquanto o Direito Constitucional é 'realizado' por e nesta conduta, alcança a realidade vivida, formadora e conformadora da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da Comunidade".[174]

Essa ordem de fatores autoriza o autor a concluir que para a realização do Direito Constitucional, tal como assinalou MÜLLER, a norma não pode ser isolada da realidade; "pelo contrário, a 'realidade' em suas circunstâncias (o 'âmbito

[172] Id.
[173] Ibid., p. 165-166.
[174] Ibid., p. 166.

normativo'), as quais são afetadas pelo mandato da norma (o 'programa normativo'), é parte integrante e constitutiva da norma mesma".[175]

A norma e o fato unem-se dialeticamente num mesmo elemento: o Direito Constitucional. Por consequência, as mudanças sociais não são alterações extrajurídicas que afetam o interior da norma como defendem as teses dinâmicas formuladas à época da República de Weimar. A bem da verdade, elas são mudanças jurídicas que fazem parte da própria norma.

E, no respeitante à mutação constitucional, a proposta de MÜLLER acerca da estrutura das normas jurídicas serve de base para que HESSE reivindique o texto como "limite absoluto de uma mutação constitucional", sem prejuízo de incorporar parcialmente a realidade ao interior da própria norma constitucional.[176]

Na perspectiva de HESSE, somente é possível entender com clareza a mutação constitucional com seus limites "quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração 'no interior' da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição".

Guiado pela ideia estrutural da norma constitucional, HESSE sustenta que a realidade do "âmbito normativo" submete-se ao câmbio histórico, mediante o processo de concretização, sem que o "programa normativo" - o texto da norma - seja modificado, vale dizer, permaneça intocado. [177]

A realidade constitucional, que se encontra no âmbito normativo, não pode afrontar a própria Constituição. Nas palavras de HESSE:

> Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o "programa normativo" resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto. A fixação desse marco é uma

[175] Ibid., p. 166-167.
[176] Ibid., p. 168.
[177] Ibid., p. 166.

> questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional.[178]

Em decorrência do exposto, a solução ofertada por HESSE ao problema dos parâmetros das mutações constitucionais é exclusiva e determinante: "tudo o que se situe além dessas possibilidades já não será mutação constitucional, e sim quebra constitucional ou anulação da Constituição".[179]

Ainda que a indicação do texto como limite à incidência das mutações constitucionais possa parecer solução simplista à problemática, inegavelmente assegura "melhor a defesa da Constituição diante dos perigos de 'mutações constitucionais' ilimitadas do que pela renúncia prévia, explícita ou implícita à elaboração de limites que possam ser respeitados na prática".[180]

De acordo com HESSE, no instante em que a mutação constitucional, assim caracterizada e limitada, não lograr intermediar a norma fundamental com a realidade histórica por ela regulada deve-se recorrer à reforma constitucional, que assumirá a tarefa.

2.2.1.4. Por uma adequada compreensão do fenômeno da mutação constitucional

A primeira, senão a mais relevante, constatação proporcionada pela experiência constitucional alemã acima sintetizada refere-se ao estabelecimento das bases para uma legítima mutação constitucional, vale frisar, aquela que não violenta o Texto Maior, a partir da compreensão da Constituição como norma superior e mais importante do ordenamento jurídico que, como tal, possui poder e

[178] Ibid., p. 168.
[179] Ibid., p. 170.
[180] Ibid., p. 171.

força normativa suficientes para regulamentar os diferentes acontecimentos sucedidos na comunidade política na qual ela exerce a sua influência.

Deve restar claro que a facticidade não é Direito Constitucional e tampouco a Constituição é diluída na pressão do fático. Em outras palavras, a negação da submissão do normativo ao fático é pressuposto para aceitar uma escorreita mutação constitucional.

Em segundo lugar, desponta a noção que não cansamos de repisar e que aqui o fazemos uma vez mais: a norma constitucional não deve ficar alheia à realidade social ou ao momento histórico em que ela vive. É possível concluir, a partir disso, que o embasamento para a existência da mutação constitucional não repousa na distância entre os elementos normativo e real da ordenação concreta, mas na necessidade político-social que deve estar referida no sentido da Constituição.

Em última análise, o móvel fundamental da mutação constitucional é a contradição entre as situações reais e as normas constitucionais. O resultado ideal é que a mutação se efetive tão somente quando ocorra concreta colisão entre o âmbito normativo - ou normalidade - e o programa normativo - o sentido da norma constitucional.

Nesse contexto, os limites da mutação constitucional revelam-se absolutamente necessários. Não é qualquer transformação do âmbito normativo que encontrará correspondente variação no conteúdo da norma. Aceitar o contrário significaria o fim da constitucionalidade como instrumento de racionalização e harmonização das relações políticas, sociais e econômicas de uma nação.

É a partir da própria interpretação da norma constitucional que será possível regulamentar a mudança do âmbito normativo no próprio programa normativo, constituindo este último o seu limite final.

Por derradeiro, é possível dizer que a específica questão dos processos oblíquos de mudança constitucional repousa no conflito gerado entre as funções básicas da Constituição: de um lado, a vigência do conjunto de preceitos consagrados no seu texto por intermédio da ação política do Estado eficaz e operacional; de outro, a atuação estabilizadora e limitativa do poder na vida da comunidade. A opção entre uma ou outra será determinante para o uso e para a compreensão da mutação constitucional como instrumento jurídico-político.

2.2.2. A interpretação constitucional como manifestação propulsora, por excelência, da mutação constitucional

Como já demarcado, diversamente dos modelos de reforma constitucional (emenda e revisão constitucionais), os mecanismos não expressos de mudança da Lei Fundamental não têm suporte direto nas regras jurídico-constitucionais. A ausência de forma definida ou mesmo de rígido procedimento para que o fenômeno se estabeleça na rotina constitucional, influenciou sobremaneira a sistematização de suas categorias pelos estudiosos do Direito Constitucional.

Noutros dizeres, dada as peculiaridades dessa via de alteração constitucional, não é possível congregar consenso doutrinário acerca de suas formas de manifestação. É o que se depreende dos estudos desenvolvidos por Hsü DAU-LIN, Karl WHEARE, Uadi Lammêgo BULOS e Anna Cândida da Cunha FERRAZ, só para citar alguns.

Atenta, inclusive, BULOS para a inviabilidade de enumerar exaustivamente todos os métodos capazes de ensejar mutações constitucionais que, no seu entender, são ilimitados “porque variam de acordo com as transformações sociais, as quais repercutem sobre todo o ordenamento constitucional”.[181]

[181] BULOS, Uadi Lâmmego. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1997, p. 66

Dificuldades à parte, aludidos autores, valendo-se da fonte normativa produtora da mutação constitucional como critério de classificação, lançam as mais variadas tipologias.

O já estudado DAU-LIN, um dos primeiros teóricos a dispensar tratamento sistemático às modalidades de alterações tácitas da Constituição, divide em quatro as suas classes. A primeira delas supõe uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição. A seguinte é a mutação da Constituição decorrente da impossibilidade do exercício de direitos estatuídos constitucionalmente. A terceira categoria é aquela resultante da prática estatal contraditória à Constituição. Por fim, o autor assinala a interpretação como fonte da mutação constitucional.[182]

A seu turno, WHEARE reconhece apenas três meios por meio dos quais se realiza a mudança informal do Texto Maior, a saber, interpretação judicial, usos e costumes constitucionais.[183]

A morfologia apresentada por Anna Cândida da Cunha FERRAZ tem na interpretação constitucional (legislativa, judicial e administrativa), bem como nos usos e costumes constitucionais os meios mais comuns de mutação constitucional.[184]

BULOS, como dito, embora admitindo a dificuldade em precisar os mecanismos de atuação da mutação constitucional, aponta os seguintes: a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e, até mesmo, a influência dos grupos de pressão.[185]

A despeito da incerteza quanto às formas de manifestação do fenômeno - como se pode notar pela análise ainda que perfunctória das posições doutrinárias acima referidas - é possível afirmar que a doutrina constitucional tanto pátria

[182] DAU-LIN, Hsü. op. cit, p. 32-29.
[183] WHEARE, Karl. **Las Constituciones Modernas**. Barcelona: Labor, 1971, p. 77.
[184] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit., p. 13.
[185] BULOS, Uadi Lâmmego. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1997, p. 67.

como estrangeira, em uníssono, conferem especial primazia às mutações constitucionais implementadas pela via interpretativa.[186]

É isto, aliás, o que se lê na já citada Anna Cândida da Cunha FERRAZ: "Dentre os processos de mutação constitucional a doutrina aponta, de modo constante e uniforme, a interpretação constitucional."[187]

Acrescenta a referida autora:

> A interpretação constitucional representa importantíssimo instrumento ou meio de mutação constitucional [...] A Constituição não é como qualquer outra lei que, boa ou má, tendo deixado de corresponder às necessidades do momento, pode ser modificada sem grandes dificuldades. As classes sociais, os grupos de pressão, os interessados, sempre encontram veículo adequado para acolher suas reivindicações, a tempo e a hora. A reforma constitucional, contudo, configura problema mais complexo, particularmente se se considerar a matéria de natureza constitucional propriamente dita, isto é, aquela referente à organização do poder, atribuição de competências, e aos direitos individuais. Essa matéria constitucional não é facilmente identificada pelo povo. Há, mesmo, na maior parte dos Estados, um como que distanciamento do povo relativamente a essas questões. Somente as forças políticas, comprometidas com tendências determinadas, se interessam por elas. Assim as reformas constitucionais substanciais não se produzem, ainda que necessárias. E é exatamente com relação a essa matéria que a interpretação constitucional irá atuar com maior intensidade, no sentido de adaptar a norma à nova realidade social, política, econômica, etc.[188]

A atividade interpretativa proporciona dinamismo ao sistema normativo. Deixando incólume o texto da Constituição, confere a ele novos sentidos, significados e alcances outrora não concebidos ou idealizados, de modo a adaptá-lo às novas exigências sociais. A esse propósito traz-se à baila uma vez mais a lição de Anna Cândida da Cunha FERRAZ:

---

[186] Mesmo aqueles doutrinadores que resistem à noção das mutações constitucionais levadas a efeito pela via interpretativa acabam por aceitar, de um modo ou de outro, a capacidade modificadora da interpretação. Dentre eles destaca-se a posição de José Joaquim Gomes CANOTILHO: "A necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação das transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento dessas 'mutações constitucionais silenciosas' *('stileen Verfassungswandlungen')* é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1991, p. 237).
[187] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit., p. 55.
[188] Ibid., p. 59-60.

> Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da *mutação constitucional*. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional.[189]

Konrad HESSE aposta na interpretação constitucional para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição. Avalia que se o Direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar tais condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido *(Sinn)* da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.[190]

De se concluir, portanto, que a interpretação exerce uma tarefa que vai além do mero pressuposto de aplicação de uma norma jurídica. A interpretação assume, aqui, a relevante função de se tornar um fator de constante atualização e até mesmo renovação de toda a ordem jurídica. A interpretação possibilita a adaptação das normas jurídicas às mudanças ocorridas no seio da sociedade, à sua natural evolução, ou até mesmo ao surgimento de novos valores e ideologias.[191]

---

[189] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit., p. 56-57, destaque do original.

[190] HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135-136.

[191] BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. **A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais**. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (Org.). Interpretação Constitucional. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 157.

2.2.3. Importância da mutação constitucional: "emendismo" e sentimento constitucional

Traçadas as linhas gerais acerca dos tão necessários quanto salutares mecanismos de atualização do Texto Maior - e aqui nos referimos tanto aos meios formais como informais de modificação da Constituição -, resta investigar a respeito de sua incidência no âmbito constitucional brasileiro.

A nossa prática constitucional revela que boa parte - senão a esmagadora maioria - das alterações introduzidas na Constituição Cidadã opera-se por meio do recurso às reformas constitucionais. A previsão pelo texto constitucional de 1988 de procedimento rígido para a sua reforma, além de um extenso rol de limitações, como apontado outrora, não foram suficientes para impedir o excessivo número de emendas constitucionais no cenário nacional.

As numerosas emendas ao texto fundamental vigente[192], sem se olvidar, ademais, das seis reformas editadas durante o processo de revisão constitucional, revelam antes uma anomalia do que propriamente uma virtude de nosso sistema. Destinadas em boa parte à viabilização de reformas governamentais, muitas emendas foram responsáveis pela descaracterização do desenho original da atual Constituição brasileira.

Em estudo desenvolvido à época do aniversário de dez anos da Lei Fundamental de 1988, Clèmerson Merlin CLÈVE já chamava atenção para a problemática da reforma constitucional:

> Já são vinte emendas constitucionais, contando com a última da reforma previdenciária. São algumas outras emendas de revisão. Em dez anos, quase alcançamos o número de emendas constitucionais aprovadas na república norte-americana, em dois séculos de existência. Ou seja, vinte e seis emendas constitucionais no Brasil: vinte e sete emendas aprovadas, até agora, nos Estados Unidos.
> O mais grave, evidentemente, não é a aprovação de reformas constitucionais dessa natureza. Ora, uma lei fundamental é feita para permanecer e também para sofrer mudança. Justamente a tensão entre

[192] Até a finalização deste estudo, o texto constitucional pátrio já fora submetido a 93 (noventa e três) emendas constitucionais.

> mudança e permanência firma a qualidade e a estabilidade de uma Constituição.
> O que causa estranheza, lamentavelmente, é a banalização do discurso constitucional, com a promulgação de emendas constitucionais justificadas por um discurso fundado na lógica do terror: ou são aprovadas ou será o caos. O que causa estranheza, evidentemente, é a instrumentalização da Constituição normativa inventada para impor limites. Afinal, uma normativa superior incapaz de impor limites, certamente, não é uma Constituição.
> Percebemos, hoje, o desejo de instrumentalizar a Constituição exatamente para a efetivação de uma determinada política econômica por parte do Governo.
> O que causa estranheza, mais do que isso, é o que podemos chamar de fragmentação da Constituição. A narrativa constitucional passa a sofrer sucessivas quebras em sua identidade, na consistência de sua racionalidade. Tais emendas - muitas vezes vazadas em péssima redação porque decorrentes de instáveis soluções de compromisso - estão aí para vulnerar a constituição federal de 1988.[193]

Não destoa desse entendimento Maria GARCIA que pontuando também a elevada quantidade de emendas ao Texto Maior pátrio promulgadas em tão breve tempo de sua vigência, esclarece que elas "têm apresentado, invariavelmente, conteúdo conflitivo com a norma fundamental e com o espírito da Constituição".[194]

Luís Roberto BARROSO, a seu turno, atesta que o número espantoso de emendas à nossa Constituição, um recorde mundial, "compromete a vocação de permanência do texto constitucional e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política".[195]

Não bastasse, a frequência com que se reforma o texto fundamental - sem contar o curto intervalo entre uma e outra modificação - contribui sobremaneira para o desprestígio e o enfraquecimento da força normativa da Constituição de 1998.

Como anotado por HESSE:

---

[193] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Problema da Legitimação do Poder Judiciário e das Decisões Judiciais no Estado Democrático de Direito**. In: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação: Konrad-Adenauer Stiftung, 1999, p. 208-209.
[194] GARCIA, Maria. **A Constituição Desconstituída: as emendas e o cânone constitucional.** In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. ano 8. n. 33. out./dez. São Paulo: RT, 2000, p. 79.
[195] BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélia del. (Coord.).Neoconstitucionalismo em Perspectiva. Viçosa: UFV, 2014, p. 29.

> Perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.[196]

As disfuncionais emendas constitucionais, ademais, são responsáveis por infligir significativo abalo ao sentimento constitucional. O contínuo movimento de alterações formais impede a formação de uma consciência constitucional no seio social à medida que debilita a confiança dos cidadãos em relação ao Texto Maior. O excesso de reforma, em última análise, colabora para a sensação de desimportância da Constituição.

Consoante a constatação de LOEWENSTEIN é inevitável a interconexão que se estabelece entre a reforma constitucional e o sentimento constitucional. Explicita o autor que toda reforma, mesmo que de natureza estritamente técnica e sem afetar em absoluto os interesses do povo, acaba por desprestigiar o sentimento que uma nação cultiva em relação ao texto fundamental.[197]

Na esteira da observação de Daniel SARMENTO:

> A cada alteração social significativa, ou a cada mudança no equilíbrio das forças políticas, novas emendas constitucionais são editadas, numa média, até agora, de mais de três por ano. A Constituição, que deveria encarnar a estabilidade da ordem jurídica, torna-se muito mais instável do que os códigos editados pelo legislador ordinário, o que compromete a sua capacidade de deitar raízes mais profundas nos corações e mentes dos cidadãos.[198]

Outrossim, as constantes modificações formais da Lei Maior representam, indubitavelmente, afronta ao princípio da segurança jurídica. Há que se ter em

---

[196] HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135.
[197] LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 200.
[198] SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 187.

mente que a norma constitucional representa o fundamento de validade do ordenamento jurídico, de modo que qualquer alteração em seu texto influencia diretamente todas as outras normas jurídicas.[199]

Cabe consignar neste ponto que, consoante restou delineado ao longo deste capítulo, somos partidários da tese que apregoa a similitude entre os efeitos jurídicos produzidos pelas mutações e pelas reformas constitucionais. Vale frisar que, respeitadas as nuances de cada instituto, tanto um como o outro respondem à mesma exigência do sistema constitucional, qual seja, proporcionar às normas constitucionais o acompanhamento da evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômicas.

A despeito da complementariedade constatada entre as duas formas por meio da qual a Constituição é modificada, a caótica situação proporcionada pelo processo de reforma formal e também a aferição de que, em muitos momentos, a modificação do texto da Constituição de 1988 respondeu muito mais a questões de governabilidade do que a reivindicações sociais, para nós, tais fatores acabam por se tornarem substrato favorável ao desenvolvimento das mutações constitucionais como mecanismos adequados - e privilegiados - para a adaptação do texto constitucional vigente à dinâmica fático-concreta por ele regulada, garantindo a sua relevância no mundo hodierno.

Nesse particular, Inocêncio Mártires COELHO preleciona que:

> As controvertidas mutações constitucionais poderão ser assimiladas como saudáveis procedimentos que regeneram o texto constitucional, e, por essa maneira, tornam dispensáveis as sempre desgastantes revisões formais, que abalam o prestígio e a força normativa da Constituição.[200]

É de se atentar, ademais, que as mutações constitucionais, na trilha de Cármen Lúcia Antunes ROCHA, são capazes de garantir que a modificação pela qual tenha de passar a Constituição faça-se serena e racionalmente,

---

[199] BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. op. cit., p. 163.
[200] COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27.

parcimoniosa e refletidamente, a fim de que ao invés de aperfeiçoar não se venha por comprometer toda a construção constitucional, ou mesmo a estabilidade do Estado.[201]

Aliás, sem quaisquer margens para dúvidas, a continuidade da ordem constitucional pela via informal de mudança mostra-se mais condizente com os ideais democráticos do pluralismo político que norteiam o Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal de 1988).

É de se frisar, com Celso Ribeiro BASTOS e Samantha MEYER-PFLUG, que o meio interpretativo permite que a Constituição permaneça viva, "mesmo que a realidade fática em que se baseou tenha sido alterada, sem que haja a necessidade de constantes alterações por meio de emendas constitucionais, que são mais lentas e menos democráticas que a via interpretativa".[202]

Explicam citados autores que o caráter democrático das mudanças informais operacionalizadas por meio da interpretação advém da constatação delineada por Peter HÄBERLE de que todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão envolvidas na interpretação da Constituição, "ou seja, não é apenas uma minoria, representante da sociedade, que irá deliberar sobre a mutação do texto constitucional, mas sim uma grande parcela da população".[203]

Situação diversa ocorre com os processos de reforma constitucional: "Não obstante a competência exclusivamente diferida pelo art. 49, XI, o Congresso Nacional, em nosso País, não tem autorizado referendo ou convocado plebiscito para emendas constitucionais"[204], refere Marcia GARCIA. A autora defende firmemente os citados institutos de consulta popular como forma de legitimação democrática da via formal de alteração da Constituição.

---

[201] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Mudança Constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília. n. 120. ano 30. out./dez., 1993, p. 164.
[202] BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. op. cit., p.163.
[203] Id.
[204] GARCIA, Maria. op. cit., p. 86.

Malgrado as benesses decorrentes da adoção das mutações constitucionais, no lugar dos mecanismos de alteração formal da Constituição, é preciso advertir que acaso os processos oblíquos não sejam adequadamente implementados eles podem gerar distorções, produzindo resultados conflitantes com o sistema constitucional, tais como aqueles advindos das reformas expressas da Lei Maior, acima explorados.

A fluidez característica das mudanças informais da Constituição e a ausência de parâmetros hermenêuticos bem delimitados terminam por contribuir, algumas vezes, para a deturpação da própria concepção das mutações constitucionais. Exsurge indispensável, por conseguinte, que nos dediquemos à questão.

Assinala-se que o enfoque conferido à investigação repousará nas mutações constitucionais operacionalizadas via interpretação. Como identificado algumas linhas supra, a interpretação é o veículo imediato de realização dos mecanismos indiretos de mudança da Constituição.

Aliás, ainda que nem toda interpretação da Constituição implique na mutação da mesma, a toda evidência, todo processo informal de mudança constitucional pressupõe certa interpretação. Interpretação e mutação constitucional são incindíveis, de modo que a problemática da segunda encontra solução nos limites da primeira. Esse é o mote do capítulo subsequente.

CAPÍTULO 3. INTERPRETAÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1. A "Constituição viva"

Como nos recorda LOEWENSTEIN, a Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma, e, por isso, está submetida à dinâmica da realidade, que jamais pode ser captada por meio de fórmulas fixas. Cada Constituição quando nasce integra apenas o *status quo* existente no momento de seu nascimento, não podendo prever todo o futuro. Na melhor das hipóteses, pode tentar levar em conta necessidades futuras, por intermédio de disposições e mecanismos cuidadosamente colocados.[205]

Daí a opção da grande maioria das Constituições contemporâneas por incorporar um relevante número de valores e princípios, bem assim de conceitos jurídicos indeterminados. A vagueza estrutural da linguagem constitucional - que abrange termos polissêmicos, sintéticos e abstratos - aliada à baixa densidade normativa de muitos dispositivos constitucionais, aí inseridas as normas programáticas, por exemplo, são fatores que permitem que as normas constitucionais permaneçam abertas ao tempo.

Enquanto norma dinâmica, a Lei Fundamental deve se apresentar incompleta e inacabada precisamente para que possa acompanhar as transformações sócio-políticas, consagrando a atualização e a renovação constante da ordem constitucional. Caso contrário, como salientado alhures, o texto constitucional converter-se-ia num documento sem valor em virtude de sua ineficácia.

Na esteira da observação de André Ramos TAVARES, a positivação parcial da norma constitucional, em razão da abertura de seu conteúdo, permite a "complementação por parte do intérprete, que, nessa medida, aproveitará a força

[205] LOEWENSTEI, Karl. op. cit., p. 164.

normativa do Direito". É de se frisar, com o citado autor, que "a abertura permite a evolução do Direito Constitucional por meio da interpretação".[206]

Ou, como anuncia Peter HÄBERLE, a Constituição de um Estado Democrático é uma obra aberta de caráter necessariamente falível e, portanto, sujeita a revisão. Não é um documento histórico morto, mas um projeto de sociedade justa que assinala o horizonte de expectativas de uma comunidade política e que deve ser adaptado aos câmbios sociais pelas mais diversas leituras de seus cidadãos, os quais superando o papel de meros destinatários, conformam a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais.[207]

De tudo o que foi dito, e levando em conta ainda o estudado no capítulo antecedente, é possível afirmar que a singularidade dos preceitos constitucionais, em específico dos valores neles abrigados, abre caminho para a informal mutação normativa por via da interpretação, que transpõe os rigorosos cânones da reforma formal.

Diante da reconhecida abertura das normas constitucionais, Flávia PIOVESAN afirma:

> A Constituição, ao deixar conscientemente por regular certas tarefas (incompletude material), ao optar por uma técnica legislativa de normas abertas, princípios e cláusulas (estrutura aberta de normas constitucionais) e ao aceitar a mudança ou mutação constitucional como fenômeno inerente à própria historicidade da vida constitucional (abertura ao tempo), converte-se em instrumento democrático, possibilitador de confrontações e decisões políticas.[208]

A atividade interpretativa permite a adaptação semântica das proposições linguísticas contidas no texto constitucional, restringindo ou ampliando o significado da norma, sem que isso importe em modificação textual. Dessa forma, buscando a permanência e a manutenção da Lei Fundamental, a interpretação

---

[206] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107.
[207] HÄBERLE, Peter. op. cit., p. 156.
[208] PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

proporciona aos preceitos jurídico-constitucionais a incorporação de conteúdo distinto daquele em que originalmente concebidos.

É isto, aliás, que prega a doutrina da *living Constitution*, desenvolvida nos Estados Unidos e vinculada à abordagem não interpretativista da Constituição. De acordo com a lição de Néstor Pedro SAGÜÉS, os seus partidários postulam a independência da atual comunidade do texto original e também das intenções do constituinte histórico. Tratam a interpretação da Constituição como maneira de elaborar respostas jurídicas constitucionais conforme as necessidades do presente e as valorações e crenças da sociedade atual.[209]

Sugestiva, nesse sentido, a capa do livro *The Living Constitution* de David STRAUSS. Nela podemos notar a ilustração de uma árvore, quiçá mágica, que tem suas raízes incrustadas no pergaminho da Constituição dos Estados Unidos e sobre o qual cresce a árvore em si, com suas longas ramificações.

A perspicaz imagem ali apresentada bem reflete o posicionamento do mencionado autor, com o qual compactuamos e concordamos, para o propósito aqui estabelecido, de que a Constituição real, retratada pela árvore, está sempre em desenvolvimento, de modo que acaba por transcender o próprio texto constitucional escrito, representado pela folha de papel.

Segundo STRAUSS, a Constituição é algo orgânico que evolui para comportar dentro de seus limites as mudanças operadas na sociedade. Dita evolução ocorre primordialmente por meio da *common law* desenvolvida nos precedentes e na tradição.[210]

---

[209] SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Reflexiones sobre la Constitución Viviente *(Living Constitution*).** In. Díkaion Revista de Actualidad Jurídica. año 17. n. 12. 2003, p. 7. Disponível em www.dialnet.unirioja.es/ejemplar/142442. Acesso em 23 de setembro de 2016.
[210] STRAUSS, David A. op. cit., p. 6.

3.2. Nova hermenêutica constitucional

Cumpre ter presente que muito concorre para a consagração da "Constituição viva". A opção do intérprete no sentido de conciliar a tensão entre a norma constitucional e a situação histórica do presente, de modo a garantir a operatividade da Constituição, preservando, contudo, o texto normativo de desgastantes alterações formais, exige por sua parte esforço adaptativo, criativo e integrativo que, a toda evidência, já não se coaduna com os tradicionais esquemas interpretativos transmitidos pelo positivismo jurídico.

Eis que o rigorismo lógico-formal inerente ao modelo de interpretação característico da doutrina positivista apresenta dificuldades em lidar com a atual sistemática constitucional. Tal constatação deve-se a um motivo muito simples, assegura Lênio Luiz STRECK: "a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático"[211]

No contexto de uma Constituição rematerializada, conformada por princípios, valores, direitos fundamentais e diretrizes de denso conteúdo normativo - uma Constituição onipresente, que se pretende vinculante e eficaz em todas as áreas jurídicas, inclusive nas relações horizontais de direito privado -, a tarefa de aplicação da lei supõe um esforço de interpretação e argumentação especialmente refinados.[212]

Logo, as operações silogísticas formais de aplicação do Direito, de cariz positivista, são desprestigiadas frente ao modelo de produção normativa delineado pelas Constituições compromissárias e sociais, exsurgentes no século passado, das quais é exemplo a Constituição Federal de 1988.

---

[211] STRECK, Lênio Luiz. **Aplicar a "Letra da Lei" é uma Atitude Positivista?** In: Revista NEJ Eletrônica. vol. 15. n. 1. jan./abr., 2010, p. 170. Disponível em www.univali.br/periódicos. Acesso em 17 de maio de 2016.

[212] MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). Neoconstitucionalismo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 20.

Sinaliza essa circunstância, Luis Pietro SANCHÍS ao constatar a dificuldade em encontrar acomodação para os valores e princípios nos esquemas tradicionais mais ou menos herdados do positivismo. As mais genuínas normas constitucionais carecem com frequência de determinação fática ou determinação jurídica, quando não ambas.[213]

Outrossim, a compreensão reducionista ou unilinear do fenômeno jurídico que privilegia as regras, a positividade e as formas, afastando-o de suas dimensões sociais e valorativas, comprova a inadequação da metodologia positivista para a concretização dos preceitos constitucionais.

Portanto, com apoio em BONAVIDES, podemos afirmar que a moderna interpretação da Constituição brota do estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal:

> O liberalismo constitucional professava [...] o culto da legalidade, da Constituição sacrossanta, intangível tanto quanto possível. O intérprete profanaria o caráter legítimo de sua função, se buscasse o direito constitucional fora da norma positiva, dos textos, dos componentes jurídicos que traduzem e explicam toda a Constituição. [...] Interpretar a Constituição se constituía uma tarefa eminentemente jurídica, feita com a Ciência do Direito e não com a Sociologia Jurídica, com uma disciplina técnica - a Hermenêutica Jurídica - e não com um instrumento polêmico - a Ciência Política. [...] O positivismo lógico-formal, em razão de conhecer tão-somente a norma, e não a norma somada com a realidade, como aconteceu com o positivismo sociológico posterior, ignorava na melhor tradição liberal a tensão entre a Constituição e a realidade constitucional.[214]

É imperativo que se compreenda que o Direito - no presente momento histórico - não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é promovedor, como era na fase conhecida por “Direito do Estado Social”. Na verdade, o Direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo/qualitativo em relação às fases anteriores, porque agora é um auxiliar no processo de transformação da realidade.[215]

---

[213] SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y Positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999, p.33.
[214] BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 476.
[215] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o Problema da Discricionariedade dos Juízes”**. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, Curitiba, n. 1. 2009, p. 6. Disponível em www.anima-

Desponta então a necessidade de uma nova hermenêutica constitucional que, de um lado, seja menos mecânica e formalista e, de outro, seja mais direcionada para a realidade social. A nova hermenêutica deve volver-se a concretizar a norma constitucional, projetando-se para melhor responder as demandas de uma sociedade plural e complexa, pois não perde de vista a realidade na qual está inserida.[216]

Noutras palavras, sob o enfoque atualizado das múltiplas questões fáticas que cercam a esfera jurídica-constitucional, o intérprete constitucional assume postura ativa diferenciada, outorgando sentido e conteúdo às normas constitucionais a partir de parâmetros e valores sociais, políticos, filosóficos, econômicos e morais.

O labor interpretativo constitucional, nesses termos, não se direciona a reproduzir, descobrir ou revelar o sentido contido no enunciado normativo e tampouco a intenção do constituinte primevo. Vem daí a desimportância dos métodos de interpretação objetivistas e subjetivistas, nos moldes propostos pela tradição positivista exegética.

Anota Paulo BONAVIDES que a hermenêutica esposada pelas teorias tradicionais sempre esteve direcionada ao reconhecimento da vontade contida em toda norma jurídica. Tocaria ao intérprete tão somente a tarefa intelectiva de revelar tal vontade, eixo dessas teorias. Tanto poderia ser a vontade da norma como a vontade subjetiva do legislador.[217]

Na teoria geral do direito - continua aludido autor -, o campo se reparte, pois, entre subjetivistas e objetivistas, empenhados ambos em resolver aquilo que se lhes afigura o problema capital da interpretação: “o de saber se deve prevalecer na operação interpretativa a vontade do legislador histórico ou a

---

opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em 25 de junho de 2016.

[216] EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e Alguns Elementos das Percepções Contemporâneas da Hermenêutica Constitucional**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). Neoconstitucionalismo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 660.

[217] BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 464.

vontade objetiva e autônoma da lei, a saber, o seu texto, as palavras objetivadas ou convertidas em 'vontade', de que já se fez menção".[218]

Sublinhando a inadequação das diretrizes interpretativas volvidas ora a resgatar a vontade do legislador ora a desvelar a vontade da lei neste momento do Direito Constitucional, pondera com propriedade HESSE:

> O objetivo da interpretação pode só limitadamente estar na averiguação de uma "vontade" objetiva ou subjetiva determinada na Constituição. Prescindindo totalmente da duvidosidade das bases dessa tese - ela assenta ao fim e ao cabo, sobre o dogma da vontade no direito, formado na Ciência das Pandectas do século XIX e assumido pela Ciência do Direito Estatal daquele tempo, que sozinho não mais possibilita uma compreensão apropriada da Constituição moderna - um tal ponto de partida significa nada mais que um encobrimento da situação de fato real. Considerar a averiguação da vontade objetiva determinada da Constituição ou da vontade subjetiva do constituinte como "objetivo" da interpretação significa, pois, querer assimilar algo que não é preexistente realmente e, com isso, desacertar a problemática da interpretação constitucional já no início.[219]

De igual modo, CANOTILHO ao delinear o objetivo da interpretação defende que não se trata de procurar a "vontade do legislador constituinte ou da lei constitucional", mas sim de perquirir "como concretizar a Constituição nos casos em que esta não estabelece diretivas inequívocas, antes se limitando a fixação de pontos de partida, indeterminados e incompletos".[220]

Não resta dúvida, por conseguinte, de que o intérprete deixa de exercer apenas a função de conhecimento técnico, orientada para proceder à subsunção da lei ao caso, desvelando a proposta imitida no texto. O operador - sobretudo o juiz - torna-se co-participante do processo de criação do Direito, complementa o trabalho do legislador, tanto ao estabelecer valorações de sentido para os conceitos indeterminados e cláusulas abertas como ao realizar escolhas entre decisões cabíveis.[221]

---

[218] Id.
[219] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 56-57.
[220] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1991, p. 220-221.
[221] EMERIQUE, Lilian Balmant. op. cit., p. 652.

Não se deve perder de vista, ademais, que “as palavras da lei são constituídas de vaguezas, ambiguidades, enfim, de incertezas significativas”. São plurívocas, de modo que “não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante originário de um texto jurídico”.[222]

Por oportuno, Luís Roberto BARROSO e Ana Paula BARCELLOS evidenciam que a grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: “não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral - e as normas constitucionais em particular - tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem”.[223]

Por decorrência lógica, também se mostra inadequado o entendimento de que ao intérprete caberia apenas a atividade de mera revelação do conteúdo preexistente nas normas, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua criação. A nova interpretação constitucional - indicam os apontados autores - 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. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se destinam diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.[224]

---

[222] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p. 228.

[223] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: Revista da EMERJ. v. 6. n. 23. 2003, p. 28. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em 07 de agosto de 2016.

[224] Id.

3.3. A vagueza estrutural da linguagem e a discricionariedade do intérprete

Como restou claro, a própria sistemática constitucional formada por normas com alto grau de abstratividade, generalidade e imprecisão pressupõe um intérprete criador do Direito. Na busca de significado para os preceitos constitucionais revela-se a importância de ampla liberdade de conformação do aplicador do Direito.

De valia mencionar, a esse propósito, os apontamentos de Celso Ribeiro BASTOS e Samantha MEYER-PFLUG:

> Pode-se afirmar que a constituição supôs, em alguns momentos, um juiz intérprete e até mesmo criador do direito, posto que existem alguns preceitos constitucionais que levam o juiz a exercer esta função. O texto constitucional tem como traço fundamental o conter preceitos indeterminados, polissêmicos, sintéticos e abstratos - o que acaba por ampliar a atividade do intérprete, na exata medida em que as normas necessitam ter seu conteúdo delimitado.[225]

Tudo isso, por um lado, habilita o exegeta a trabalhar com as normas inseridas nas peculiaridades e circunstâncias casuísticas variáveis; mas, por outro, muito contribui para a perspectiva da discricionariedade decisória na atividade do intérprete.

Diante da constatação de que o texto constitucional é composto por palavras vagas, abstratas e ambíguas, enfim, que é relativamente indeterminado, parcela considerável da doutrina e da jurisprudência do Direito Constitucional delega ao intérprete-aplicador, com absoluta e irrestrita liberdade, o "preenchimento" semântico, que melhor lhe aprouver.

É como se o instrumental à disposição do operador do Direito, neste período do Direito Constitucional, o autorizasse a criar ou atribuir subjetivamente significados aos preceitos constitucionais. A compreensão e a construção de

---

[225] BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. op. cit., p. 156-157.

sentidos voltados à norma constitucional nesses termos encontra esteio apenas na razão prática solipsista do intérprete.

Pensar assim, contudo, é apostar na discricionariedade positivista para solucionar o "problema" da abertura semântica das normas constitucionais. Dita aposta é legado direto das abordagens interpretativas presentes nas reflexões dos positivistas-normativistas Hans KELSEN e Herbert L. A. HART (para mencionar apenas estes).

Malgrado inadequadas ao quadrante do presente momento constitucional, as atitudes interpretativas nos moldes propostos pelos aludidos autores ainda influenciam sobremaneira a práxis jurídico-constitucional, em especial a nacional. Exsurge assim relevante a análise ainda que perfunctória das propostas interpretativas dos autores em apreço para identificar (e, então, desconstruir nas linhas que se seguem) os embaraços que elas impõem à construção do sentido democrático da norma constitucional.

Iniciemos o estudo pela teoria da interpretação apresentada por KELSEN. Em sua perspectiva, a indeterminação relativa da norma jurídica decorre da estrutura escalonada do sistema jurídico. A norma superior determina o processo de criação e ainda delimita o conteúdo da norma inferior, ao menos até certa extensão. Isso porque a norma superior apenas indica a moldura semântica dentro da qual a norma inferior deverá se estabelecer.[226]

A norma superior não pode vincular em todos os aspectos o ato mediante o qual ela se aplica. É desejável que sempre remanesça um espaço - algumas vezes mais amplo, outras vezes mais estreito - para a apreciação ou avaliação do aplicador do Direito. KELSEN ilustra seu raciocínio com o seguinte exemplo:

> Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.[227]

[226] KELSEN, Hans, **Teoria pura do Direito**. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 245-246.
[227] Ibid., p. 246.

O autor concebe como inerente a todas as normas jurídicas um elemento de incerteza inevitável, seja ele proposital (estabelecido em atenção à vontade do órgão criador da norma), seja ele involuntário (determinado pelas propriedades da norma a ser aplicada).[228]

Dada a incompletude parcial do conteúdo da norma inferior, a concretização de uma das variadas possibilidades contidas no interior da moldura - também referida como quadro - depende necessariamente da atividade interpretativa do aplicador do Direito. Daí ter dito KELSEN que a criação da lei, enquanto processo que se direciona de uma norma superior a uma norma inferior, é guiada pela operação mental da interpretação jurídica.[229]

Procurando estabelecer parâmetros para a interpretação do Direito, o autor pontua que o objetivo da Ciência Jurídica é identificar a moldura semântica, a qual circunscreverá o ato subjetivo de decisão do órgão encarregado de aplicar a norma.

De tal modo, a tarefa interpretativa levada a cabo pela doutrina, vale dizer, a fixação dos possíveis significados contidos no texto da norma, caracteriza ato cognitivo, já que não cabe a ela atribuir preferência a qualquer um deles. O órgão aplicador do Direito, por sua vez, partindo da moldura tem liberdade na determinação do significado da norma. E assim procede por meio de ato puramente volitivo.

KELSEN considera não científico tentar estabelecer legalmente uma aplicação correta de forma a excluir outras: “não há absolutamente qualquer método - capaz de ser classificado como de Direito positivo - segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’.”[230]

---

[228] Ibid., p. 246-247.
[229] Ibid., p. 245.
[230] Ibid., p. 248.

Fiel ao princípio metodológico fundamental da pureza[231], o autor relega ao plano da Política do Direito, da Sociologia Jurídica ou da Psicologia as razões que levam à seleção do aplicador do Direito. Afinal, a interpretação como ato de vontade não deve ser controlada pela Ciência Jurídica:

> A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.[232]

Em decorrência, a sugerir um paradoxo, o órgão aplicador do Direito pode decidir, inclusive, de acordo com uma possibilidade não contida dentro da moldura, inovando-a:

> A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas, como também se pode produzir uma norma que se situe fora da moldura que a norma a aplicar representa. [...] Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo - especialmente pelos tribunais de última instância.[233]

Melhor explicando, a única limitação estabelecida por KELSEN ao órgão competente para aplicar a norma - o quadro normativo - nem mesmo pode ser considerada como baliza ao ato subjetivo de decisão, porquanto, embora não fosse desejável, o autor admite como válida também a decisão fora da moldura.

É bem de ver que a atividade interpretativa nos moldes propostos pelo autor torna de difícil aferição a racionalidade da decisão, já que vinculada essencialmente ao ato de vontade discricionário do aplicador do Direito, que é livre para decidir por uma das várias alternativas possíveis oferecidas pela

---

[231] Vide Capítulo 1.
[232] Ibid., p. 249.
[233] Ibid., p. 250.

moldura semântica ou até mesmo por uma possibilidade não contida nesse quadro.

HART, a seu turno, prossegue na linha do pensamento kelseniano. Rejeita o dogma da completude da ordem jurídica e, em seu lugar, propõe a tese da relativa indeterminação da norma jurídica, circunstâncias que conduzem à mesma conclusão perfilhada por KELSEN, vale frisar, a discricionariedade por parte do intérprete é incontrolável; entretanto, serão outras as suas razões.

Diversamente do que apregoa KELSEN, HART não atribui a moderada indeterminação da legislação à estrutura hierárquica do sistema jurídico; mas sim à estrutura interna do Direito, caracterizada pela textura aberta da linguagem em geral. Propõe que certo grau de indeterminação da norma jurídica é inevitável, uma vez que "a linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa pode guiar apenas de um modo incerto, tal como ocorre com um exemplo de autoridade".[234]

Por ocasião da aplicação de regras jurídicas gerais, em casos particulares concretos, podem surgir incertezas quanto à forma de conduta exigida por elas:

> Situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação. Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer.[235]

Distingue o autor então entre as situações em que a linguagem apresenta um núcleo de certeza, em que inseridos os significados gerais e claros "('Se existir algo qualificável como um veículo, um automóvel é-o certamente')", daquelas nas quais, a depender da situação apresentada, se observa uma zona

---

[234] HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 140.
[235] Ibid., p. 139

de penumbra, em que se manifesta a abertura normativa "('A expressão 'veículo' usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?')"[236]:

> Todas as regras envolvem o reconhecimento ou a classificação de casos particulares como exemplos de termos gerais e, considerando tudo aquilo que nós aceitamos chamar uma regra, é possível distinguir casos centrais nítidos em que se aplica certamente e outros em que há razões, tanto para afirmar, como para negar que se aplique. Nada pode eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida, quando nos empenhamos em colocar situações concretas sob as regras gerais. Tal atribui a todas as regras uma orla de imprecisão, ou "textura aberta".[237]

A textura aberta do Direito transfere para o intérprete (o juiz) a inevitável escolha discricionária da hipótese que melhor se afigure ao caso em análise. A regra proibitiva da entrada de veículos num parque público serve para aclarar o ponto de vista de HART. Não há dúvidas de que a proibição abrange o trânsito de automóveis, autocarros e motociclos. O mesmo, contudo, não pode ser dito no que concerne à circulação de um carrinho de brinquedo, por exemplo.

Constituindo a dúvida no particular, a solução pode ser encontrada por meio da aproximação analógica aos casos de fácil aplicação da regra:

> Confrontada com a questão sobre se a regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a certa combinação de circunstâncias em que surge indeterminada, tudo o que a pessoa chamada a responder-lhe poder fazer é considerar (como o faz aquele que recorre a um precedente) se o caso presente se assemelha "suficientemente" ao caso simples em aspectos "relevantes". O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional.[238]

Logo, nos casos marginais, isto é, nos casos não-claros não há decisões certas ou respostas corretas, conclui o autor: "Quando surge o caso não contemplado, confrontamos as soluções em jogo e podemos resolver a questão

---

[236] Id.
[237] Ibid., p. 134.
[238] Ibid., p. 140.

através da escolha entre os interesses concorrentes, pela forma que melhor nos satisfaz."[239]

Muito embora os cânones da interpretação atenuem as incertezas abrangidas pela zona de penumbra, HART entende que em um sem número de casos tais regras não servirão de esteio ao aplicador da norma, que mesmo assim terá de tomar uma decisão.[240]

A bem da verdade, o autor entrevê na textura aberta da linguagem não apenas um fato da vida jurídica, mas também um ideal a ser preservado. HART sustenta a inviabilidade da previsão de normatividade tão detalhada que a possibilidade de sua aplicação na realidade fática sempre fosse predeterminada.

Tendo em vista que as circunstâncias casuísticas demandam a flexibilidade na aplicação das normas jurídicas, o autor privilegia a criação judicial ao menos nos casos limítrofes. Entretanto, a doutrina hartiana, de forma análoga à kelseniana, falha em lidar com a racionalidade da interpretação e da adjudicação, já que, como dito, atribui a escolha das pluralidades significativas inseridas na penumbra de incerteza ao âmbito discricionário do intérprete.

Face ao exposto, é possível extrair a convicção de que tanto KELSEN como HART, cada qual a sua maneira, admitem a diversidade de interpretação da norma jurídica, em atenção à moderada indeterminação da norma jurídica. A proposta de interpretação delineada nesses termos, sem dúvida, representa avanço ao apregoado pela vertente exegética ou primitiva do positivismo jurídico que, como já examinado, atrelou o ato interpretativo à noção do sentido prévio e unívoco de toda norma jurídica decorrente da aplicação do binômio hermenêutico objetivista/subjetivista.

Nada obstante, a consciente opção dos autores em excluir do campo jurídico as investigações sobre a livre valoração por parte do exegeta de uma das

[239] Ibid., p. 142.
[240] Ibid., p. 139.

possíveis significações da norma rende a teoria da interpretação de ambos a pecha de decisionista.

3.4. A interpretação no paradigma da intersubjetividade

Em pleno contexto do Estado Democrático de Direito, a dificuldade (e não a impossibilidade, já se adianta) em extrair dos enunciados normativos constitucionais uma solução-decisão concreta não autoriza que se afirme indistintamente a multiplicidade de interpretações.

A relação entre a baixa densidade normativa de muitos dispositivos constitucionais e a possibilidade de resultados interpretativos os mais diversos não deve significar ausência na racionalidade da interpretação e tampouco delegação em favor de decisionismos do intérprete.

Como salienta Lênio STRECK, no cenário do Estado Democrático de Direito, a interpretação do Direito já não se compatibiliza "com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos".[241]

A perspectiva positivista da tarefa hermenêutica como ato de vontade do intérprete que, por conseguinte, o autoriza a decidir livremente por uma ou por outra contingência interpretativa responde a paradigmas de pensamento que, muito embora velhos, se mostram presentes no imaginário de grande parte dos juristas da atualidade.

Reportamo-nos à estrutura da compreensão difundida no século XIX, assim como ao modelo objetivista/representacional da linguagem. Assentada no

---

[241] STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 277.

paradigma da filosofia da consciência, a teoria do conhecimento novecentista radica a experiência hermenêutica no subjetivismo do homem que, por intermédio da linguagem, busca conhecer a lógica das coisas que se dão no mundo.

A visão de mundo do sujeito cognoscente é permeada pela dicotomia entre a realidade e a representação linguística dessa mesma realidade, de tal sorte que não há conhecimento independente da intermediação da linguagem. A linguagem é vista como instrumento que viabiliza o conhecimento dos fenômenos (dentre eles, por óbvio, o fenômeno jurídico a que nos interessa) que cercam o ser humano. A linguagem é tida exclusivamente como representação de fatos e coisas que têm existência fora dela.

No dizer de Cristina LAFONT: "O desenvolvimento pleno da linguagem, assim, é reduzido a sua função designativa, de modo que a linguagem se torna uma ferramenta entremundos 'representando' objetos que existem independentemente dela."[242]

Nesse formato de percepção, as condições da interpretação são estabelecidas a partir da exclusiva apropriação intelectiva do homem, sendo que o modo prático de ser no mundo pouco ou sequer interfere na construção do significado do objeto. Respaldado exclusivamente em sua própria consciência - assujeitadora -, o sujeito cognoscente é ser absoluto e autônomo na percepção/descrição dos objetos.

O acesso ao conhecimento do plano normativo, nessas circunstâncias, salienta o desequilíbrio entre a orientação normativa, essencialmente estática, e a situação fática, altamente cambiante. A determinação da experiência jurídica conduzida apenas pela consciência do jurista impossibilita a realização concreta do Direito. Afinal, o caráter de abstração ou de a-historicidade da compreensão se erige em obstáculo à adequada determinação do sentido da norma jurídica aos anseios sociais.

---

[242] LAFONT, Cristina. **The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy.** Trad. José Medina. Cambridge: MIT Press, 2002, p. 6. "The full workings of language are thereby reduced to its designating function, such that language becomes an intraworldly tool for ''representing'' objects that exist independently of it."

A partir da viragem linguística[243] empreendida por Ludwig WITTGENSTEIN, já na segunda metade do século XX, a linguagem invade o pensamento filosófico e proporciona a libertação do conhecimento das amarras metafísicas da razão tais como delineadas pela filosofia da consciência.

O mesmo se diga do giro hermenêutico-ontológico engendrado pelo advento da teoria hermenêutica da facticidade desenvolvida, num primeiro momento, por Martin HEIDEGGER (hermenêutica ontológica) e, logo depois, pelo seu discípulo Hans-Georg GADAMER (hermenêutica filosófica). Delineadas sobre as bases da ontologia da linguagem, as propostas de HEIDEGGER e de GADAMER situam a compreensão na estrutura universal do ser.

A respeito, convém registrar os ensinamentos de STRECK:

> Esse *déficit* de realidade produzido pelas posturas jusfilosóficas ainda prisioneiras do esquema sujeito-objeto será preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêutico-ontológicas, que deixam de hipostasiar o método e o procedimento, colocando o *locus* da compreensão no modo-de-ser e na faticidade (mundo prático), bem na linha da viragem ocorrida a partir de Wittgenstein e Heidegger.[244]

Assim, a perspectiva da filosofia da consciência, permeada pela relação sujeito/objeto, abre espaço para o reconhecimento do papel constitutivo da linguagem na nossa relação com o mundo. A compreensão constrói-se nas bases da linguagem, não mais pelo seu intermédio, mas pela sua totalidade.

A compreensão é despojada da subjetividade transcendental da consciência humana e alocada no interior da prática intersubjetiva. O conhecimento e a atribuição de sentidos saltam do individualismo do sujeito que constrói o seu próprio objeto de conhecimento para um indivíduo integrado ao

---

[243] Uma análise mais detida sobre a questão da viragem linguística pode ser encontrada em STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1993.

[244] STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, **Neoconstitucionalismo e "o Problema da Discricionariedade dos Juízes"**. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, Curitiba, nº 1, 2009, p. 5. Disponível em www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em 25 de junho de 2015.

diálogo com o outro. “Não há mais um ‘sujeito solitário’; agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito”.[245]

Sobre a centralidade da linguagem no domínio filosófico contemporâneo, escreve Jürgen HABERMAS:

> A linguagem e a realidade interpenetram-se de uma maneira indissolúvel para nós. Cada experiência está lingüisticamente impregnada, de modo que é impossível um acesso à realidade não filtrado pela linguagem. Esta descoberta constitui um forte motivo para atribuir às condições intersubjetivas de interpretação e entendimento mútuo lingüísticos o papel transcendental que Kant reservara para as condições subjetivas necessárias da experiência objetiva. No lugar da subjetividade transcendental da consciência entra a intersubjetividade destranscendentalizada do mundo da vida.[246]

Enfim, a virada linguística lança um novo olhar sobre o intricado processo de significação. É responsável por inaugurar uma filosofia que procura solucionar os problemas do conhecimento por meio da investigação crítica da própria linguagem, desvelando a racionalidade da compreensão.

3.4.1. O compreender em Hans-Georg GADAMER: contrapartida à subjetividade do intérprete

Os aportes filosóficos da hermenêutica contemporânea proposta por GADAMER - um dos corifeus do giro linguístico -, têm se mostrado de supina importância à ciência do Direito, sobretudo no que diz respeito ao combate à discricionariedade do intérprete que, como já demarcado, é própria da resistente e dominante dogmática jurídica da atualidade ainda arraigada no paradigma epistemológico da subjetividade.

Nesse sentido, é relevante a observação de Richard PALMER para quem GADAMER é um crítico da rendição moderna ao pensamento radicado no

[245] STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - Decido Conforme minha Consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.17.
[246] HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 38-39.

subjetivismo, isto é, na consideração da consciência humana subjetiva e das certezas da razão que nela se fundam como se constituíssem um ponto de referência último ao conhecimento humano.[247]

Uma maior aproximação à hermenêutica gadameriana manifesta-se, pois, necessária.

Rompendo com os padrões científico-positivistas, ao invés de perquirir sobre as razões metodológicas para a justificação do saber - até então legitimadoras do mito da neutralidade e da verdade objetiva e unívoca -, GADAMER empreende esforços para investigar a compreensão como acontecer do homem no mundo, como relação intersubjetiva, para a qual é imprescindível a linguagem.

No entender do filósofo, a experiência hermenêutica reside no caráter linguístico da compreensão que conforma a totalidade de nosso acesso ao mundo: “Em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre já fomos tomados pela nossa própria linguagem.”[248]

Assim, GADAMER, como ressalta Lênio Luiz STRECK, “eleva a linguagem ao mais alto patamar, *em uma ontologia hermenêutica, entendendo, a partir disto, que é a linguagem que determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico”.*[249]

Essencialmente, a análise crítica de GADAMER, na trilha de seu mestre HEIDEGGER, assenta-se no acontecer linguístico da tradição. Segundo o autor, a compreensão é um processo que ocorre não apenas na história concreta a que pertence o intérprete, mas também é determinado por ela.[250]

---

[247] PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 169.
[248] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 176.
[249] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: **uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p. 178, destaque do original.
[250] GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 396.

O filósofo, com isso, quer demonstrar que toda compreensão se realiza desde a nossa peculiar historicidade. Noutros dizeres, o sujeito que se põe a conhecer somente pode fazê-lo desde a sua própria situação hermenêutica (horizonte histórico), isto é, a partir do ambiente social, político, cultural e intelectual por ele vivido.

É aqui que GADAMER resgata a noção heideggeriana da estrutura de antecipação da compreensão (pré-juízo, preconceito). Josef BLEICHER explica a questão, referindo que o cientista social, ou intérprete, "e o objecto estão ligados por um contexto de tradição - o que implica a existência prévia de uma compreensão do seu objecto quando o aborda, sendo, por isso, incapaz de começar com um espírito neutro."[251]

Por conseguinte, é possível afirmar com PALMER que "não há uma visão ou uma compreensão puras da história, sem referência ao presente. Pelo contrário, a história é vista e compreendida apenas e sempre através de uma consciência que se situa no presente", o qual, a seu turno, "só é visto e compreendido através das intenções, modos de ver e preconceitos que o passado transmitiu".[252]

A possibilidade de compreensão apenas e desde o ponto de vista histórico do intérprete revela como inócua a tarefa reconstrutiva do conhecimento da intenção do autor. Dita constatação, a reforçar as críticas aqui já desenvolvidas, leva GADAMER a negar a existência de interpretações objetivamente válidas.

Sendo assim, a interpretação é produtiva e não reprodutiva. Ao adotarmos unicamente o horizonte passado, "desistimos da reivindicação de encontrar no passado qualquer verdade que seja válida e inteligível para nós mesmos".[253]

De destacar, contudo, que os conceitos ou opiniões prévias que conformam a pré-compreensão do intérprete não estão à sua livre disposição.

---

[251] BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 15.
[252] PALMER, Richard E. *o*p. cit., p. 180.
[253] GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 303.

Para GADAMER, “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’ ”.[254]

Dessa maneira, o filósofo assinala a importância da abertura do intérprete para a opinião do outro ou para a opinião do texto. Afinal, “essa abertura implica sempre colocar a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas”.[255]

Nesses termos é que se expressa a circularidade hermenêutica do compreender. O círculo hermenêutico "descreve [...] a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete".[256] Graças à sua estrutura circular[257] a compreensão pode ser constantemente corrigida e depurada de adaptações inadequadas:

> Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido para o texto como um todo. Naturalmente que o sentido inicial só se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.[258]

Logo, compreender um texto significa deixar que “ele diga alguma coisa por si”[259], possibilitando o enlace dialético entre a opinião manifestada por ele e as opiniões prévias ou pré-juízos do intérprete que proporcionará uma nova compreensão ou acordo.

---

[254] Ibid., p. 355.
[255] Ibid., p. 358.
[256] Ibid., p. 388.
[257] “Estritamente falando, não é um círculo no sentido de uma circunferência que se fecha em si mesma, mas antes - para permanecer na imagem - um acontecimento em espiral, na qual um elemento continua dialeticamente a se determinar e formar no outro. O todo do mundo da compreensão é enriquecido e aprofundado por toda compreensão novamente adquirida, e justamente por isso possibilita uma compreensão mais plena e mais profunda do conteúdo singular de sentido” (CORETH, Emerich. **Questões Fundamentais de Hermenêutica.** São Paulo: E. P. U. Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 90).
[258] GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 356.
[259] Ibid., p. 358.

O momento compreensivo é configurado por meio do que GADAMER concebe como fusão de horizontes: o diálogo hermenêutico havido entre o horizonte daquele que interpreta e o horizonte de que adveio o objeto. A cada fusão de horizontes - a cada nova compreensão - o horizonte do intérprete é alargado para que possa integrar o do outro. Assim sendo, “o nosso horizonte está em constante processo de formação, pondo à prova os nossos preconceitos no encontro com o passado e tentando compreender partes da nossa tradição”.[260]

Bem se nota que a nossa situação hermenêutica nos impõe a tarefa de cuidar dos preconceitos que orientam nosso entendimento, não para eliminá-los, mas para o propósito de desenvolvê-los, a fim de esclarecer os projetos e expectativas que são parte de nosso horizonte de compreensão.

Em verdade, como pondera GADAMER, “muito antes de que nós compreendemos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos”. Na compreensão *“os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser”*.[261]

Estar ciente dos preconceitos envolvidos em nossa compreensão, empregá-los a partir de uma interpretação adequada, nada mais é do que aceitar os limites da compreensão, que sempre se apresenta sob a influência dos efeitos da história efeitual. É o que ressalta o autor: “quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramo-nos sempre sob os efeitos dessa história efeitual”.[262]

A consciência histórico-efeitual enquanto experiência hermenêutica proporciona a elucidação de nossos pré-juízos sobre o mundo, bem como nos possibilita atingir o consenso de nossas opiniões sobre algo. Aludida experiência,

---

[260] BLEICHER, Josef. op. cit., p. 159.
[261] GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 415-416, destaque do original.
[262] Ibid., p. 449.

portanto, não implica na mera confirmação de nossas crenças ou afirmações sobre a realidade.

Em decorrência desses postulados, chegamos à conclusão que a compreensão se desenvolve no acontecimento da tradição, onde passado e presente estão em contínua mediação; e não na ação da subjetividade do intérprete.

A interpretação em GADAMER deve ser entendida como diálogo e, portanto, como concretização da consciência histórico-efeitual que se manifesta no estatuto linguístico transmitido pela linguagem. A corroborar tal assertiva, traz-se à baila a lição de STRECK:

> *Não há uma contraposição entre sujeito e objeto e sim, uma fusão entre ambos a partir de sua historiciedade.* O existir do "sujeito" é um existir histórico, enquanto ser-no-mundo, onde o "objeto" não é constituído pelo "cogito" e tampouco é refletido na consciência, e, sim, se desvela pela linguagem. O desvelamento do ser de um ente passa pela possibilidade de seu existir, que só acontece na história lingüisticamente apreendida.[263]

3.4.2. Críticas de Ronald DWORKIN ao positivismo jurídico: o enfrentamento da discricionariedade por meio da tese da resposta correta

Sem dúvida, Ronald DWORKIN retrata o expoente máximo da tendência anti-positivista presente na filosofia jurídica da atualidade. Dentre as suas duras críticas ao positivismo jurídico e, em especial, à doutrina positivista de HART, para os fins aqui em mira, nos interessa explorar a sua negativa quanto à tese da discricionariedade judicial.

Anote-se, por oportuno, que a crítica à subjetividade assujeitadora do julgador, um dos aspectos centrais da proposta dworkiniana, assim como se observou com a hermenêutica filosófica de GADAMER, empresta-lhe distinta

[263] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p. 180, destaque do original.

importância nas discussões contemporâneas voltadas a recusar os pressupostos do paradigma da filosofia da consciência.

Contra a discricionariedade positivista, a concepção de DWORKIN sinaliza para a possibilidade e a necessidade de respostas corretas em Direito, desde que legitimadas à luz dos princípios. Preleciona DWORKIN, em oposição a HART e aos demais neopositivistas, tais como KELSEN, que os princípios são tão essenciais e vinculantes quanto às regras positivadas. Desse modo, mesmo que o juiz (ou o intérprete em geral) não disponha de uma regra - ou que esta seja parcialmente indeterminada - para resolver um caso concreto o critério de decisão judicial, invariavelmente, será adstrito a um princípio.[264]

Afirmando que o magistrado está obrigado a julgar conforme padrões prévios de conduta, considerando-os como princípios jurídicos, especialmente naqueles casos tidos por difíceis, o autor refuta qualquer possibilidade de o juiz decidir conforme a sua consciência ou intuição. Com base em argumentos como esses, DWORKIN sustenta que o julgador, sempre que orientado pelos princípios, poderá alcançar uma única resposta correta ou o melhor julgamento para os casos controvertidos.

A tese da resposta certa de DWORKIN é desenvolvida desde a sua peculiar visão do Direito como integridade. A integridade representa uma virtude política que juntamente com os ideais de justiça, de equidade e do devido processo legal oferece “a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.[265]

O Direito como integridade parte da premissa de que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas da prática jurídica contemporânea, as quais devem ser tidas como processo em constante desenvolvimento. Dessa maneira, o ideal da integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida

[264] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43.
[265] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins fontes, 2007, p. 272.

em que seu enfoque contemporâneo assim o determine.[266] Resulta, portanto, insuficiente simplesmente determinar qual foi a intenção do legislador ao emitir determinada lei.

A tarefa do intérprete do Direito consiste em atualizar, construir o Direito caso a caso, reconstruindo a história constitucional a partir dos princípios dinâmicos da comunidade. DWORKIN aponta, nesses termos, para uma interpretação criativa-construtiva, na qual o objeto é apreendido a partir da própria cultura política da comunidade, "e não de uma moral política abstrata e atemporal".[267]

Nessa empreitada, significativa relevância é conferida à manutenção do equilíbrio que deve existir entre as decisões políticas da comunidade e a dimensão inovadora dos intérpretes. Prezando pela adequação e coerência exigidas pelo ideário da integridade, o autor recorre à metáfora do Direito como "romance em cadeia" que é escrito por capítulos entre distintos escritores, dentre os quais estão inseridos os juízes.

Nesse projeto, antes da redação do capítulo por cada um dos romancistas exige-se de cada qual a interpretação dos capítulos elaborados individualmente pelos autores precedentes, de modo que, ao final, seja criado "o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes".[268]

O exercício literário proposto por DWORKIN, além de prestigiar a contínua evolução do Direito que a cada fase histórica passa por uma nova dinâmica, funciona como barreira ao decisionismo positivista. Ao pressupor que o julgador deve observância à coerência dos princípios morais de uma comunidade, de sua história política e dos precedentes judiciais, é possível restringir a sua esfera de liberdade de avaliação, entendida no sentido da discricionariedade forte[269],

---

[266] Ibid., p. 274.
[267] Ibid., p. 260.
[268] Ibid., p. 276.
[269] Na perspectiva de DWORKIN, a discricionariedade guarda relação com um poder que "não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições". De acordo com o

viabilizando a busca pela melhor justificação política-moral da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade.

DWORKIN aclara a questão:

> Juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente, e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras.[270]

Qualquer opção interpretativa, portanto, pressupõe uma fundamentação lastreada em teorias e princípios que impede decisões abusivas e arbitrárias, eivadas de conotações excludentes e preferências pessoais. O intérprete deve escolher, entre as interpretações viáveis, aquela que, do ponto de vista da moralidade política, "melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto".[271]

---

contexto em que é empregado, o autor confere ao poder discricionário três sentidos. No primeiro deles, denominado fraco, "os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar". É o que se nota na situação em que "o tenente ordenara ao sargento que levasse em patrulha seus cinco homens mais experientes, mas fora difícil determinar quais eram os mais experientes". No segundo deles, também categorizado como fraco, o "funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e [...] esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário". Exemplificam este sentido as regras do jogo de beisebol quando "certas decisões, como a de saber se foi a bola ou o corredor que chegou antes à segunda base, são deixadas a cargo do poder discricionário do árbitro da segunda base. [...] nesta matéria, o árbitro principal não tem o poder de impor a sua própria avaliação, se discordar daquela decisão". No derradeiro sentido, o forte, o funcionário público "não está limitado pelos padrões da autoridade". Terá o sargento poder discricionário em sentido forte quando "lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha"; o mesmo seja dito de um juiz de exposição de cães na hipótese de "avaliar os *airedales* antes dos *boxers*, caso as regras não estipulem uma ordem para esses eventos" (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 96-97).

[270] DWORKIN, Ronald. **O Direito de Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

[271] STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 229.

3.4.3. As mutações constitucionais a partir da hermenêutica filosófica de GADAMER e da tese do Direito como integridade de DWORKIN

Os pressupostos hermenêuticos que apontam para a superação do esquema sujeito-objeto, delineados ao longo desta exposição, assumem distinta relevância no âmbito das mutações constitucionais operadas por meio da interpretação.

Recusá-los à interpretação mutativa da Lei Maior importa no desvio da compreensão do fenômeno, transformando-o num instrumento de alteração arbitrária da Constituição, a partir do qual, inevitavelmente, se instala uma atmosfera de insegurança jurídica a macular as instituições democráticas e o próprio texto constitucional.

Referido cenário, por óbvio, não se coaduna com os ideais do Estado Democrático de Direito. Neste, a questão dos processos indiretos de mudança da norma fundamental requer necessariamente a aceitação plenamente constitucional do câmbio interpretativo proposto.

Nas hipóteses de confronto direto com o texto constitucional - ou até mesmo de subversão deste - não há se falar em mutação da Constituição instrumentalizada pela interpretação (ou, diga-se de passagem, por quaisquer uma das outras inúmeras e variadas classes do instituto).

Parece não haver dúvida - mormente após tudo o que aqui se apresentou - que ao exaltamos o giro hermenêutico-ontológico, à luz da hermenêutica filosófica gadameriana e, em igual medida, da teoria da interpretação construtiva do Direito de DWORKIN, estamos a privilegiar uma concepção de mudança informal da Constituição via interpretação que não se opera à margem da Constituição.

Trata-se, pois, de examinar o complexo fenômeno dos mecanismos informais de mudança da Constituição a partir de um câmbio paradigmático que fornece o instrumental necessário para superar o *modus* interpretativo

predominante na dogmática jurídica que mantém a sobrevivência dos desgastados postulados positivistas atinentes ao rigorismo da subsunção, ao míope ideário de desvelamento ora da vontade da norma ora do legislador ou ainda à volátil discricionariedade dos intérpretes.

A partir da assunção do paradigma da intersubjetividade, da perspectiva de que toda compreensão é historicamente situada, isto é, de que há uma rede de compreensão compartilhada entre o horizonte de sentido (do objeto) e o do sujeito cognoscente, e ainda da dimensão de pré-compreensão trazida pela tradição a que pertence o intérprete, é possível blindar a interpretação mutativa da Constituição de arbitrariedades e voluntarismos.

Para isso, é preciso aceitar que há limites hermenêuticos a serem observados e respeitados quando do processo de atribuição de sentido. Segundo a lição de Konrad HESSE, quando faltam balizas "já não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais, porque a afirmação, sempre possível, da existência de uma mutação constitucional não se pode provar nem refutar".[272]

Sem dúvida, a semântica do texto não pode ser ignorada quando do processo interpretativo. Conforme anteriormente demonstrado, a conformação aos parâmetros admitidos pelo programa normativo-constitucional, na esteira do propugnado por HESSE, põe a salvo a Constituição da ocorrência das mutações manifestamente inconstitucionais violadoras não só da letra como também do espírito da norma fundamental, de que nos fala Anna Cândida da Cunha FERRAZ.[273]

Diante disso exsurge primordial que os compromissos firmados na Constituição integrem os conceitos prévios do operador do Direito. A baixa pré-

[272] HESSE, Konrad. **Limites da Mutação Constitucional.** In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.
[273] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit., p. 245.

compreensão sobre a Constituição gera “uma compreensão desajustada do texto e resulta numa baixa compreensão e aplicação constitucional”.[274]

A tradição igualmente auxilia no controle do subjetivismo. Remetendo à historiciedade da compreensão, as exigências de adequação e coerência expressas pelo ideal de integridade dworkiniano impedem que o hermeneuta se distancie da história das práticas institucionais estabelecidas pela e na comunidade de intérpretes.

Não queremos dizer com isso que as necessidades do presente e as aspirações provenientes da noção de autogoverno deixarão de influenciar a modificação do texto constitucional. A incorporação da integridade como parâmetro de interpretação afirma a impossibilidade de nos deparamos com uma mutação constitucional que desvie por completo da significação de determinado dispositivo constitucional, solapando a opinião compartilhada a seu propósito pelos demais sujeitos da comunidade.

O ideal da integridade exige do intérprete a busca pelo princípio que melhor justifique a sua decisão; de igual modo, demanda a fundamentação da decisão a partir da coerência dos precedentes e do arranjo constitucional.

Resta claro, enfim, que o processo de mudança informal da Constituição não se traduz na representação subjetiva do intérprete, mas deve respeito à tradição, à integridade, à coerência do Direito e, não menos importante, ao texto. Somente é possível falar de um câmbio informal constitucional - e democrático -, partindo-se de tais premissas.

---

[274] STRECK, Lênio Luiz. **A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo Constitucionalismo do Estado Democrático (e Social) de Direito: uma crítica à dogmática jurídica brasileira**. In: Separata de Homenagem ao Prof. Dr. André Gonçalves Pereira. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 181.

CAPÍTULO 4. A TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O PROTAGONISMO JUDICIAL, A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

4.1. A centralidade da interpretação judicial como mecanismo de mudança informal da Constituição

Reitere-se, por necessário, que a peculiar estrutura dos dispositivos previstos nas Constituições modernas, os quais, como resultado de um compromisso fundamental entre conservação e renovação, dispõem de suficiente abertura e indeterminação para permitir a incorporação da normalidade - altamente cambiante - em seus meandros, favorece em grande medida a atualização da Constituição por meio das mutações constitucionais implementadas pela via da interpretação.

Há que se colocar, agora, a questão sobre os participantes do processo de vivificação da Lei Maior. Noutros dizeres, cumpre perquirir a propósito dos intérpretes da norma constitucional. “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”[275], escreve Peter HÄBERLE.

O mencionado autor pretende com essa afirmativa difundir a concepção de uma interpretação pluralista, ou seja, a ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição:

> No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.[276]

[275] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 15.
[276] Ibid., p. 13.

Desse modo, legisladores, administradores, juízes, doutrinadores e, por último, mas não menos importantes, os cidadãos integram a comunidade de intérpretes da norma constitucional de que nos fala HÄBERLE.

É preciso ressalvar contudo que, dentre os mais distintos intérpretes autorizados do texto fundamental, desfruta de primazia a Justiça Constitucional. Não podemos olvidar que o Tribunal Constitucional, enquanto guardião supremo da Constituição, em geral, fornece a última palavra sobre a interpretação constitucional.

Na condição de intérpretes derradeiros da Constituição, as Cortes Constitucionais, na atualidade, assumem cada vez mais o relevantíssimo papel de atualizadoras e modificadoras dos ordenamentos jurídicos. Não sem razão. Como observa Anna Cândida da Cunha FERRAZ, a todo momento, a cada passo, o magistrado é demandado a decidir questões concretas, a dirimir conflitos fundados em matéria constitucional, motivo pelo qual, de modo constante e frequente, acaba por se debruçar sobre "o texto constitucional perquirindo, comparando, pesquisando, ponderando, avaliando e valorando".[277]

Justamente por lidar com mais intensidade e extensão com a norma constitucional, o juiz-constitucional é um dos primeiros intérpretes a notar possíveis inadequações dos dispositivos constitucionais frente às novas situações e necessidades advindas da facticidade cambiante.

Assim, segundo uma vez mais a anotação da citada Anna Cândida da Cunha FERRAZ, mais frequentemente do que qualquer outro intérprete constitucional o magistrado deve desentranhar o sentido da disposição constitucional com um fim mediato e imediato e aplicá-la, de forma adequada e razoável, no caso concreto. Do juiz espera-se justiça e, no aplicar a Constituição, espera-se mais. "Espera-se que guarde a Constituição, como Lei Suprema, que a aplique corretamente, com os olhos fixos no presente, voltados para o futuro, porém sem eliminar ou desconhecer o passado".[278]

---

[277] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit.,p. 127.
[278] Ibid., p. 128.

Decorre dessa constatação, por conseguinte, que a possibilidade de mutação constitucional pela via da interpretação judicial manifesta-se em maior frequência que, por exemplo, aquela efetivada pelos Poderes Executivo ou Legislativo. Entretanto, a recorrência dessa modalidade de mudança não regulada no texto constitucional, que tem se tornado mais aguda nos últimos anos, mormente na prática constitucional brasileira[279], potencializa inevitavelmente complexas e interessantes questões envolvendo a Justiça Constitucional (e o Poder Judiciário como um todo).

Cabe mencionar o famoso debate quanto à carência de legitimidade democrática da instituição - legado da doutrina tradicional - e também a hodierna preocupação com os limites de atuação do órgão judiciário. Essa última questão tem resultado na discussão acerca da interpretação da Constituição, âmbito no qual o combate à discricionariedade, hoje em dia, como se deixou assentado outrora, assume destacada importância.

Exsurge daí a pertinência dos seguintes questionamentos: por que Juízes-constitucionais, membros de um Poder não eleito pelo povo, podem impor determinada interpretação da Constituição no seio social, redefinindo o significado do texto constitucional elaborado e aplicado por órgãos representativos da vontade popular? A Justiça Constitucional, a despeito do requisito democrático, é o foro adequado para promover a adaptação das normas constitucionais ante as transformações advindas da sociedade? O mecanismo de mudança informal da

[279] A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração do crescente uso do mecanismo de mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal: (i) *Habeas Corpus* 86.009-QO/DF no qual o Pretório Excelso, em síntese, admitiu a possibilidade de alteração de sua competência. O aludido órgão exercente da jurisdição constitucional assentou a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar *habeas corpus* contra ato de Turmas Recursais dos Juizados, outrora de sua competência (HC 86.009-QO/DF, Relator Ministro Carlos Britto, Julgamento 29.08.2006, DJ Publicação 27.04.2007); (ii) Mandado de Segurança 26602/DF em sede do qual a infidelidade partidária foi tida pelo guardião da Constituição como hipótese de perda de mandato parlamentar, ampliando a previsão constitucional (MS 26602/DF, Relator Ministro Eros Grau. Julgamento 15.08.2007. DJ Publicação 22.08.2007); (iii) Ação Direta de Constitucionalidade 12/DF na qual o Supremo Tribunal Federal alargando a compreensão e a abrangência dos princípios constitucionais positivados no artigo 37 da Constituição Federal, reconheceu a vedação ao nepotismo (ADC 12/DF, Relator Ministro Carlos Britto. Julgamento 20.08.2008, DJ Publicação 18.12.2009); (iv) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.2777/DF, julgadas em conjunto, em sede das quais o Pretório Excelso reconheceu, em suma, a união homoafetiva como modelo de entidade familiar abrangida pelo artigo 226, § 3º, do Texto Maior (ADPF 13/RJ e ADI 4.277/DF, Relator Ministro Ayres Britto. Julgamento 05.05.2011, DJ Publicação 14.10.2011).

Constituição levado a efeito por interpretação judicial contribui para a compreensão do Poder Judiciário como um Poder Constituinte permanente?

Para avançar nas respostas, convém contextualizar, por primeiro, a ascensão institucional da Justiça Constitucional nos sistemas jurídicos da modernidade, neles incluído o ordenamento jurídico pátrio. A compreensão adequada das dificuldades que assolam a Justiça Constitucional demanda análise prévia do ambiente, tanto de ordem jurídica e política, que fomentou o protagonismo judiciário na atualidade.

Assim, nas linhas que se seguem, propõe-se perscrutar as razões da atual configuração do Poder Judiciário, em geral, e da Judicatura Constitucional, em específico, para depois pontuarem-se, sob o ponto de vista da legitimidade, os principais aspectos de seu comportamento, com ênfase na cena hodierna brasileira.

4.2. Algumas notas sobre o novo papel da Justiça Constitucional

A expansão institucional do Poder Judiciário (e da Justiça Constitucional) no cenário político-jurídico contemporâneo tem por marco as profundas transformações paradigmáticas ocorridas na teoria do Estado e da Constituição estabelecidas pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra. Tais modificações são claramente perceptíveis a partir da promulgação das Constituições democráticas, no século XX, em países como Alemanha, Itália, França, Espanha, Portugal e, mais tardiamente, no Brasil.

Com a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais adquire importância o conteúdo e a valoração moral do Direito e não apenas a sua validade formal. Nota-se assim a tendência de incorporar às novas Constituições elementos normativos vinculados a valores axiológicos - em especial aqueles relacionados aos direitos fundamentais do

homem e ao princípio-vetor da dignidade da pessoa humana -, reaproximando o Direito e a Moral.

As Constituições contemporâneas também passam a limitar e a direcionar a atuação do Poder Público, prescrevendo programas, objetivos e diretivas condicionantes às políticas públicas estatais. A norma constitucional fez-se soberana frente ao legislador - e aos demais Poderes instituídos -, não mais determinada pelas suas escolhas, mas ao revés determinante das posturas estatais.

Em outras palavras, "superou-se [...] o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos".[280] A Lei Fundamental "é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania".[281]

A norma constitucional, dotada agora efetivamente de força normativa, desponta como instrumento capaz de promover alterações substanciais no espaço público e na garantia da cidadania. Muito mais que norma jurídica, a Constituição converte-se no eixo central de todo o sistema normativo.

Desse modo, verifica-se a onipresença constitucional que impregna, satura e invade a totalidade do ordenamento jurídico. Isso significa dizer que o Texto Maior funciona "não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema".[282]

---

[280] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: Temas de Direito Constitucional. tomo IV. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 74.

[281] BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. In: Revista Estudos Avançados Online. v. 18. n. 51. 2004, p. 127. Disponível em www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v185.pdf. Acesso em 10 julho 2016.

[282] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: Temas de Direito Constitucional. tomo IV. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 90.

Em vista da constitucionalização do Direito em todos os níveis, a cultura essencialmente legicêntrica calcada nos ideais juspositivistas, outrora predominante, acaba definitivamente superada pelas novas concepções pós-positivistas[283] do paradigma constitucional contemporâneo ou, como muitos estudiosos preferem designar, neoconstitucionalismo[284], que consagra, no lugar do Estado de Direito, o Estado Constitucional.

A mudança estrutural do Direito aliada à força normativa recém-haurida pela Constituição fez surgir, como decorrência natural, uma instituição que pudesse ser capaz de mantê-la íntegra e assegurar a sua nova configuração.[285] Cresce em muito então a importância do Poder Judiciário, mormente dos Tribunais Constitucionais, em detrimento das instâncias políticas majoritárias.

De fato, nota-se na maioria das novas Constituições uma preocupação com a incorporação de mecanismos de jurisdição constitucional ou com o fortalecimento daqueles existentes, resultando na introdução ou na ampliação de

---

[283] Por pós-positivismo entende BARROSO: "Em certo sentido, apresenta-se ele como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética (BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélia del. (Coord.). Neoconstitucionalismo em Perspectiva. Viçosa: UFV, 2014, p. 34, destaque do original).

[284] O assim chamado neoconstitucionalismo, expressão cada dia mais presente nos debates modernos, é empregada para se referir, como propõe Luis Prieto SANCHÍS, aos distintos aspectos de uma nova cultura jurídica. As características mais expressivas do movimento, com apoio ainda na lição de SANCHÍS, podem ser assim sintetizadas: (i) mais princípios que regras; (ii) mais ponderação que subsunção; (iii) onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes no lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; (iv) onipotência judicial ao invés da autonomia do legislador ordinário; (v) coexistência de constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórios em lugar de uma homogeneidade ideológica formada por pequeno grupo de princípios coerentes entre si e, sobretudo, por sucessivas opções legislativas (SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 132).

[285] TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105.

instrumentos de controle de constitucionalidade das leis nos textos constitucionais.

O órgão jurisdicional passa a ocupar lugar institucional de destaque, bem distinto da submissa posição que já ocupou. Nesse sentido, observa Daniel SARMENTO: “De poder quase ‘nulo’, mera ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.”[286]

A relevante missão de difundir os valores constitucionais pelo sistema jurídico - como expressão da constitucionalização do Direito - é confiada à Jurisdição Constitucional, que abrange “a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral”.[287]

Não poderia ser diferente. Ante a desconfiança dos cidadãos no legislador, responsável muitas vezes por legitimar, pela vontade da maioria, a experiência negativa de governos totalitários, a importante tarefa de salvaguardar as conquistas civilizatórias materialmente positivadas nos textos constitucionais tinha de ser conferida à Justiça Constitucional.

Como observa André Ramos TAVARES:

> A consagração de direitos fundamentais pelas Constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado).[288]

---

[286] SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 79.

[287] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Construção do novo modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

[288] TAVARES, André Ramos. **O Discurso dos Direitos Fundamentais na Legitimidade e Deslegitimação de uma Justiça Constitucional Substantiva**. In: TAVARES, André Ramos

Esse conjunto de fatores provoca o redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário - e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc* - como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.[289]

Passando o juiz a integrar o circuito de negociação política, a tarefa de aplicar o Direito "tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo de atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça".[290]

O Poder Judiciário, dotado de uma inédita capilaridade, deita sua rede sobre a quase-totalidade do tecido social.[291] Um número imensurável de problemas sociais, impregnados de alta relevância e controvérsia política, é transferido progressivamente das instâncias políticas tradicionais - os Poderes Legislativo e Executivo - para o Judiciário, desencadeando no intricado fenômeno que se convencionou a denominar de judicialização das relações políticas e sociais.

A nova perspectiva que recai sobre os ordenamentos jurídicos contemporâneos pressupõe ainda diferenciada postura institucional por parte dos integrantes dos órgãos jurisdicionais, em especial dos Tribunais Constitucionais, qual seja, a atuação mais incisiva voltada à conscientização e também à efetivação dos valores e fins constitucionais, principalmente aqueles relativos aos direitos e garantias sócio-fundamentais. O Poder Judiciário, imiscuído na seara

---

(Coord.). Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 159.

[289] STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil**. In: Novos Estudos Jurídicos. v. 8. n. 2. maio/ago., 2003, p. 262.

[290] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**. In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 49.

[291] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42-43.

política, invoca para si a concretização e a implementação de políticas públicas, a cargo até então das instâncias majoritárias, suprindo as omissões e deficiência delas decorrentes.

Nesse contexto, bem se nota que se agrega à noção básica da Justiça Constitucional enquanto garante da Lei Maior - como tradicionalmente defendida por Hans KELSEN - a ideia de um Tribunal Constitucional como garantidor da própria atuação da norma constitucional na realidade social que objetiva normatizar.

4.2.1. Justiça Constitucional: aspectos concernentes à experiência constitucional brasileira

No caso brasileiro, não há dúvida alguma de que o protagonismo da Judicatura Constitucional decorre da mudança de sua estrutura institucional, impulsionada pela redemocratização do País, após duas décadas de regime militar, que restou consolidada pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Afinal, como visto, o retorno à democracia pelos países europeus continentais também foi a causa geradora do destaque conferido ao órgão judiciário nos domínios político e jurídico dessas nações.

A Lei Maior pátria representa a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e de sociedade, selando um novo começo na trajetória político-institucional do País. Elaborada por uma Assembleia Constituinte livre e democrática, marcada pela ampla participação de uma sociedade civil altamente mobilizada, a norma constitucional vigente foi, não sem razão, apelidada por um dos seus principais artífices de “Constituição Cidadã”.[292]

[292] SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 177.

De fato, a Constituição que, significativamente, pela primeira vez na História do nosso constitucionalismo, apresenta o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e o Título dos Direitos Fundamentais logo no início das suas disposições, antes das normas de organização do Estado, está mesmo disposta a acolher o adjetivo “cidadã”.[293]

Nesses termos, o texto fundamental pátrio é feito democrático e voltado ao homem. Constitucionaliza o modelo jurídico de Estado Democrático Social. Enfatiza, desde seu artigo 1º, a democracia como núcleo essencial do processo político, social e econômico.[294]

A Carta brasileira possui, ademais, nítida pretensão invasora, incorporando um projeto de transformação social. Além de estabelecer a estrutura básica estatal e garantir os direitos fundamentais, o texto fundamental traça planos, diretrizes e metas para os seus destinatários.

É o que se extrai de seu artigo 3º, o qual preconiza os objetivos fundamentais da República, dispondo, inclusive, acerca de diversos propósitos não apenas para o Poder Público, mas também para a sociedade, mormente no tocante aos direitos e garantias fundamentais.[295]

Arquitetada com normas programáticas, a Lei Maior expressa um projeto de edificação do futuro, estendendo seu controle diretivo sobre a sociedade, bem como sobre a política, economia e ambiência cultural. É dizer, a Constituição é um importante elemento de referência e validade para o desenvolvimento de inúmeras políticas públicas nos diversos segmentos e atividades por ela

---

[293] MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

[294] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Os 10 Anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a Construção da Democracia no Brasil.** In: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação: Konrad-Adenauer Stiftung, 1999, p. 5.

[295] Art. 3º CF/1988: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

regulados, traçando em maior ou menor grau, os próprios elementos da política pública que devem ser desenvolvidos e concretizados.[296]

A natureza compromissória rende-lhe a classificação, conforme denota a sua estrutura, como Constituição dirigente. Nesse contexto, opera-se uma mudança na compreensão do papel da Constituição brasileira, uma vez que ela assume não apenas contornos de norma fundamental de garantia, mas também de norma diretiva fundamental.

A filiação ao constitucionalismo dirigente e compromissório, sem contar, ademais, a tônica democrática do texto fundamental e ainda a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais, provocam o revigoramento da autonomia e independência do Judiciário, outrora esmorecidas ante a hipertrofia do Poder Executivo.

De acordo com o ensinamento de Wolf PAUL, a nova Carta de 1988 quer, sem dúvida, a instituição judiciária democratizada:

> Isso deve ser compreendido, no contexto das relações entre os poderes, segundo a transição atual que vai do Estado autoritário ao Estado constitucional. Segundo as aspirações e fins dessa transição alterou-se não só a função do Judiciário, mas juntamente com ela, e em razão dela, o seu próprio conceito. O Judiciário, por vontade da constituinte e em virtude da idéia fundadora inerente na nova Constituição foi instituído como órgão da democracia, incumbindo-lhe como tal a defesa da ordem jurídica, a guarda da Constituição e, particularmente, a custódia das liberdades e direitos do cidadão.[297]

Aliás, a adoção pelo Texto Maior de amplo sistema de jurisdição constitucional, que combina os mecanismos de controle de constitucionalidade difuso (concreto) e concentrado (abstrato), assegura a atuação do Poder Judiciário como agente transformador da sociedade.

---

[296] FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das Políticas pelo Poder Judiciário no Brasil**. In: QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Org.). Neoconstitucionalismo. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 721.

[297] PAUL, Wolf. **Estabilidade Constitucional e Reforma do Judiciário. Considerações em Defesa da "Constituição Coragem"**. In: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação: Konrad-Adenauer Stiftung, 1999, p. 61.

A Constituição de 1988 acentua o papel de Corte Constitucional ao Supremo Tribunal Federal. Criou-se um novo órgão judiciário, o Superior Tribunal de Justiça, ao qual se transferiu, em meio a outras atribuições, a competência de uniformização da interpretação do direito infraconstitucional federal, mediante apreciação do recurso denominado especial. Desse modo, possibilitou-se que o Pretório Excelso desempenhasse "precipuamente a guarda da Constituição", na dicção expressa do artigo 102, *caput,* da Lei Maior.[298]

É certo também que, em razão da maior latitude conferida pelo constituinte à fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis, sobretudo ao ampliar o elenco dos legitimados ativos para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, desde 1988, tornou-se quase impossível, que alguma lei mais polêmica fosse editada sem que houvesse um imediato questionamento de sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.[299]

Como consequência do alargamento do controle normativo do órgão exercente da jurisdição constitucional há a alteração no quadro político-institucional, a qual é exacerbada pelo significativo aumento na demanda por justiça por parte da sociedade brasileira. Como anota Luiz Werneck VIANNA:

> Tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas a organizações sociais, quando não de simples cidadãos, no sentido de recorrerem ao Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo quanto do Legislativo. [...] O caráter afirmativo desse processo adquiriu tal importância que já se pode falar, sem retórica, em judicialização da política e das relações sociais como uma dimensão da sociedade brasileira de hoje.[300]

A própria sistemática normativa constitucional traz em seu bojo mecanismos que propiciam a transposição do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Nesse sentido, lembra

---

[298] BARROSO, Luís Roberto. **Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?)**. In: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação: Konrad-Adenauer Stiftung, 1999, p. 34.

[299] SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 178.

[300] VIANNA, Luiz Werneck. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 10-11.

Lênio Luiz STRECK, que o constituinte brindou a sociedade (e, portanto, a comunidade jurídica) com instrumentos aptos a suprir a inércia dos Poderes Executivos e Legislativo, como é caso, por exemplo, do mandado de injunção, da inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.[301]

O instituto mais característico a consolidar o deslocamento da esfera de tensão ao Judiciário - destaca STRECK - é o mandado de injunção, "o que se depreende pelo próprio texto, pelo qual o *writ* deve ser concedido (observe-se que a CF é imperativa: dar-se-á mandado de injunção...) na falta de norma regulamentadora que torne inviáveis os direitos e garantias fundamentais".[302]

A centralidade da Justiça Constitucional, nessa conjuntura, explica em grande parte o recente incremento na ocorrência de mutações constitucionais implementadas por interpretação judicial na cena nacional. Ora, a facticidade experimentada por nosso País, em especial, o acentuado compromisso do texto constitucional com o resgate das promessas da modernidade, tais como a salvaguarda da dignidade humana, a realização dos direitos fundamentais e a promoção da justiça social, ao lado do exponencial crescimento do Judiciário como encarregado da implementação dos valores substanciais previstos na Lei Maior fornece, sem dúvida, campo fértil para o desenvolvimento da mutação constitucional por interpretação judicial.

O ambiente constitucional brasileiro é propício, portanto, para a investigação dos limites e possibilidades do órgão que exerce a jurisdição constitucional em face da intepretação e da aplicação da Constituição, porque, como visto no capítulo precedente, a presença de cláusulas abertas, imprecisas, fluídas, além de princípios com alta carga axiológica na normatividade constitucional atual passou a demandar intensa atividade interpretativa do operador do Direito, dentre eles o Poder Judiciário, em específico a Justiça Constitucional, para a sua concretização.

---

[301] STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 33.
[302] Id.

Por essa razão, afigura-se adequado discutir os parâmetros da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para tal empreendimento, notadamente num regime democrático de Direito que pressupõe a existência do pluralismo político.

4.3. O debate tradicional (e sua superação) em torno da legitimidade da Justiça Constitucional

O destacado papel desempenhado pela Justiça Constitucional na ambiência contemporânea é um papel extremamente observado e, em muitos aspectos, questionado. Já o era assim antes mesmo da ascensão das Cortes Constitucionais no cenário político-jurídico dos distintos Estados Democráticos da atualidade que as adotam.

Deveras, as críticas e as objeções endereçadas ao órgão judiciário remontam aos alvores das proposições em prol do controle de constitucionalidade das leis no século XIX. Corria o ano de 1803, quando contando poucos anos de vigência a Constituição dos Estados Unidos da América, a Suprema Corte norte-americana, no julgamento do célebre caso *Marbury vs. Madison,* anunciou a sua competência para afirmar a incompatibilidade de determinada lei com o disposto no Texto Maior.

A implantação do *judicial review* em solo americano e, posteriormente, nos demais ordenamentos jurídicos que perfilharam a sistemática, não aconteceu sem perplexidades. A transferência de determinada questão da esfera representativa para o campo de atuação interpretativa de um Poder não eleito diretamente pelo povo tem por inevitável consequência os questionamentos acerca da legitimidade desse Poder.

Assim, o sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis trouxe à baila o déficit democrático da instituição judiciária, advindo da tensão entre este último e o processo político majoritário. Trata-se, afinal, da inquirição acerca do poder que têm as Cortes - compostas por membros, em tese, destituídos de

representatividade popular - de deliberar sobre a lei, expressão da soberania do povo, por meio de sua interpretação e, consequente, declaração de (in)constitucionalidade.

Cumpre registrar, nesse passo, que a atitude de contestação em relação à Justiça Constitucional voltou-se até mesmo à própria existência da instituição, dado que a revisão judicial, ao menos no cenário estadunidense, não se tratou de previsão expressa da Constituição americana de 1787.

Atento a essa problemática, o juiz John MARSHALL, presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e idealizador do mecanismo de *judicial review,* procurou solucioná-la por meio de argumento jurídico-formal. De acordo com a linha argumentativa do referido magistrado, os juízes ao exercerem a tarefa de fiscais das leis, ou seja, ao invalidarem uma lei não desafiam a autoridade democrática do povo; pelo contrário, reafirmam-na. Ao fazerem prevalecer a Constituição sobre uma lei que a confronta, os membros do Poder Judiciário permitem que prepondere, em definitivo, a verdadeira ou mais alta expressão da vontade popular, qual seja, aquela que está contida na Constituição. [303]

As objeções ao Poder Judiciário (e igualmente à Justiça Constitucional), contudo, não se encerraram na preocupação com a ofensa ao princípio democrático. André Ramos TAVARES revela que havia "também críticas relacionadas ao dogma da tripartição de poderes e à singularidade que um Tribunal Constitucional representa nesse contexto".[304] Outra censura comumente apontada pela doutrina vinculava-se à violação da soberania do Parlamento.

Hans KELSEN, responsável por consolidar a ideia de um tribunal especificamente encarregado do controle de constitucionalidade das leis, quando da instauração desse modelo na Constituição da Áustria de 1920, viu-se compelido a lidar com as objeções mencionadas.

---

[303] MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 26.
[304] TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110.

No tocante ao ideário da soberania do Parlamento, aduz KELSEN:

> À parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis, é teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração.[305]

Já quanto à questão remanescente, vale dizer, aquela decorrente da quebra da separação dos Poderes, KELSEN pondera:

> Para mantê-lo [princípio da separação dos poderes] na República democrática só pode ser levado razoavelmente em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão "divisão dos poderes" traduz melhor que a de separação, isto é, a idéia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão - concentração que seria perigosa para a democracia -, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele.[306]

À vista do até aqui exposto, constata-se facilmente a fragilidade da coerência interna das primeiras atitudes de objeção ao órgão encarregado de exercer a jurisdição constitucional. Se à época das polêmicas surgidas na América do Norte e na Europa, quando do reconhecimento da necessidade de controle das leis desenvolvidos pelos Tribunais Constitucionais, as críticas à postura assumida pelo órgão judiciário já se mostravam inadequadas, com maior razão pode-se dizer que as tradicionais objeções à instituição não se coadunam com o crescente papel conferido à Judicatura Constitucional no contexto do Estado Constitucional.

Sob tal enfoque, ante a transformação do Estado, da teoria constitucional e, até mesmo, da sociedade, tal como exposto algumas linhas acima, parece

[305] KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150.
[306] Ibid., p. 151-152.

inevitável a releitura desses velhos dogmas de contestação. Nesse tom, os ensinamentos de Vital MOREIRA:

> Os dois dogmas em que tradicionalmente se baseava a contestação à legitimidade da justiça constitucional - soberania do parlamento e a separação dos Poderes - deixaram de ter, em grande medida, correspondência na realidade político-constitucional contemporâneas. De um lado, a soberania do Parlamento e da intangibilidade e onipotência do legislador parlamentário perdeu definitivamente terreno em favor da concepção da soberania e supremacia da Constituição e do caráter constituído e subordinado do Poder Legislativo, bem como da convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. A soberania do Parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. O poder constituinte, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição originário.[307]

Pela mesma senda pautam-se as lições de José AFONSO DA SILVA, especificamente no atinente ao princípio da separação dos poderes:

> Hoje o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.[308]

De igual modo, no respeitante à falta de representatividade do órgão judiciário, as Constituições promulgadas após a última grande guerra parecem trazer em seu bojo a dimensão legitimadora do Tribunal Constitucional. Pertinentes, nesse sentido, as palavras de André Ramos TAVARES:

> Quando determinada Constituição atribui expressamente ao órgão da Justiça Constitucional a decisão final sobre sua interpretação, bem como a manutenção de sua supremacia, pode-se sustentar a legitimidade dos atos da Justiça Constitucional. Consoante esse argumento, é na

[307] MOREIRA, Vital. op. cit., p. 178 e et. seq.
[308] AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. ver.. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 109.

> Constituição que se dividem os poderes do Estado, o que só pode ser levado a efeito por um poder que lhes seja superior, e que é o poder constituinte originário. Nessa medida, todos os "poderes" são democráticos, já que procedem de um mesmo ato de soberania popular, que é a aprovação de uma específica ordem constitucional, e isso independentemente da estrutura final que se crie entre esses "poderes". [...] Assim, esse ato de soberania popular, ou, mais precisamente, sua manifestação (o poder constituinte), caracteriza-se como potência criadora por excelência. Definindo-se (efetivamente) como democrático, tudo aquilo que vier a instituir se reveste da necessária legitimidade direta. Pretendendo a Constituição que haja um Tribunal Constitucional a controlar os demais poderes, aquele já se legitima democraticamente, independentemente das fórmulas adotadas para a indicação de seus membros. Prevalece a vontade popular.[309]

Não se quer com isso sugerir que os debates concernentes à legitimidade da Judicatura Constitucional não subsistem na atualidade. Na verdade, buscamos demonstrar que, hoje em dia, o questionamento sobre a legitimação do Tribunal Constitucional, nos moldes propostos pela conhecida disputa protagonizada por Hans KELSEN e Carl SCHMITT[310], ainda nos tempos de vigência da Constituição de Weimar, foi dirimido a favor da instituição judiciária.

Como anteriormente delimitado, a Justiça Constitucional expandiu-se de forma constante ao longo do século XX. Tornou-se comum não apenas nos países europeus, mas também a um sem número de países ao redor do mundo, incluindo, naturalmente, o Brasil.

Inegável, outrossim, que o órgão judiciário vem desempenhado papel de grande relevo na cena contemporânea, mormente no que concerne à salvaguarda da Constituição e das liberdades por ela consagradas. Por tal razão, a existência de uma Corte Constitucional "passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático".[311]

---

[309] TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 498-499.

[310] Levando em consideração o caráter contramajoritário da instituição judiciária, Carl SCHMITT outorga ao Chefe do Estado, o representante do povo, a guarda da Constituição. Em oposição, Hans KELSEN confere tal incumbência a um poder de constitucionalidade diferenciado, como o Tribunal Constitucional. Na perspectiva de KELSEN, o órgão judiciário, já que legitimado pelo próprio Parlamento, pode exercer função política, desde que circunscrita a limitações.

[311] MOREIRA, Vital. op. cit., p. 177.

A despeito de sua relevante e equilibrada atuação, a discussão acerca da Judicatura Constitucional, como adiantado, permanece manifesta. Entretanto, não se polemiza mais a propósito da abolição ou manutenção da instituição judiciária. Agora os questionamentos concentram-se na sua atuação política, seu poder, sua atividade corretiva do legislador e, por fim, sua capacidade interpretativa.[312]

Em outras palavras, a problemática envolvendo a legitimidade do órgão que exerce a jurisdição constitucional deixou de reportar-se à sua própria existência ou efetividade. É o que igualmente constata André Ramos TAVARES: "o percurso histórico da instituição, aliado a sua presença marcante nos mais diversos sistemas, tem conferido ao Tribunal Constitucional uma legitimidade que não é mais questionada do ponto de vista de sua existência."[313]

4.4. Constitucionalismo vs. Democracia: entre as perspectivas teóricas de Ronald DWORKIN e John Hart ELY

A questão da delimitação da atuação do órgão judiciário tem por ponto de partida a investigação quanto à tensão que permeia a relação entre o constitucionalismo e a democracia. Dito de outra forma, a identificação dos limites funcionais da Justiça Constitucional pressupõe o enfrentamento do dualismo existente entre o privilégio da proteção dos direitos fundamentais a cargo, em regra, das Cortes Constitucionais, de um lado, e, do outro, os mecanismos da democracia representativa, nos quais a soberania popular prevalece a partir do critério majoritário de tomada de decisão.

No modelo do Estado Constitucional, a noção de democracia, o princípio da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais por parte dos órgãos institucionais e Poderes de Estado já não engendram grandes

---

[312] TAVARES, André Ramos. **Justiça Constitucional e suas Fundamentais Funções**. Revista de Informação Legislativa. v. 43. n. 171. jul./set., 2006, p. 24. Disponível em www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/95317. Acesso em 17 de maio de 2016.

[313] TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 429.

controvérsias. A dissensão, contudo, exsurge quando da articulação desses elementos nas sociedades plurais do presente.

Nesse passo, parece existir um paradoxo nas democracias contemporâneas: enquanto a sistemática constitucional requer que a Judicatura Constitucional exerça o controle conformativo dos demais poderes estatais aos valores e diretrizes estabelecidos na Constituição, em especial aos direitos fundamentais nela albergados, esse mesmo poder fiscalizatório conferido à instituição judiciária acaba retirando o debate da arena política e, assim, frustrando o próprio direito de participação política.

A moderna doutrina constitucional tem se empenhado em resolver o contrassenso. Para tanto, procura estabelecer pautas de conduta a serem observadas pelos juízes-constitucionais quando de sua atuação, com ênfase no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. As propostas são muitas e diversificadas. Em linhas gerais, porém, a controvérsia pode ser explicada por meio das conhecidas dimensões processuais e substantivas da Justiça Constitucional.

Cada qual à sua maneira procura defender a melhor forma de eliminar o desacordo entre o constitucionalismo e a democracia. Assim, ao passo que a corrente procedimentalista acentua a função instrumental da instituição judiciária, limitando-a ao controle do escorreito funcionamento dos procedimentos democráticos previstos na Constituição, a proposta substancialista, em direção oposta, confere ao órgão judicial um papel diretivo, isto é, de tomada de decisão acerca do conteúdo material da legislação constitucional e dos direitos fundamentais.

As duas posições extremas são melhores exemplificadas pelas influentes teorias desenvolvidas por John Hart ELY e Ronald DWORKIN.

DWORKIN defende entusiasticamente o ativo e marcante papel dos Tribunais Constitucionais - tal como a Suprema Corte norte-americana -, uma vez

que os considera poderes estratégicos capazes de afirmar e proteger não apenas os princípios democráticos, mas também os direitos fundamentais.

Segundo o autor, todos os indivíduos possuem direitos morais fundamentais que devem ser resguardados da interferência governamental. Por tal motivo, sequer o argumento da maioria democrática justifica a atuação invasiva do Estado na esfera das liberdades proclamadas pela Constituição.[314]

Os direitos fundamentais aludem a princípios morais acerca da decência política e da justiça, sendo que o seu conteúdo independe do resultado das votações parlamentares ou dos acordos entre os diversos grupos sociais. Em verdade, a configuração dos direitos fundamentais do homem está contida de maneira explícita ou implícita na Constituição e nos valores da sociedade em que se baseia seu texto.[315] Como consequência, é possível a imposição de direitos mesmo contra as decisões tomadas nos processos democráticos. Os direitos fundamentais - de acordo com DWORKIN - possuem prioridade frente à soberania popular.[316]

Caberá ao Poder Judiciário - caso assim ocorra - invalidar as decisões majoritárias violadoras dos direitos fundamentais.[317] A atuação judicial nesses moldes não afronta os ideais democráticos. Quando se dúvida da constitucionalidade de uma lei, a Justiça Constitucional deve interpretar a Constituição e determinar se a vontade da maioria lhe é contrária. Assim procedendo, mesmo que na contramão dos processos políticos deliberativos, a instituição judiciária garantirá e fortalecerá a própria democracia.

Para DWORKIN, a aplicação da regra da maioria por meio das sentenças judiciais se traduz na lógica dos direitos fundamentais.[318] Nessa esteira, rejeita a percepção majoritária da democracia. Em seu lugar, propõe a concepção

---

[314] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 133.
[315] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 260.
[316] Ibid., p. 262.
[317] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, loc. cit.
[318] DWORKIN, Ronald. **O Direito de Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7.

constitucional da democracia, na qual o principal propósito da democracia é propiciar a tomada de decisões coletivas por instituições cuja estrutura, composição e práticas dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, igual preocupação e respeito.[319] O mero fator majoritário, por conseguinte, não é suficiente para constituir uma democracia. Exige-se mais. É imprescindível que se assegure o princípio da igualdade entre todos os membros da sociedade.

Como se pôde observar, DWORKIN inegavelmente privilegia o aspecto substancial da democracia em detrimento de seu caráter formalista. Para o autor, afigura-se muito mais importante a correta aplicação dos direitos fundamentais do que sua interpretação por um governo majoritário.[320] A problemática na sua visão não reside no fato de os Tribunais Constitucionais tomaram decisões, portanto; mas sim na errônea tomada de decisão. Esta, sim, coloca em perigo a democracia.

DWORKIN, aliás, mostra-se bastante reticente quanto à possibilidade da interpretação constitucionalmente correta dos direitos fundamentais exsurgir das deliberações democráticas, dado que seus participantes atuam movidos por interesses privados ou partidários. Sem contar a suscetibilidade do processo legislativo à corrupção política.[321]

Estima então que o Tribunal independente e isento da pressão ínsita à atividade parlamentar deve assumir a exigente tarefa da interpretação construtivista da Constituição, por meio da noção da integridade. De acordo com a sua proposta da resposta correta, como outrora explorado, o autor frisa que a acertada interpretação judicial das disposições constitucionais, sem dúvida, medirá a observância das condições da associação moral, resultando na compatibilização da ação de uma instituição política individual com as ações coletivas da sociedade.

---

[319] Ibid., p. 17.
[320] Id.
[321] Ibid., p. 292.

Sendo assim, o controle judicial de constitucionalidade dos direitos constitucionais e o amplo debate público que ele desencadeia pode, até mesmo, propiciar um tipo deliberação republicana superior aquele observado no processo majoritário. Frente às imperfeições no caráter igualitário da democracia, o controle de constitucionalidade levado a efeito pela instituição judiciária retrata a garantia dos direitos das minorias não contempladas nos processos democráticos.[322]

O instituto do *judicial review*, por conseguinte, não é antidemocrático; pelo contrário, é praticamente essencial à democracia.[323] Numa democracia, os cidadãos têm o direito de exigir "um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los".[324]

DWORKIN aposta na estrutura institucional do Poder Judiciário para o melhor resguardo e também para o adequado respeito aos direitos fundamentais. E, neste ponto, é importante destacar que o autor é avesso ao denominado passivismo judicial. Noutros dizeres, o papel cabente ao Judiciário, na perspectiva de DWORKIN, não é proporcionar deferência aos demais poderes estatais e tampouco legislar, valendo-se da discricionariedade judicial; e sim, em grande parte, dar concretude aos direitos daqueles que buscam amparo junto ao sistema judicial.

Enfim, na teoria dworkiniana a legitimidade da ampla atuação do juiz-constitucional está calcada na correção do processo interpretativo que ele - assim como os juízes ordinários - deverá levar a efeito nos casos concretos.

Por seu lado, John Hart ELY apresenta outra forma de conciliar a teoria constitucional e a teoria democrática. O autor circunscreve a atuação do órgão judiciário à inspeção da integridade dos procedimentos democráticos, de forma a

---

[322] Ibid., p.7.
[323] Id.
[324] DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 31.

priorizar direitos que atribuam aos cidadãos participação política e igual oportunidade de influenciar os processos de tomada de decisão.

A Constituição estrutura os processos de tomada de decisão em todos os níveis na tentativa de garantir, por primeiro, que os interesses de todos serão representados quando da tomada de decisão e, por segundo, que a aplicação de tais decisões não será manipulada de modo a reintroduzir na prática o próprio tipo de discriminação que almeja evitar.[325]

Segundo ELY, a norma constitucional não deve albergar específica ideologia substantiva, mas apenas proporcionar mecanismos para a preservação da estrutura democrática governamental. Afinal, a preocupação precípua das Constituições é a proteção dos direitos de acesso político e de igualdade de participação política.[326]

Apesar disso, o autor não negligencia a existência de distorções no sistema democrático-representativo. Para o controle das inevitáveis falhas no funcionamento da democracia - práticas da maioria parlamentar atentatórias contra os direitos que dão acesso ao processo político ou bloqueio das vias políticas pelos detentores do poder para prolongar o *status quo* - ele elege o Poder Judiciário, o qual, em sua perspectiva, detém melhor posição para exercê-lo, já que, além de ser independente do Parlamento, está fora do processo político.[327] Seria no mínimo paradoxal permitir que os representantes eleitos pelo povo identificassem e avaliassem as situações de funcionamento deficiente do processo democrático.

Logo, a ação do Judiciário deixa de ser prática meramente negativa, de defesa de minorias contra a democracia, passando a ser um mecanismo de proteção da maioria contra os obstáculos decorrentes de mecanismos de representação.[328] ELY concebe, nesses termos, o Judiciário como árbitro do jogo

---

[325] ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. 13. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001, p. 201 et seq.
[326] Ibid., p. 183.
[327] Ibid., p. 103.
[328] Ibid., p. 183.

político.[329] Em caso de funcionamento deficiente do jogo nele deve intervir, garantindo o igualitarismo e reforçando a representação de todos os jogadores no processo democrático.

Entretanto, as Cortes Constitucionais jamais devem, por meio da interpretação das cláusulas abertas constitucionais, ditar os valores fundamentais da sociedade desde uma perspectiva substancial, uma vez que assim procedendo adotam a postura de legisladores e, por conseguinte, substituem ilegitimamente a vontade do povo. A democracia exige que as decisões sejam tomadas pela sociedade democraticamente.

Como se nota, fiel à concepção de democracia puramente procedimental que é construída sobre questões voltadas estritamente à escorreita desenvoltura dos mecanismos de representação - ao revés daquela proposta por DWORKIN, para quem, vale repisar, a legitimidade do processo democrático reside nos objetivos por ele alcançados -, ELY recomenda que o juiz constitucional, por intermédio do *judicial review,* apenas certifique-se de que os processos legislativos ocorram de modo justo e aberto em igualdade a todos os atores do mercado político.[330]

4.4.1. O viés substancialista: possibilidade de concretização da Constituição Federal de 1988

Delineados os pontos opostos de balizamento da atuação do Poder Judiciário - e em especial da Justiça Constitucional -, é tempo de sinalizar que, em concordância com as especificidades não só de nossa Constituição, mas igualmente das peculiaridades da facticidade brasileira, a perspectiva substancialista há pouco vista certamente afigura-se apropriada.

---

[329] Ibid., p. 73.
[330] Ibid., p. 87.

Tal constatação não implica em deixar ao olvido a dimensão processual-procedimental - absolutamente relevante -, mas sim evidenciar que, no atual estágio de desenvolvimento do sistema constitucional nacional, a melhor conformação do órgão exercente da jurisdição constitucional é, inegavelmente, aquela delineada pela concepção substancialista.

Nas novas democracias, a exemplo da democracia brasileira, um maior desenvolvimento da faceta procedimentalista coloca-se no contraponto dos direitos sócio fundamentais assentados nas Constituições de países emergentes. Melhor dizendo, a atuação do Judiciário direcionada exclusivamente ao controle do processo político não se coaduna às diretrizes programáticas dos Textos Maiores vigentes em tais nações.

Elucidativa a explicação de Lênio Luiz STRECK no sentido de que o procedimentalismo, apreendido enquanto superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais foram resolvidos.[331]

Por tudo isso, a discussão acerca do papel do Direito e também da Justiça Constitucional, a toda evidência, deve ser contextualizada levando em conta as particularidades de países como o Brasil - onde STRECK afirma não ter havido a etapa do *Welfare State.*[332]

O assim denominado Estado Social, em âmbito nacional, não passou de mero simulacro. Já a função intervencionista do Estado serviu apenas para incrementar ainda mais as desigualdades sociais:

> Parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não vem sendo cumpridas; o controle abstrato (e concreto) de normas aponta para um déficit de eficácia decorrente de uma "baixa constitucionalidade"; os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes (basta lembrar, exemplificamente, afora a "crônica de uma morte anunciada" ocorrida com o mandado de injunção, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental,

[331] STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 150.
[332] Ibid., p. 152.

> somente foi regularizada onze anos depois da promulgação da CF); no âmbito do parlamento, aprovam-se leis por votos de liderança; um voto de um eleitor de uma pequena unidade federativa chega a valer dezesseis vezes o voto de um cidadão das unidades federativas maiores, fazendo com que a maioria se transforme em minoria, a partir de uma estranha matemática eleitoral; a amplamente denunciada (e não investigada) prática parlamentar de "troca de favores".[333]

Por meio de tais fatores - entre tantos outros que poderiam ser assinalados - STRECK procura demonstrar a inaplicabilidade das teses procedimentalistas, as quais por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, na qual a primazia ainda é a de proceder à inclusão social e ao resgate das promessas da modernidade, exsurgentes da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte de 1988.[334]

Considerando o ambicioso texto constitucional vigente que apregoa inequivocamente o primado dos direitos fundamentais - até a ordem de sua previsão na Lei Maior aponta nessa direção[335] - e também a frequente postura abstencionista adotada pelos Poderes Legislativo e Executivo diante dos compromissos estampados na Constituição, realmente não é sensato negar aos direitos fundamentais os tão necessários mecanismos materiais de jurisdição constitucional, deixando-os à sorte dos instrumentos de caráter meramente procedimental.

Cumpre frisar, neste ponto, que, ainda hoje, vinte e oito anos após a promulgação da Constituição Cidadã, a sociedade brasileira é marcada por intensas desigualdades e exclusão sociais, onde, a despeito da positivação de longo rol de direitos e garantias fundamentais, verifica-se a ineficiência de grande

---

[333] Ibid., p. 164.
[334] Ibid., p. 164-165.
[335] "A organização do texto constitucional é reveladora de algumas prioridades da Carta de 88. Se as constituições brasileiras anteriores iniciavam pela estrutura do Estado e só depois passavam aos direitos fundamentais, a Constituição de 88 faz o contrário: consagra inicialmente os direitos e garantias fundamentais - no segundo título, logo depois daquele dedicado aos princípios fundamentais - só se voltando, depois disso, à disciplina da organização estatal. Essa inversão topológica não foi gratuita. Adotada em diversas constituições europeias do pós-guerra, após o exemplo da Lei Fundamental alemã de 1949, ela indica o reconhecimento da prioridade dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas". (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 149).

parte desse catálogo de direitos constitucionalizados, notadamente os de cunho prestacional.

Claramente, a simples enunciação dos direitos fundamentais no texto constitucional pátrio - embora sinal de grande conquista democrática - não é suficiente para que a mudança se introduza efetivamente nas estruturas sociais. A realização concreta da Constituição, no plano fático, não é um acontecimento incondicionado e automático, como se o simples ato de promulgação da Constituição colocasse em prática de forma instantânea as suas promessas. Os direitos devem ser "levados a sério", rememorando a expressão de Ronald DWORKIN; apenas assim poderão ser efetivados e concretizados no âmbito das relações sociais.

Nesse contexto, é imperativo que se possa contar com uma Justiça Constitucional plenamente atuante para fazer frente aos compromissos assumidos pelo pacto constituinte, de modo que os valores em conflito recebam adequada tutela substancial. É exatamente o que apregoa Clèmerson Merlin CLÈVE:

> A Constituição Federal de 1988 - resposta para o passado e projeto para o futuro - reclama um judiciário vinculado às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição. Demanda um judiciário ativista, no melhor sentido da expressão (não no sentido de prisioneiro de um decisionismo subjetivista). E exige, ainda, uma atuação do Poder Judiciário voltada para a plena realização dos comandos constitucionais. Está-se a referir a um judiciário comprometido com a racionalidade material inscrita na Constituição e, mais do que isso, com a uma atuação capaz de compensar, no quadro da pura atividade jurisdicional, as desigualdades e o descuido da sociedade brasileira para com a dignidade da pessoa humana.[336]

De se destacar, como o faz Luigi FERRAJOLI, a importância do reforço do papel da Justiça Constitucional que deve ter por consequência uma nova e mais forte legitimação do poder judicial e da sua independência. Dados os desníveis entre as normas e a incorporação, em nível constitucional, dos direitos fundamentais, revela-se apropriada a transformação da relação entre o juiz e a lei, de modo a permitir que o órgão judiciário desempenhe um papel garantidor do

[336] CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 217

cidadão contra as violações da legalidade, a qualquer nível, por parte dos Poderes Públicos.[337]

A inevitável posição suprema alcançada pelo Poder Judiciário, nessa linha, não dá azo à criação do Estado Jurisdicional ou à instauração do governo dos juízes. Outrossim, não assume a instituição judicial a função de Poder Constituinte:

> O que o Poder Judiciário desempenha aí, como bem assinala Pontes de Miranda, é aquele papel que realmente lhe compete em nossos dias - uma função eminentemente integrativa e política, eminentemente criadora, quando aplicada à realidade concreta, fazendo-as viver, para tingirem seus elevados fins, as cláusulas vagas, os princípios genéricos da Constituição, fazendo desta um "instrumento de vida", na bela expressão de Amorth, atuando, então, como assinala Sanchez Agesta, não só como poder político defensor da Constituição, mas também criador do Direito.[338]

A toda evidência, a empreitada aqui proposta, isto é, a concretização constitucional e, por conseguinte, a transformação social, pressupõe uma atitude hermenêutica por parte do órgão judiciário encarregado da proteção do texto fundamental de 1988. O desenvolvimento da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal deve acontecer mediante atividade interpretativa que busque ao máximo a efetivação do programa constitucional.

De acordo com a tônica do presente estudo, a Justiça Constitucional, enquanto guardiã da Constituição, tem de proceder à interpretação do texto constitucional de forma a adequar o conteúdo normativo à realidade cambiante, mantendo o equilíbrio entre norma e fato. Para tanto, o órgão exercente da jurisdição constitucional tem a seu alcance a possibilidade da interpretação mutativa. Possuindo posição privilegiada, o magistrado constitucional é instado a produzir mutações constitucionais quando necessário, razoável e justificável, dando prioridade à vontade geral extraída dos meandros sociais, inclusive contra maiorias eventuais.

---

[337] FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como Sistema de Garantias**. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 100.

[338] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. op. cit., p. 406.

A tarefa interpretativa, contudo, não pode ser levada a cabo por juízes que lidem com o texto constitucional sob a ótica da pura formalidade. Como já se viu à saciedade no capítulo antecedente, a situação hermenêutica constitucional operacionalizada a partir dos tradicionais esquemas interpretativos herdados do positivismo jurídico não encontra suporte nos novos dogmas regentes da atual fase do Direito Constitucional.

O desprestígio do formato lógico-subsuntivo de aplicação do Direito - vinculado ao esquema sujeito-objeto - afirma-se frente à especificidade dos princípios e direitos fundamentais que, carregados de valores, demandam um eloquente raciocínio jurídico. Ademais, a acepção do fenômeno jurídico como mera forma normativa, desconsiderando as dimensões sociais e valorativas, reafirma as deficiências da metodologia positivista na concretização dos preceitos constitucionais.

Segundo a lição de Andreas KRELL:

> As expectativas e reivindicações de novos movimentos e grupos sociais de garantias dos seus direitos aumentaram a "visibilidade social e política" do Poder Judiciário que se transformou cada vez mais num "espaço de confronto e negociação de interesses". A concretização desses direitos sociais exige alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do direito da Politica.[339]

Não estamos a defender - na esteira de CLÈVE - que haverá o Judiciário de atuar como legislador, nem que deva se substituir à atividade do administrador, mas sim que a Constituição Federal, para a sua efetivação, exige um tipo de juiz, não apenas apegado aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes, simples guardião do *status quo*.[340]

---

[339] KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 73-74.
[340] CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 218.

De igual modo, não endossamos quaisquer tipos de subjetivismos ou decisionismos na atividade interpretativa-concretizadora jurisdicional. Cumpre rememorar que a aposta no diálogo - na intersubjetividade - como forma de compreensão e de construção de sentidos voltados à Constituição introduz reais possibilidades de obtenção do significado democrático da norma constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o debatido neste estudo, apresentam-se as seguintes conclusões:

1. Os esforços no sentido de superar o insustentável dualismo entre Constituição e realidade político-social não têm levado mais que à absolutização de uma das duas dimensões. Como já delimitado, Hans KELSEN fez constituir a Lei Fundamental senão em um dever ser; enquanto Ferdinand LASSALLE pretendeu eliminar do Texto Maior toda a normatividade.

2. A Constituição, tal como apresentada por KELSEN, falha ao atender as exigências da constante evolução dos poderes sociais atuantes, culminando por gerar a instabilidade e descrédito constitucionais. De igual modo, a completa subordinação da Constituição escrita (a “folha de papel”) às forças vivas sociais (Constituição real), como o quer LASSALLE, importa no desrespeito e descumprimento do Texto Maior.

3. Demonstra-se irrefragável, portanto, a necessidade de abandonar a estrita separação entre fato e norma, tal como apregoado pelo exclusivismo formalista de KELSEN e pelo ceticismo sociológico de LASSALLE. Digna de nota, nesse sentido, a doutrina elaborada por Konrad HESSE que propõe a síntese dialética entre os planos normativo-constitucional e fático. Nesses termos, a Constituição não é meramente determinada pelas forças sociais e políticas - como um simples reflexo -, mas igualmente determinante da facticidade.

4. A sincronia da Constituição com o envolvente social que ela reflete e a cujos influxos está sujeita, numa relação de dependência cada vez mais indispensável, nos moldes propostos por HESSE, permite afirmar a contemporaneidade e adaptabilidade da Constituição, fatores tão necessários à sua sobrevivência.

5. Apresentando caracteres educativo e projetivo, as normas da Constituição estão constantemente a projetar soluções contemporâneas sobre perspectivas

porvindouras. Decorre daí que o potencial do texto fundamental não se esgota quando de sua promulgação.

6. É a capacidade de adaptação do regramento constitucional ao movimento caótico da comunidade política que estabelece mesmo a garantia de sua permanência e de sua durabilidade. Logo, em que pese a delimitação escrita do conteúdo constitucional, a princípio estanque, deve ser rechaçada a noção de que o traço fundamental do documento mais importante de uma nação é a sua imutabilidade.

7. A par disso, mostra-se relevante a articulação entre a rigidez e a flexibilidade da Constituição. Se, por um lado, os elementos estabilizadores da Lei Maior não devem ser resguardados ao ponto de obstaculizarem a tão imprescindível reciprocidade que deve permear a relação entre ordenação constitucional e realidade político-social; por outro, não podem estar a descoberto, sob pena da pressão política dos acontecimentos solapar a Constituição.

8. Apropriada, destarte, a noção de rigidez relativa. A relatividade da rigidez constitucional constitui técnica capaz de acomodar ambas as exigências, permitindo a adaptação das normas constitucionais ao progresso e evolução sociais, mas impondo para tanto processo mais dificultoso do que aquele previsto para a alteração da legislação ordinária.

9. A estreita conexão da norma constitucional com a realidade social - em perpétua movimentação - que a circunscreve evidencia a necessidade de sua periódica atualização. O processo de mudança a que continuamente são submetidos os preceitos da Constituição decorrem tanto de mecanismos formais (reforma constitucional) como informais (mutação constitucional).

10. A reforma constitucional, gênero do qual são subespécies a emenda e a revisão constitucionais, é instituída pelo Poder Constituinte Derivado, formalizando-se nos procedimentos previamente delineados na redação do texto fundamental original segundo seus pressupostos, limites e quóruns. O reconhecimento de limitações aos mecanismos de mudança formal da

Constituição permite resguardar a estabilidade constitucional, evitando, por exemplo, a quebra dos princípios ideológicos e valorativos concebidos pelo Poder Constituinte Originário.

11. A mutação constitucional, a seu turno, expressão do Poder Constituinte Difuso, resulta de processos não previstos na própria sistemática da Constituição. A via informal de modificação da Lei Maior, diferentemente da reforma constitucional, atribui novos sentidos, significados e alcances até então não ressaltados à letra dos dispositivos constitucionais que permanece intocada.

12. O debate doutrinário acerca do significado da mutação constitucional manifestou-se com maior intensidade na Alemanha ao término do século XIX e limiar do século XX. O significado do instituto, desde os primeiros estudos teóricos formulados por juristas vinculados à Escola de Direito Público Alemã, revelou-se controvertido e recebeu tratamento com distintos matizes, que variam de acordo com a teoria e a forma de se conceber o Direito Constitucional adotados.

13. O conceito de mutação informal da Constituição engendrado no bojo da perspectiva positivista formalista de Paul LABAND e Georg JELLINEK, sob o marco histórico da Constituição do Império Alemão de 1871, teve por base o postulado do *fait accompli*, isto é, a aceitação de que situações fáticas são capazes de alterar o conteúdo normativo da Constituição, ainda que adversas ao texto constitucional.

14. A percepção dos processos oblíquos de alteração constitucional nesses termos mostra-se problemática. Como já visto, a realidade e o contexto histórico em que está inserida a norma constitucional inegavelmente a influenciam. Entretanto, precisamente para que a Constituição não sucumba à pressão momentânea do fático é imprescindível que as suas disposições revistam-se de força ativa e determinante que obriguem tanto os órgãos estatais como os cidadãos. Aceitar, portanto, a prevalência da realidade política sobre o Direito Constitucional, na esteira de JELLINEK e de LABAND, é negar a própria força normativa da Constituição.

15. No desenvolvimento da doutrina alemã, já sob a égide da Constituição de Weimar de 1919, despontou reação ao positivismo jurídico com as teorias da integração, cujos maiores expoentes são Rudolf SMEND, Hsü DAU-LIN e Hermann HELLER.

16. Embora aludidos autores arquitetem estudo fulcrado na mediação entre o normativo e o fático, a mutação constitucional ainda é apreendida como fenômeno capaz de transcender o conteúdo da Constituição normada. Toda e qualquer necessidade política deve ser Direito, o que justifica, na perspectiva dos autores, a ocorrência de mudanças constitucionais mesmo que afrontosas ao próprio texto da Constituição.

17. Com os ensinamentos de Konrad HESSE, na vigência da Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949, a teoria jurídica da mutação constitucional ganhou significativo avanço. A partir da ideia de condicionamento recíproco entre realidade e norma, HESSE apresenta acepção de mutação constitucional - associada à demarcação de limitações - capaz de resgatar e afirmar a força normativa da Constituição.

18. A incorporação da realidade à norma e com isso também os limites da mutação constitucional, nesse contexto de reciprocidade, são explicados com suporte na teoria da estrutura das normas de Friedrich MÜLLER. Sustenta HESSE que a mutação constitucional e seus parâmetros são assimilados com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração no “interior” da norma constitucional e não, segundo entendem seus predecessores, como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição. O texto da norma se revela como inicial aos processos de mutação constitucional.

19. O desenvolvimento histórico da teoria das mutações constitucionais, conforme apontado acima, proporciona a relevante constatação de que as bases para uma legítima modificação informal da Lei Fundamental, vale dizer, aquela que não violenta o Texto Maior, devem ser delineadas desde a compreensão da Constituição como norma superior e mais importante do ordenamento jurídico

que, como tal, possui poder e força normativa suficientes para regulamentar os diferentes acontecimentos sucedidos na comunidade política na qual ela exerce sua influência.

20. Outra decorrência a ser destacada é a absoluta necessidade do estabelecimento de limitações aos mecanismos não expressos de alteração constitucional. Não é qualquer transformação do âmbito normativo que encontrará correspondente variação no conteúdo da norma. Aceitar o contrário significaria o fim da constitucionalidade como instrumento de racionalização e harmonização das relações políticas, sociais e econômicas de uma nação.

21. As numerosas emendas à Constituição Federal de 1988, sem se olvidar, ademais, das reformas editadas durante o processo de revisão constitucional, revelam antes uma anomalia do que propriamente uma virtude de nosso sistema. O movimento constante de alteração formal conduz ao desprestígio e enfraquecimento da força normativa constitucional, sem contar o significativo abalo que inflige ao sentimento constitucional e ainda à segurança jurídica.

22. A caótica situação proporcionada pelo excesso de reforma constitucional somada à constatação de que, em muitos momentos, a promulgação de emendas constitucionais atendeu muito mais a questões de governabilidade do que a reivindicações sociais são fatores que autorizam o desenvolvimento das mutações constitucionais como mecanismos adequados - e privilegiados - para a adaptação da Lei Maior vigente à dinâmica fático-concreta a ela subjacente, garantindo a sua relevância no mundo hodierno.

23. A interpretação constitucional é a manifestação propulsora, por excelência, da mutação constitucional. Ainda que nem toda interpretação da Constituição implique na modificação da mesma, sem dúvida, todo processo informal de mudança constitucional pressupõe certa interpretação. Interpretação e mutação constitucional são incindíveis, de modo que a problemática da segunda encontra solução nos limites da primeira.

24. A opção do intérprete no sentido de conciliar a tensão entre a norma constitucional e a situação histórica do presente, de modo a garantir a

operatividade da Constituição, preservando, contudo, o texto normativo de desgastantes alterações formais, exige por sua parte esforço adaptativo, criativo e integrativo que, a toda evidência, já não se coaduna com os tradicionais esquemas interpretativos transmitidos pelo positivismo jurídico.

25. Eis que o rigorismo lógico-formal inerente ao modelo de interpretação característico da doutrina positivista apresenta dificuldades em lidar com a atual sistemática constitucional. Esta composta por normas com alto grau de abstratividade, generalidade e imprecisão pressupõe um intérprete criador do Direito. Na busca de significado para os preceitos constitucionais revela-se a importância de ampla liberdade de conformação do aplicador do Direito.

26. Tudo isso, por um lado, habilita o exegeta a trabalhar com as normas inseridas nas peculiaridades e circunstâncias casuísticas variáveis; mas, por outro, muito contribui para a perspectiva da discricionariedade decisória na atividade interpretativa.

27. A aposta na discricionariedade do intérprete para solucionar o “problema” da abertura semântica das normas constitucionais é legado direto das abordagens interpretativas presentes nas reflexões dos positivistas-normativistas Hans KELSEN e Herbert L. A. HART.

28. A perspectiva positivista da tarefa hermenêutica como ato de vontade do intérprete que, por conseguinte, o autoriza a decidir livremente por uma ou por outra contingência interpretativa responde a paradigmas de pensamento que, muito embora velhos, se mostram presentes no imaginário de grande parte dos juristas da atualidade.

29. Reportamo-nos à estrutura da compreensão difundida no século XIX, assim como ao modelo objetivista/representacional da linguagem. Assentada no paradigma da filosofia da consciência, a teoria do conhecimento novecentista radica a experiência hermenêutica no subjetivismo do homem que, por intermédio da linguagem, busca conhecer a lógica das coisas que se dão no mundo.

30. A partir da viragem linguística empreendida por Ludwig WITTGENSTEIN, já na segunda metade do século XX, a linguagem invade o pensamento filosófico e proporciona a libertação do conhecimento das amarras metafísicas da razão, delineadas pela filosofia da consciência.

31. O mesmo se diga do giro hermenêutico-ontológico engendrado pelo advento da teoria hermenêutica da facticidade desenvolvida, num primeiro momento, por Martin HEIDEGGER (hermenêutica ontológica) e, logo depois, pelo seu discípulo Hans-Georg GADAMER (hermenêutica filosófica). Delineadas sobre as bases da ontologia da linguagem, as propostas de HEIDEGGER e de GADAMER situam a compreensão na estrutura universal do ser.

32. Reconhecido o papel constitutivo da linguagem na nossa relação com o mundo, a compreensão é despojada da subjetividade transcendental da consciência humana e alocada no interior da prática intersubjetiva. O conhecimento e a atribuição de sentidos saltam do individualismo do sujeito que constrói o seu próprio objeto de conhecimento para um indivíduo integrado ao diálogo com o outro.

33. Os aportes filosóficos da hermenêutica contemporânea proposta por GADAMER - um dos corifeus do giro linguístico -, têm se mostrado de supina importância à ciência do Direito, sobretudo no que diz respeito ao combate à discricionariedade do intérprete. Segundo o filósofo, a compreensão se desenvolve no acontecimento da tradição, onde passado e presente estão em contínua mediação; e não na ação da subjetividade do intérprete.

34. De igual modo, Ronald DWORKIN, expoente máximo da tendência anti-positivista presente na filosofia jurídica da atualidade, recusando os pressupostos do paradigma da filosofia da consciência, sinaliza para a possibilidade e para a necessidade de respostas corretas em Direito, desde que legitimadas à luz dos princípios. A tese da resposta certa do autor é desenvolvida nas bases da interpretação criativa-construtiva que parte do entendimento do Direito a partir da noção de integridade.

35. A análise das mutações constitucionais operadas por meio da interpretação em conformidade com os pressupostos delineados pela hermenêutica filosófica gadameriana e, em igual medida, pela teoria da interpretação construtiva do Direito de DWORKIN justifica-se na medida em que tais aportes proporcionam o instrumental necessário para blindar a interpretação mutativa da Constituição de arbitrariedades e voluntarismos.

36. Para tanto, é preciso aceitar que o processo de mudança informal da Constituição não se traduz na representação subjetiva do intérprete, mas deve respeito à tradição, à integridade, à coerência do Direito e, não menos importante, aos parâmetros admitidos pelo programa normativo-constitucional (texto normativo). Somente é possível falar de um câmbio informal plenamente constitucional - e democrático -, partindo-se de tais premissas.

37. Na condição de intérpretes derradeiros da Constituição, as Cortes Constitucionais, na atualidade, assumem cada vez mais o relevantíssimo papel de atualizadoras e modificadoras dos ordenamentos jurídicos. Por isso, a possibilidade de mutação constitucional pela via da interpretação judicial manifesta-se em maior frequência que, por exemplo, aquela efetivada pelos Poderes Executivo ou Legislativo.

38. A recorrência dessa modalidade de mudança não regulada no texto constitucional, que tem se tornado mais aguda nos últimos anos, mormente na prática constitucional brasileira, potencializa inevitavelmente complexas e interessantes questões envolvendo a Justiça Constitucional (e o Poder Judiciário como um todo).

39. O destacado papel desempenhado pela Justiça Constitucional na ambiência contemporânea é um papel extremamente observado e, em muitos aspectos, questionado. Já o era assim antes mesmo da ascensão das Cortes Constitucionais no cenário político-jurídico dos distintos Estados Democráticos da atualidade que as adotam.

40. A esse propósito, cumpre registrar que as tradicionais atitudes de contestação com relação ao órgão judiciário não se restringem à tão propalada falta de legitimidade democrática da instituição; há também críticas relacionadas à violação da soberania do Parlamento e ao dogma da tripartição de poderes.

41. Aludidas objeções, além de se mostrarem inadequadas, já não se coadunam com o crescente papel conferido à Judicatura Constitucional no contexto do Estado Constitucional. Hodiernamente, desponta a preocupação com os limites de atuação do Poder Judiciário, calcada na tensão que permeia a relação entre o constitucionalismo e a democracia.

42. Em linhas gerais o dualismo pode ser explicado por meio das conhecidas dimensões processuais e substantivas da Justiça Constitucional. Cada qual à sua maneira procura defender a melhor forma de eliminar o desacordo entre o constitucionalismo e a democracia. Assim, ao passo que a corrente procedimentalista acentua a função instrumental da instituição judiciária, limitando-a ao controle do escorreito funcionamento dos procedimentos democráticos previstos na Constituição, a proposta substancialista, em direção oposta, confere ao órgão judicial um papel diretivo, isto é, de tomada de decisão acerca do conteúdo material da legislação constitucional e dos direitos fundamentais.

43. Em concordância com as especificidades da nossa Constituição, não se olvidando, ademais, das peculiaridades da facticidade brasileira, a perspectiva substancialista certamente afigura-se mais apropriada. Tal constatação não implica em deixar ao olvido a dimensão processual-procedimental - absolutamente relevante -, mas, sim, evidenciar que, no atual estágio de desenvolvimento do sistema constitucional nacional, a melhor conformação do órgão exercente da jurisdição constitucional é, inegavelmente, aquela delineada pela concepção substancialista.

44. Considerando o ambicioso texto constitucional vigente que apregoa inequivocamente o primado dos direitos fundamentais - até a ordem de sua previsão na Lei Maior aponta nessa direção - e também a frequente postura

abstencionista adotada pelos Poderes Legislativo e Executivo diante das promessas estampadas na Constituição, realmente não é sensato negar aos direitos fundamentais os tão necessários mecanismos materiais de jurisdição constitucional, deixando-os à sorte dos instrumentos de caráter meramente procedimental.

45. Nesse contexto, é imperativo que se possa contar com uma Justiça Constitucional plenamente atuante para fazer frente aos compromissos assumidos pelo pacto constituinte, de modo que os valores em conflito recebam adequada tutela substancial.

46. A concretização constitucional e, por conseguinte, a transformação social pressupõem uma atitude hermenêutica por parte do órgão judiciário encarregado da proteção do texto fundamental de 1988. O desenvolvimento da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal deve acontecer mediante atividade interpretativa que busque ao máximo a efetivação do programa constitucional.

47. Para tanto, o órgão exercente da jurisdição constitucional tem a seu alcance a possibilidade de interpretação mutativa. Possuindo posição privilegiada, o magistrado constitucional é instado a produzir mutações constitucionais quando necessário, razoável e justificável, dando prioridade à vontade geral extraída dos meandros sociais, inclusive contra maiorias eventuais.

48. Cumpre frisar que a tarefa interpretativa não pode ser levada a cabo por juízes que lidem com o texto constitucional sob a ótica da pura formalidade. Afinal, como já dito, a situação hermenêutica constitucional operacionalizada a partir dos tradicionais esquemas interpretativos herdados do positivismo jurídico não encontra suporte nos novos dogmas regentes da atual fase do Direito Constitucional.

49. De igual modo, a atividade interpretativa-concretizadora jurisdicional não tem lastro em subjetivismos ou decisionismos. Como afirmado, a aposta no diálogo - na intersubjetividade - como forma de compreensão e de construção de

sentidos voltados à Constituição introduz reais possibilidades de obtenção do significado democrático da norma constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?)**. In: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação: Konrad-Adenauer Stiftung, 1999.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: Temas de Direito Constitucional. tomo IV. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

_____. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélia del. (Coord.). Neoconstitucionalismo em Perspectiva. Viçosa: UFV, 2014.

_____; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: Revista da

EMERJ, v. 6. n. 23. 2003. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em 07 de agosto de 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____; MEYER-PFLUG, Samantha. **A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais**. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (Org.). Interpretação Constitucional. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Derecho constitucional**. Trad. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1965.

_____. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**. Trad. Héctor Fix Zamudio. México: Fondo de Cultura Ecónomica, 2000.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. In: Revista Estudos Avançados Online. v. 18. n. 51. 2004. Disponível em www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v185.pdf. Acesso em 10 julho 2016.

BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Mutação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. 2. ed. tomo IV. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1969.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**. In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAMPOS, Milton. **Constituição e realidade**. In: Revista Forense. v. 137. ano 57. Fac. 679 - 680. jan./fev., 1960.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Problema da Legitimação do Poder Judiciário e das Decisões Judiciais no Estado Democrático de Direito**. In: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação: Konrad-Adenauer Stiftung, 1999.

COELHO, Inocêncio Martins. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORETH, Emerich. **Questões Fundamentais de Hermenêutica**. São Paulo: E. P. U. Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Õnati: Instituto Vasco de Adminstración Públlica, 1998.

DÍAZ, Elías. **Sociología Jurídica y Concepción Normativa del Derecho**. In: Revista Estudios Políticos. n. 143. sep./oct., 1965.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O Direito de Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. 13. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e Alguns Elementos das Percepções Contemporâneas da Hermenêutica Constitucional**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). Neoconstitucionalismo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como Sistema de Garantias**. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Por que ler Kelsen, hoje**. *Apud* COELHO, Fábio Ulhôa. Para entender Kelsen. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Comparado: o poder constituinte**. v. 1. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

_____. **O Poder Constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das Políticas pelo Poder Judiciário no Brasil**. In: QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Org.). Neoconstitucionalismo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GARCIA, Maria. **A Constituição Desconstituída: as emendas e o cânone constitucional**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. ano 8. n. 33. out./dez. São Paulo: RT, 2000.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza, 1993.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003.

_____. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **El Ser y el Tiempo**. México: Fondo de Cultura Ecónomica, 1986.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição e Direito constitucional**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **Limites da Mutação Constitucional**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JEFFERSON, Thomas. **The Papers of Thomas Jefferson**. v. 15. Princeton: Princeton University Press, 1958.

_____. **The Writings of Thomas Jefferson**. Federal Edition. v. XII. New York and London: G. P. Putnam's Sons, 1904-1905.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LABAND, Paul. **Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung**. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895.

LAFONT, Cristina. **The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy**. Trad. José Medina. Cambridge: MIT Press, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). Neoconstitucionalismo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo II. 6. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MOREIRA, Vital. **Princípios da Maioria e Princípios da Constitucionalidade**. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAINE, Thomas. **The Rights of Man**. New York: Penguin Books, 1984.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1999.

PAUL, Wolf. **Estabilidade Constitucional e Reforma do Judiciário. Considerações em Defesa da "Constituição Coragem"**. In: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação: Konrad-Adenauer Stiftung, 1999.

PINTO FERREIRA, Luís. **Da Constituição**. 2. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

_____. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 5. ed. amp. e atual. tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Mudança Constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília. n. 120. ano 30. out./dez., 1993.

_____. **Os 10 Anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a Construção da Democracia no Brasil**. In: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação: Konrad-Adenauer Stiftung, 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Reflexiones sobre la Constitución Viviente *(Living Constitution*)**. In: Díkaion Revista de Actualidad Jurídica. año 17. n. 12. 2003. Disponível em www.dialnet.unirioja.es/ejemplar/142442. Acesso em 23 de setembro de 2016.

SALDANHA, Nelson. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y Positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

_____. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7 ed., Porto: Afrontamento, 1999.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: JusPODIVM, 2013.

_____. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constituición**. 2. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution (inalienable rights)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo Constitucionalismo do Estado Democrático (e Social) de Direito: uma crítica à dogmática jurídica brasileira**. In: Separata de Homenagem ao Prof. Dr. André Gonçalves Pereira. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

_____. **Aplicar a "Letra da Lei" é uma Atitude Positivista?** In: Revista NEJ Eletrônica. vol. 15. n. 1. Jan./Abr. 2010. Disponível em www.univali.br/periodicos. Acesso em 17 maio de 2016.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: **uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

_____. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e "o Problema da Discricionariedade dos Juízes"**. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, Curitiba. n. 1. 2009. Disponível em www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em 25 de junho de 2016.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil**. In: Novos Estudos Jurídicos. v. 8. n. 2. maio/ago., 2003.

_____. **O que é isto - Decido Conforme minha Consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Justiça Constitucional e suas Fundamentais Funções**. Revista de Informação Legislativa. v. 43. n. 171. jul./set., 2006. Disponível em www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/95317. Acesso em 17 de maio de 2016.

_____. **O Discurso dos Direitos Fundamentais na Legitimidade e Deslegitimação de uma Justiça Constitucional Substantiva**. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto**. In: Revista Española de Derecho Constitucional. año 20. enero-abril, 2000.

VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional e la Problemática del Poder Constituyente**. Madrid: Tecnos, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. **El Sentimiento Constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política**. Madrid: Reus, 1998.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WHEARE, Karl. **Las Constituciones Modernas**. Barcelona: Labor, 1971.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.