

# 1

## Introdução

### 1.1

#### Apresentação do tema

O fenômeno da mudança informal da Constituição ganha relevo no cenário contemporâneo, caracterizado pelo crescente protagonismo do Poder Judiciário. A postura ativista encampada pelo Supremo Tribunal Federal produz hoje importantes reflexos na seara das mutações constitucionais. De fato, a hipertrofia da jurisdição constitucional atinge hoje o seu ápice por meio da aplicação de princípios, de cláusulas abertas, mas em especial por intermédio de uma pretensa prerrogativa de “correção” da Constituição, consubstanciada no fenômeno da mutação constitucional via interpretação judicial.

Com efeito, a possibilidade sempre renovada de modificação do texto constitucional sem a sua alteração formal, a fluidez característica das mutações constitucionais e a ausência de limites hermenêuticos bem demarcados, terminam por contribuir muitas vezes para uma distorção na compreensão do fenômeno da mudança informal constitucional, observada, por exemplo, nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação 4.335-5/AC, mote inicial de investigação da presente dissertação, onde, além da tentativa de equiparação dos efeitos do controle difuso aos do controle concentrado,<sup>1</sup> se pretendeu afirmar que o artigo 52, X, da Constituição teria sofrido mutação constitucional.<sup>2</sup>

Ora, a temática das mudanças constitucionais tangencia a permanente tensão entre a aspiração de permanência, estabilidade e o caráter dinâmico próprio das Constituições modernas. Assemelha-se ao embate entre as diferentes

---

<sup>1</sup> Cumpre destacar que em sede de controle difuso, o efeito da decisão é *inter partes* e *ex tunc*. O Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em sede de Recurso Extraordinário, remete a matéria ao Senado, para que este suspenda a execução da referida lei (consoante dispõe o artigo 52, X, da Constituição). Se o Senado optar pela suspensão, a mesma terá efeitos *erga omnes* e *ex nunc*. Já no que concerne ao controle concentrado, os efeitos da decisão são *erga omnes* e *ex tunc*, porém o que ocorre é a retirada da eficácia da lei.

<sup>2</sup> STF, Rcl 4.335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01.02.2007.

perspectivas de James Madison e Thomas Jefferson, manifestas na obra clássica *The Federalist*.<sup>3</sup> Neste sentido, enquanto Madison sustentava a relevância da estabilidade constitucional, porquanto concebia a Lei Fundamental como resultado de um momento singular de expressão do autogoverno e da soberania popular, sublinhando que o processo de reforma constitucional deveria ser reservado a ocasiões extraordinárias,<sup>4</sup> Thomas Jefferson aduzia a impossibilidade de gerações passadas condicionarem o presente, pois que, na sua leitura, os termos da Constituição deveriam poder ser repensados a cada nova geração, notadamente porque “*the dead have no rights*”<sup>5</sup> e “*We the People should rule ourselves, not simply through day-to-day governance under a fixed charter, but also by rethinking the basic terms of political and social life.*”<sup>6</sup>

Contudo, a transposição do debate atinente à mudança constitucional para o horizonte brasileiro denota a impossibilidade de se desconsiderar elementos próprios da facticidade experimentada por nosso país, em especial, o papel singular desempenhado pela nossa Constituição, enquanto “condição de

<sup>3</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

<sup>4</sup> Consoante o *Federalist* n. XLIX [Madison]: “Há por certo muita força neste raciocínio, e devemos permitir que prove a necessidade de se traçar e manter aberta uma via constitucional para a decisão do povo em determinadas ocasiões importantes e extraordinárias.” *Ibid.* p. 343.

<sup>5</sup> Neste sentido, assevera Thomas Jefferson: “*But the dead have no rights. They are nothing; and nothing cannot own something. Where there is no substance, there can be no accident. This corporeal globe, and everything upon it, belong to its present corporeal inhabitants, during their generation. They alone have a right to direct what is the concern of themselves alone, and to declare the law of that direction; and this declaration can only be made by their majority. That majority, then, has a right to depute representatives to a convention, and to make the constitution what they think will be the best for themselves.*” **Em Português:** Mas os mortos não têm direitos. Eles não são nada, e o nada não pode possuir algo. Onde não há nenhuma substância, não pode haver nenhum acidente. Este mundo corpóreo, e tudo sobre ele, pertence aos seus atuais habitantes corporais, durante a sua geração. Só eles têm o direito de dirigir as suas preocupações e para declarar a lei desta direção; e essa declaração só pode ser feita pela maioria. Esta maioria, então, tem o direito de mandar representantes para uma convenção, e para fazer da Constituição o que eles acham que será o melhor para eles mesmos. JEFFERSON, Thomas. *Letter of Thomas Jefferson to Samuel Kercheval*. 12 de jun. de 1816. Disponível em: <http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?document=459>. Acesso em 02 de jan. 2010.

<sup>6</sup> SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 2. Neste sentido, conferir também Bruce Ackerman: “*Whatever the future may hold, don’t expect big changes through formal amendments. We the People can’t seem to crank out messages in the way decreed by Article V of our Constitution.*” **Em Português:** Tudo o que o futuro pode reservar, não espere grandes mudanças através de emendas formais. Nós, o povo parecemos não conseguir pôr em marcha as mensagens na forma descrita no artigo V da nossa Constituição. ACKERMAN, Bruce. *The living Constitution*. In: Harvard Law Review, vol. 120, 2007, p. 1742. Disponível em: <http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/ackerman.pdf>. Acesso em 15 de set. 2010.

possibilidade do exercício do regime democrático.”<sup>7</sup> Diante de um contexto marcado pela inefetividade de direitos, por alargadas desigualdades e mazelas na implementação de políticas públicas, pela impossibilidade real de construir uma sociedade livre, justa e solidária, é que se revela imperioso o exame cauteloso do fenômeno da mutação constitucional via interpretação no Brasil, repensado segundo uma perspectiva impositiva de limites hermenêuticos capazes de assegurar a força normativa e a integridade constitucional.

Notadamente porque a Constituição não impede a efetivação da democracia, mas sim constitui uma invenção a ela destinada, porquanto “possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e maiorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro.”<sup>8</sup> Vale dizer, a presente investigação não tem por pretensão defender a imutabilidade constitucional, a “mumificação da Constituição”,<sup>9</sup> porém busca investir na fixação de parâmetros, na demarcação de limites à mudança informal constitucional via interpretação, em especial a implementada pelo Poder Judiciário, no intuito de evitar a erosão do valor normativo constitucional, visto que a atribuição de sentido não consiste em um processo livre e discricionário do intérprete, seja ele quem for.

Por esta razão, com arrimo na facticidade experimentada pelo Brasil é que esta dissertação termina por pender um pouco mais para a perspectiva de Madison, no sentido de investir em regras constitucionais sólidas, porém não imodificáveis, aptas à promoção do aprendizado futuro, sem repúdio absoluto ao passado.<sup>10</sup> Justamente porque o texto da Constituição “não manifesta abstratamente uma norma, alheia ao seu ambiente, à vida”<sup>11</sup> é que nosso exame busca lançar um olhar mais comedido sobre a possibilidade de mutação

---

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3.ed. rev. e ampl. com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 20.

<sup>8</sup> Ibid. p. 21.

<sup>9</sup> A ideia de mumificação da Constituição encontra-se na obra de FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t.1, p. 158 e 159.

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 21.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Texto ainda não publicado, cedido pelo autor. No prelo, p. 12.

constitucional monológica, operada pelo Poder Judiciário e apresenta como alternativa, uma perspectiva dialógica e intersubjetiva da mudança informal da Lei Fundamental.

## 1.2

### Objetivos

A presente dissertação objetiva investigar de forma crítica o fenômeno da mutação constitucional via interpretação judicial, notadamente por conta do tratamento dispensado pelo Judiciário brasileiro que, se arrogando de uma atribuição que não é sua, qual seja, de legislar, função constituinte, investe-se em uma discricionariedade construída a partir da vontade do intérprete e, por intermédio de uma jurisprudência corretiva, atualizadora, se entende capaz de “moldar a Constituição de acordo com suas preferências políticas e valorativas”.<sup>12</sup> O trabalho pretende questionar a legitimidade, fixar limites, bem como sublinhar o “grave problema hermenêutico”<sup>13</sup> dessa prática, notadamente em virtude do enfraquecimento do legislador eleito e da esfera pública enquanto instâncias responsáveis pela construção do significado de Constituição.

A investigação também se propõe a abordar o fenômeno da mutação constitucional via interpretação enquanto processo dialógico orientado à concretização de direitos. O que se pretende é ultrapassar uma perspectiva monológica, centrada na interpretação efetuada pelo Poder Judiciário e investir em uma concepção dialógica e intersubjetiva de mudança constitucional informal, capaz de promover o compartilhamento de poder, incorporar a dinâmica das relações institucionais e sociais, de forma a revelar uma proveitosa interação entre o Poder Legislativo, o Judiciário, o Executivo e a sociedade civil.

---

<sup>12</sup> SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea (Coord. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 134.

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), v. 10, 2007, p. 19.

### 1.3

#### Marco teórico e metodologia

No que tange ao marco teórico da pesquisa, o capítulo inicial (**capítulo 2**) teve por parâmetro a doutrina alemã do final do século XIX e início do século XX, na identificação da mutação constitucional, nuances e contornos do fenômeno. Foram analisadas as obras de Georg Jellinek (com ênfase no tratamento empírico conferido à mutação constitucional), Hermann Heller (autor antiformalista e responsável por uma perspectiva dinâmica de Constituição), bem como Konrad Hesse (notadamente o tratamento dispensado pelo autor à força normativa da Constituição e à noção de limites à mutação constitucional). Tendo em conta que esta dissertação não teve por finalidade efetuar uma abordagem exclusivamente alemã das mudanças constitucionais informais, a escolha dos três autores foi motivada pela relevância e pertinência da produção dos mesmos em relação à sua temática principal.

Já na transposição da problemática para o horizonte brasileiro, por intermédio da exposição dos fenômenos da *constitucionalização*, *judicialização* e *neoconstitucionalismo*, culminando no protagonismo do Poder Judiciário e na proliferação das mutações constitucionais via interpretação judicial, foi utilizada, em especial, a doutrina brasileira contemporânea. A metodologia empregada na feitura deste capítulo foi descritiva e de análise documental.

No **capítulo 3**, que tratou da identificação de limites hermenêuticos à mutação constitucional via interpretação judicial, bem como da crítica à discricionariedade judicial feita pela hermenêutica filosófica, manteve-se a metodologia descritiva e de análise documental, tendo-se como referencial teórico a obra de Hans-Georg Gadamer (*Verdade e método*), a de Lenio Luiz Streck, a de Herbert Hart (em especial a tese da discricionariedade positivista, textura aberta) e a de Ronald Dworkin (notadamente a noção de *Direito como integridade*).

No **capítulo 4** procurou-se abordar a mutação constitucional via interpretação enquanto um diálogo entre os poderes instituídos e a sociedade. Como cerne da perspectiva dialógica e intersubjetiva foram utilizados como marco teórico autores como Peter Häberle (e a noção de interpretação plural, sociedade aberta de intérpretes da Constituição), Christine Bateup (e sua tipologia

acerca das teorias dialógicas), bem como Cass Sunstein, John Ferejohn, Stephen Macedo, Barry Friedman e Jeremy Waldron na investigação da superação do monopólio judicial da interpretação constitucional e na necessidade de se investir no compartilhamento de poder. A metodologia utilizada foi, novamente, a descritiva, com ênfase na análise documental.

Em seguida, por intermédio do estudo da casuística nacional, bem como da análise das noções de correção legislativa, *backlash* e constitucionalismo democrático, foram examinadas as possibilidades de todos os poderes instituídos e da sociedade influírem nos rumos das mudanças constitucionais informais, em consonância com a concepção dialógica propugnada nesta dissertação. Além da metodologia descritiva, com base em exame documental, nesta parte específica da dissertação recorreu-se à pesquisa empírica, em que avultou a análise jurisprudencial, estudo de casos.

#### 1.4

#### **Estrutura do trabalho**

O presente trabalho encontra-se organizado em cinco capítulos. Além da introdução e da conclusão, os três capítulos restantes buscam examinar o fenômeno da mudança informal constitucional sob um prisma distinto do convencional, focado na interpretação do Poder Judiciário. A análise pretendida nesta dissertação privilegia a noção de hermenêutica plural, busca investir na perspectiva atinente aos diálogos públicos.

Assim sendo, no **capítulo 2**, procuramos traçar um panorama da teoria alemã do final do século XIX e início do século XX, berço da mutação constitucional. Por intermédio das obras clássicas de Georg Jellinek, Hermann Heller e Konrad Hesse, são traçados os parâmetros iniciais, se delineiam as feições do fenômeno das mudanças informais da Constituição, a partir dos diversos momentos históricos experimentados pela República Federal Alemã. Nesta quadra, os questionamentos acerca de limites das mutações constitucionais e as contradições entre a realidade, o fático e a letra da Constituição se impõem.

Em seguida, esse debate é transposto para o contexto brasileiro. Por intermédio do exame dos fenômenos da *constitucionalização*, *judicialização* e

*neoconstitucionalismo*, pretende-se mostrar o cenário contemporâneo caracterizado pelo protagonismo judicial e pela profusão de mutações constitucionais via interpretação judicial. Esta proeminência no Brasil culmina em ativismo judicial, em uma atuação que desborda limites constitucionais e vulnera o valor normativo da Lei Fundamental. Os votos dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação 4.335-5/AC se colocam como modelo desta subversão.

Nesta linha, o **capítulo 3** busca lastro na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer a fim de fornecer parâmetros de limitação à mudança informal constitucional via interpretação. Por intermédio da ruptura com o paradigma da filosofia da consciência, através do abandono de dualismos metafísicos, concluímos pela impossibilidade de redução da interpretação a um mero exercício discricionário do intérprete, investindo na mutação como antidiscrecionalidade judicial. Tendo por base os votos dos Ministros Eros Roberto Grau e Gilmar Ferreira Mendes na supracitada Reclamação, procura-se desenvolver a noção de mutação constitucional como integridade, sendo que o texto constitucional exsurge como relevante limite hermenêutico à mudança constitucional informal.

Assumindo como parâmetro o paradigma da intersubjetividade, próprio da hermenêutica filosófica, o **capítulo 4** inicialmente procura apresentar a tipologia das teorias dialógicas efetuada por Christine Bateup. Sem embargo das limitações atinentes à engenharia constitucional brasileira, cujo modelo de justiça constitucional não consubstancia propriamente um tipo ideal de dialogia, busca-se perquirir acerca das possibilidades de abertura e interação entre os poderes, por intermédio de uma perspectiva plural do fenômeno da mutação constitucional via interpretação. Ao invés de uma concepção monológica, centrada no Poder Judiciário, objetiva-se examinar a contribuição também do Poder Legislativo (correção legislativa), do Executivo (medidas provisórias e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal) e da comunidade (*backlash*, constitucionalismo democrático e mecanismos formais como o *recall*, as audiências públicas e a iniciativa popular de emenda à Constituição) na construção dos significados constitucionais, na condução das mudanças constitucionais informais operadas via interpretação.