

5

Conclusão

Ao final da presente dissertação, sem prejuízo das demais proposições feitas ao longo da investigação, são enunciadas algumas afirmações conclusivas.

- 1) A gênese do fenômeno da mutação constitucional se dá sob o marco da Constituição do Império Alemão de 1871, por intermédio de autores vinculados à Escola alemã de Direito Público, como Paul Laband e Georg Jellinek.
- 2) Porquanto filiado à matriz filosófica positivista da segunda metade do século XIX, Georg Jellinek se mantém atrelado ao dualismo metodológico (positivismo legalista-positivismo sociológico) que servirá de base para a sua tese acerca da mudança constitucional informal.
- 3) Tendo por base o critério da intenção para diferenciar a reforma (intencional) da mutação (não intencional), Jellinek trata da mudança informal constitucional sob um *prisma de juridicidade exclusiva*, porquanto compreende a possibilidade de alteração das normas constitucionais como um processo eminentemente formal.
- 4) A perspectiva de Jellinek resta então circunscrita a uma concepção descritiva, empírica do fenômeno da mutação constitucional, limitada a revelar a perplexidade do autor diante das contradições entre a realidade e a letra da Constituição.
- 5) Já sob a égide da Constituição de Weimar, de 1919, inicia-se uma renovação teórica do Direito Público, por intermédio de autores antiformalistas como Rudolf Smend, Hsü Dau-Lin e Hermann Heller.
- 6) A doutrina de Heller tem por característica a incorporação de correntes realistas e sociológicas, além de reconhecer a interdependência entre o dinâmico e o estático, entre o ser (normalidade) e o dever ser (normatividade).
- 7) Enquanto a normalidade pressupõe a ideia de uma regra de previsão (probabilidade de repetição de condutas), a normatividade tangencia a ideia

de obrigatoriedade e de exemplaridade, de maneira que há uma complementariedade entre as duas noções.

- 8) Heller sustenta ser incabível a rígida separação entre ser e dever ser, bem como constata que, em alguma medida, a realidade social não normada, ou normada extrajudicialmente pode revelar-se mais forte que a normação estatal. Desta feita, na sua leitura, há modificações que permanecem à margem do processo formal de mudança do texto constitucional, não sendo possível garantir a inquebrantabilidade das normas constitucionais face à magnitude da facticidade.
- 9) Já em 1949 é promulgada a Lei Fundamental de Bonn, Carta que, a despeito de não contar com a ampla chancela do povo alemão, investe na incorporação de normas de elevado teor axiológico e no fortalecimento da jurisdição constitucional em oposição à legalidade positivista.
- 10) Neste cenário, Konrad Hesse se propõe a investigar a existência, o alcance da força normativa da Constituição, no intuito de demonstrar que a Constituição, ao mesmo tempo em que se encontra vinculada à realidade histórica, não está simplesmente subordinada, condicionada a ela. Segundo o autor, a Constituição possui uma pretensão de eficácia autônoma capaz de imprimir ordem e conformação à realidade fática.
- 11) Na lição de Konrad Hesse, rigidez e mobilidade encontram-se em relação de coordenação. Neste sentido, ao mesmo tempo em que a estabilidade revela-se fundamental à eficácia constitucional, o autor aduz da necessária aptidão da Constituição para incorporar e adaptar-se a mudanças.
- 12) O autor aponta a dificuldade de Jellinek em lidar normativamente com o fenômeno da mutação constitucional, porquanto atado à rigorosa separação entre realidade e norma, própria do positivismo jurídico. Como alternativa, sustenta a ruptura com os pressupostos do positivismo jurídico e o conseqüente abandono da rígida separação metodológica entre ser e dever ser.
- 13) Na construção de uma teoria jurídica da mutação constitucional e seus limites, Hesse observa o papel desempenhado pelas Constituições escritas nas sociedades contemporâneas, no sentido de constituírem relevante vetor de estabilização, racionalização e limitação do poder.

- 14) Tendo por base a metódica normativo-estruturante de Friedrich Müller, Konrad Hesse aponta para a relevância do texto constitucional enquanto baliza à mutação constitucional. Isto porque, o conteúdo da norma só pode ser alterado dentro dos limites circunscritos pelo próprio dispositivo constitucional (alteração produzida no interior da norma).
- 15) Transpondo a temática para o contexto sócio-brasileiro, observa-se que o Brasil alcança relativa estabilidade institucional com a Constituição de 1988, Carta de cariz programático e dirigente, a partir da qual emergem as noções de *constitucionalização do Direito*, *judicialização das relações políticas e sociais* e *neoconstitucionalismo*, fenômenos que terminam por contribuir para um reforço no papel institucional do Poder Judiciário.
- 16) Nada obstante, este cenário de protagonismo judicial no Brasil culmina na postura ativista assumida pelo Supremo Tribunal Federal, revela uma atuação do Poder Judiciário que por vezes desborda os limites do texto constitucional, enfraquecendo a sua força normativa.
- 17) Contudo, sustentamos que esta proeminência judicial contemporânea não guarda relação direta e necessária com o perfil assumido pela Constituição de 1988. Não só a normatividade, mas também a facticidade experimentada pelo Brasil contribuem para a ampliação do papel do Poder Judiciário.
- 18) Vale destacar que o maior risco da postura ativista encampada pelo Supremo Tribunal Federal consiste na atribuição de um poder constituinte permanente ao Tribunal, porquanto capaz de “corrigir” a Constituição, por intermédio da subversão do fenômeno da mutação constitucional. Como exemplo, os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação 4.335-5/AC.
- 19) Por oportuno, cumpre ainda salientar a impossibilidade de se concluir pela necessária vinculação entre o fenômeno da mutação constitucional e a soberania popular, porquanto a mudança constitucional informal pode se operar em relação a um dispositivo constitucional eminentemente técnico, o que restringe a discussão acerca da alteração da compreensão à comunidade especializada. Do mesmo modo, a mutação constitucional não se encontra sempre atrelada a uma disposição específica da Constituição, podendo consubstanciar uma alteração no contexto ou ainda albergar vários dispositivos constitucionais.

- 20) Desta feita, à luz da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, procura-se superar o paradigma da filosofia da consciência, abandonar as dicotomias metafísicas, bem como reconhecer o papel constitutivo da linguagem na relação do homem com o mundo. Ao romper com a concepção de um sujeito cognoscente que apreende um objeto (perspectiva individualista), se pretende apostar em uma perspectiva intersubjetiva (sujeito-sujeito), responsável por promover o salto da epistemologia da fundamentação para a ontologia da compreensão.
- 21) O recurso à hermenêutica filosófica justifica-se na medida em que fornece relevante instrumental no combate à discricionariedade, à arbitrariedade judicial própria da dogmática jurídica dominante, ainda imersa no paradigma epistemológico da subjetividade.
- 22) Neste passo, porquanto a metodologia se revela incapaz de visualizar a existencialidade da compreensão, manifesta a impossibilidade de se alcançar uma interpretação correta, é que a hermenêutica filosófica assevera a relevância da linguagem, enquanto forma de acesso ao mundo. Nesta seara, a historicidade, a fenomenologia ganham relevo, porquanto os enunciados normativos não adquirem sentido fora da facticidade.
- 23) Assim sendo, constata-se que a dualidade interpretação/aplicação não mais se impõe na dogmática jurídica, porquanto a compreensão não se opera em etapas, interpretação e aplicação do Direito são uma só operação. Desta feita, necessário o rompimento com a prática de cisão dos objetos para análise, porquanto conduta atrelada ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência.
- 24) Cumpre destacar a dimensão positiva conferida por Gadamer à pré-compreensão. Tendo em conta que ao ler um texto, o intérprete sempre o faz a partir de suas concepções prévias, de sua historicidade, Gadamer preconiza não o abandono da pré-compreensão, porém a abertura do intérprete para a opinião do outro (intersubjetividade) e para a opinião do texto, cruciais no processo de compreensão.
- 25) Na reflexão do papel do texto enquanto baliza, limite à mutação constitucional, utilizou-se como pano de fundo os votos dos Ministros Eros Roberto Grau e Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4.335-5/AC, enquanto exemplo de subversão do fenômeno da mutação constitucional,

porquanto o que se pretendeu não foi a atribuição de uma nova norma ao texto, porém a substituição de um texto por outro construído pelo Supremo Tribunal Federal.

- 26) Na medida em que a linguagem assume a posição de condição de possibilidade e a compreensão caracteriza-se pelo movimento de *ir às coisas* e nelas se confirmar, é que se afirma que *todo texto é evento*, porquanto reflexo do momento histórico de sua criação. Nesta quadra, porquanto não há norma sem texto, bem como este sempre nos remete à facticidade do intérprete, é que se conclui pela impossibilidade de ignorar o texto no processo de compreensão (o intérprete não pode *assujeitar* o texto, muito menos inventá-lo).
- 27) Acerca do artigo 52, X, da CRFB, sustentamos que o dispositivo consubstancia uma possibilidade de diálogo institucional no final do controle difuso, e, ao contrário dos Ministros Eros Roberto Grau e Gilmar Ferreira Mendes, entendemos pela não ocorrência de mutação constitucional no caso. Isto porque, na medida em que os textos constitucionais nos remetem à facticidade, forçoso considerar que o dispositivo perfaz uma tradição incorporada à institucionalidade brasileira desde 1934.
- 28) Neste sentido, porquanto interpretar não consiste em um processo livre, mas sim pautado por parâmetros hermenêuticos advindos do texto e da tradição, é que a compreensão de um dispositivo constitucional não pode ser um ato de subjetividade, não pode ser fruto da consciência/subjetividade do intérprete, notadamente porque não há existência autônoma entre texto e norma.
- 29) Desta maneira, cumpre destacar a impossibilidade da Constituição ser corrigida ou complementada por qualquer aplicador, à margem do processo legislativo regulamentar, sob pena de ruptura do desenho institucional brasileiro consignado na Constituição de 1988. Não é possível destruir o significado do texto constitucional sob o pretexto de mutação constitucional.
- 30) Por conta da assunção do paradigma da intersubjetividade, próprio do pós-positivismo e do Estado democrático de Direito, a superação do positivismo jurídico se impõe. Desta maneira, não é cabível sustentar

qualquer forma de decisionismo, de discricionariedade judicial. Com arrimo em Ronald Dworkin, a invocação da normatividade dos princípios desponta como solução contra a discricionariedade em sentido forte. Nesta linha, a atividade do decisor, do juiz deve ser reconduzida, *confirmada na própria Constituição*.

- 31) Neste sentido, necessária a distinção entre a atuação interventiva da jurisdição constitucional em um país periférico como o Brasil, destinada a fazer cumprir a Constituição, de uma postura ativista do Judiciário. A problemática do ativismo se impõe na medida em que a Corte desborda os limites da Constituição e passa a fazer política. A noção de mutação constitucional via interpretação não deve ser associada ao ativismo judicial, porquanto a postura de um Judiciário que desconsidera o texto constitucional e amesquinha a atuação do Poder Legislativo deve ser rechaçada. Há limites hermenêuticos que devem ser observados e respeitados.
- 32) A assimilação do fenômeno da mutação constitucional como *integridade* pressupõe a integridade da Constituição. A noção recomenda que os julgadores percebam o Direito como um todo, uma unidade, de maneira que a interpretação deve dar continuidade à história institucional, considerando a força da linguagem, a dimensão da pré-compreensão e o peso da fenomenologia neste processo.
- 33) Assim, eventual reconhecimento da obsolescência da atribuição do Senado consubstanciada no artigo 52, X, da CRFB constitui tarefa do Poder Legislativo, deve ser objeto de emenda à Constituição e não mutação constitucional. A mutação não pode ser capaz de esvaziar por completo a eficácia de um dispositivo constitucional.
- 34) Em virtude da assunção do paradigma da intersubjetividade (diálogo público) é que se revela desejável a perspectiva de um constitucionalismo cooperativo, de uma compreensão dialógica do fenômeno da mutação constitucional via interpretação. Notadamente porque, todos devem participar da construção interpretativa do significado constitucional.
- 35) Por intermédio da exposição da sistematização das teorias dialógicas efetuada por Christine Bateup, especialmente as teorias do equilíbrio, da parceria e a fusão dialógica, vislumbram-se alternativas à supremacia pura

e simples do Poder Judiciário. Nesta esteira, as teorias dialógicas lançam um olhar renovado acerca dos modelos possíveis de desenho institucional.

36) Desta maneira, porquanto a hermenêutica filosófica apregoa a ruptura com dicotomias é que se objetiva superar a dualidade radical “todo o poder aos juízes” ou “todo o poder ao legislador”. Por intermédio da exposição do pensamento de diversos autores americanos, dentre eles, Cass Sunstein, John Ferejohn, Stephen Macedo e Jeremy Waldron, pretende-se revelar a inadequação da deferência absoluta e a necessidade de compartilhamento de poder. Objetiva-se romper com uma concepção monológica centrada no Poder Judiciário a partir do temperamento da previsão do artigo 102 da Constituição: não há propriamente uma última palavra do Supremo Tribunal Federal, porquanto sempre existe a possibilidade da questão exsurgir das instâncias políticas e da sociedade. Seguindo a perspectiva de Ronald Dworkin, última palavra não é sinônimo de resposta certa.

37) A despeito do modelo de engenharia constitucional brasileiro não consubstanciar um modelo ideal de dialogia, é forçoso reconhecer que a noção de diálogo é algo ínsito, inerente à ideia de separação de poderes. Nesta linha, a Lei Fundamental brasileira também alberga formas de diálogo público, para além da previsão institucional do artigo 52, X, da CRFB. Desta maneira, por intermédio da atuação do Poder Legislativo (correção legislativa via lei ordinária), do Executivo (medidas provisórias, indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal) e da sociedade civil (*backlash*, constitucionalismo democrático e mecanismos formais como o *recall*, a iniciativa popular de emenda à Constituição e as audiências públicas), objetiva-se jungir a perspectiva dialógica de interação entre os poderes, bem como sublinhar a possibilidade de todas as instâncias e da comunidade política construírem e influírem, através da interpretação, nos rumos da mudança constitucional informal.

38) Nesta esteira, cumpre salientar que os parâmetros hermenêuticos da mutação constitucional no cenário brasileiro não podem ser os mesmos daqueles que se impuseram na Alemanha ou nos Estados Unidos. No caso da experiência desses países ser fonte de inspiração para o Direito Constitucional brasileiro, seria imprescindível uma adaptação da doutrina

estrangeira, na medida em que o fenômeno se processa de forma distinta em cada país.