

## 2

### **Do referencial teórico alemão da mutação constitucional ao cenário brasileiro pós-Constituição de 1988**

O presente capítulo objetiva apresentar um panorama do cenário alemão, gênese do fenômeno da mutação constitucional, por intermédio de autores clássicos como Georg Jellinek, Hermann Heller e Konrad Hesse. Em virtude da presente dissertação não ter como finalidade uma análise exaustiva nem exclusiva da teoria alemã da mudança informal da Constituição, o parâmetro adotado foi a escolha de três autores cuja produção não só apresenta relevância e pertinência em relação à temática, bem como as distintas percepções de cada um se coadunam com os diversos momentos experimentados pela República Federal Alemã: desde a perspectiva formalista do fenômeno da mutação constitucional apresentada por Georg Jellinek sob o marco da Constituição do Império Alemão de 1871, passando pelo prisma dinâmico e antiformalista de Constituição formulado por Hermann Heller sob a égide da República de Weimar (1919-1933), até a doutrina seminal de Konrad Hesse acerca da força normativa da Constituição e dos limites à mudança informal da Constituição elaborada já sob a Lei Fundamental de Bonn de 1949.

Já na transposição da problemática da mutação constitucional para o cenário brasileiro pós-Constituição de 1988, serão brevemente analisados os fenômenos da *constitucionalização*, *judicialização* e *neoconstitucionalismo* no intuito de revelar que a tendência ativista assumida pelo Supremo Tribunal Federal não guarda relação necessária com o perfil garantista e dirigente próprio da Lei Fundamental. Em virtude do protagonismo judicial no Brasil e do aumento das mutações constitucionais por meio da atuação do Poder Judiciário, o enfoque conferido à presente investigação repousa nas mudanças constitucionais informais via interpretação.

## 2.1

### Jellinek e a mutação constitucional enquanto fenômeno empírico

Sob o marco histórico da Constituição do Império Alemão de 1871 surgem os primeiros estudos acerca da temática da mutação constitucional,<sup>1</sup> fenômeno que acarreta a transformação do sentido e do alcance de normas constitucionais, sem que se opere, contudo, qualquer modificação de seu texto.<sup>2</sup> Com efeito, coube a autores vinculados à Escola alemã de Direito Público,<sup>3</sup> como Paul Laband e Georg Jellinek, a investigação inicial acerca do descompasso entre ordenação jurídica e realidade,<sup>4</sup> a despeito de uma abordagem formalista<sup>5</sup> e limitada à percepção do fenômeno da mudança informal da Constituição enquanto problema.<sup>6</sup> Isto porque, na perspectiva de autores filiados à matriz positivista, conceber alterações na Constituição sem a observância de um processo formal de mudança de normas constitucionais gerava no mínimo perplexidade e questionamentos.

Como bem salientado por Jellinek, a despeito da pretensão de unificação e da inauguração de uma nova ordem jurídica pela Constituição Imperial alemã, a manutenção de particularismos locais, o caráter fragmentário da Carta, porquanto

<sup>1</sup> 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. n.58. Enero-abril 2000, p. 107. Cumpre assinalar, segundo Hsü Dau-Lin, que o criador da expressão *mutação constitucional* foi Paul Laband. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción por Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Ardulararitzaren Euskal Erakundea, 1998, p. 31.

<sup>2</sup> Em termos incisivos, a despeito de outra a terminologia (*transição constitucional*) leciona Canotilho: “muda o sentido sem mudar o texto.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1153. Vale também destacar a expressão *vicissitude constitucional tácita* empregada por Jorge Miranda para designar as mudanças de conteúdo da norma, sem alteração formal do texto constitucional. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. II. 4.ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 133.

<sup>3</sup> Dentre os pontos de partida metodológicos propugnados pela Escola alemã de Direito Público, possível elencar a separação entre Direito e política. Como bem observa Ana Victoria Sánchez Urrutia: “*El derecho público, según esta escuela, debía ser estudiado de manera aislada sin tener en cuenta los fenómenos políticos cambiantes.*” URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., p. 107.

<sup>4</sup> Neste sentido, possível constatar um paradoxo, porquanto são os autores vinculados à tradição da Escola alemã de Direito Público e seus pressupostos os primeiros a iniciarem o estudo “*del contraste entre lo descrito en las normas constitucionales y el funcionamiento real del Estado constitucional.*” Ibid. p. 108.

<sup>5</sup> DAU-LIN, Hsü. Op. Cit., p. 31.

<sup>6</sup> URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., p. 106.

“sólo considera una parte de las instituciones fundamentales del Imperio”,<sup>7</sup> permitiu a coexistência de situações atípicas nos Estados federados, na medida em que estes mantiveram suas Constituições locais, apesar da quase totalidade de seus dispositivos já ter sido revogada pela Constituição Imperial. Este cenário, potencializado por uma Carta que não demandava mecanismos rígidos para sua revisão e pela inexistência de controle de constitucionalidade,<sup>8</sup> despertou o interesse de autores alemães filiados à Escola de Direito Público como Georg Jellinek, que se propuseram a investigar a problemática advinda do fenômeno das mutações constitucionais.

Nesta quadra, Georg Jellinek, célebre teórico da Teoria do Estado do final do século XIX,<sup>9</sup> professor de Direito Constitucional, Direito Internacional e Ciência Política da Universidade de Heidelberg, sustentou a incorporação à doutrina jurídica do Estado, da teoria social, no que se convencionou chamar de dualismo metodológico, consubstanciado na existência de dois conceitos de Estado (social e jurídico) que não seriam puros ou isolados, porém guardariam conexão entre si.<sup>10</sup> Conforme afirmam Arthur Jacobson e Bernhard Schlink, é este dualismo metodológico – positivismo legalista-positivismo sociológico – que perpassa toda a obra de Jellinek e que servirá de base para a sua tese acerca da mutação constitucional.<sup>11</sup>

Destarte, revela-se oportuna na compreensão do fenômeno das mudanças constitucionais informais a metodologia histórica encampada pelo autor alemão.<sup>12</sup> O interesse de Jellinek se mostra para além de mudanças normativas ou aspectos formais, porquanto valoriza o impacto da complexidade e imprevisibilidade das relações sociais, sobretudo em se tratando de mudanças institucionais.<sup>13</sup> Contudo,

<sup>7</sup> JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción por Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 12 e 13.

<sup>8</sup> URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., p. 107 e 113. Jellinek também assevera que as leis fundamentais não gozariam de maior estabilidade do que a legislação ordinária. JELLINEK, Georg. Op. Cit., p. 5.

<sup>9</sup> Assim afirma Pablo Lucas Verdú, no estudo preliminar que antecede a obra de Jellinek: *Reforma y mutación de la Constitución*.

<sup>10</sup> Acerca do dualismo metodológico de Jellinek, Pablo Lucas Verdú esclarece que “*los dos conceptos del Estado (social y jurídico) jellikenianos no son puros em absoluto, pues cada uno de ellos se contamina com el outro.*” O autor ressalta ainda a falta de rigor metodológico de Jellinek, porquanto justapõe critérios jurídicos com sociológicos. Ibid. p. XXVI e XLIV.

<sup>11</sup> JACOBSON, J. Arthur; SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California, 2000, p. 45 e 46.

<sup>12</sup> JELLINEK, Georg. Op. Cit., p. XVII.

<sup>13</sup> Ibid. p. XVIII. Desta forma, na compreensão científica de uma instituição, Jellinek afirma ser fundamental conhecer o seu desenvolvimento histórico.

a despeito desta investigação da “*esencia de lo político y sus relaciones com el Derecho*”,<sup>14</sup> resta clara a opção do autor quando afirma na clássica obra *Reforma y mutación de la Constitución* que: “*esta investigación se mueve en los linderos entre el Derecho constitucional y la política. Siempre he sostenido la separación metódica y la unión científica de ambas disciplinas*”.<sup>15</sup> Neste passo, é imperioso observar que Jellinek se manteve fiel ao programa positivista da segunda metade do século XIX.<sup>16</sup>

Com efeito, o critério adotado pelo autor para diferenciar a reforma da mutação constitucional foi o da intenção, da consciência da alteração.<sup>17</sup> Destarte, a mudança informal da Constituição consistiria na modificação que “*deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación*.”<sup>18</sup> A filiação de Georg Jellinek ao positivismo formalista fica evidente, sobretudo ao abordar o fenômeno da mudança constitucional “por um prisma de juridicidade exclusiva”,<sup>19</sup> notadamente quando afirma: “*Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas*.”<sup>20</sup> Na lição de Paulo Bonavides:

“Isso quer dizer que o jurista sufocava ou reprimia o sentido criador e modificador contido no chamado “espírito da Constituição”, de natureza dinâmica e flexível, para unicamente realçar o aspecto estático e rígido e só admitir a introdução de preceitos constitucionais materiais por via formal.”<sup>21</sup>

Por esta razão, a despeito das idéias de Georg Jellinek revelarem, em alguma medida, uma receptividade à realidade da vida, no intuito de melhor compreender as construções jurídicas, bem como sua visão acerca do Direito Constitucional procurar dar conta dos influxos provenientes de forças históricas,<sup>22</sup> o fato é que, quando se verifica um demasiado divórcio entre norma e fato, quando inevitável a perplexidade gerada por uma realidade que já não mais se

<sup>14</sup> Ibid. p. XXIII. O autor alemão se propôs a estabelecer uma conexão entre a norma jurídica e a sociedade.

<sup>15</sup> Ibid. p. 3.

<sup>16</sup> Segundo afirmam JACOBSON, J. Arthur; SCHLINK, Bernhard. Op. Cit., p. 47.

<sup>17</sup> JELLINEK, Georg. Op. Cit., p. 7.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 149 e 150.

<sup>20</sup> JELLINEK, Georg. Op. Cit., p. 7.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 150.

<sup>22</sup> JELLINEK, Georg. Op. Cit., p. XXXVII e XXXV.

deixa captar pelo direito positivo,<sup>23</sup> a teoria de Jellinek acerca da mudança constitucional, porquanto filiada à matriz filosófica positivista,<sup>24</sup> não oferecerá solução adequada, eficiente à questão.

Notadamente porque Jellinek se restringe a uma concepção puramente descritiva, limitada à demonstração de seu embaraço, sua perplexidade “*frente a las contradicciones entre la realidad, lo fáctico, y lo establecido por la letra de la Constitución.*”<sup>25</sup> Com isto, não há uma delimitação nítida dos conceitos de reforma e mutação constitucional, muito menos a definição de eventuais limites às mudanças informais. A atribuição de força normativa à facticidade<sup>26</sup> e, a conseqüente e inevitável rendição do Direito sustentadas pelo autor, podem ser observadas em fragmentos de sua obra: “*Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica.*”<sup>27</sup>

No mais, como bem aponta Ana Victoria Sánchez Urrutia, falta a Jellinek sistematização na apresentação dos dados referentes às mudanças informais das Constituições de sua época.<sup>28</sup> Na exposição das diversas vias de mutação constitucional, dentre elas a prática parlamentar, administrativa, jurisdicional, a necessidade política, a prática convencional, por desuso das faculdades estatais e a mutação em virtude das lacunas da Constituição e sua integração,<sup>29</sup> Jellinek empreende uma análise meramente empírica dos fenômenos políticos-sociais, o que será objeto de questionamentos por Konrad Hesse no item 2.3. da presente investigação.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 150.

<sup>24</sup> Conforme veremos no item 2.3. deste capítulo, a partir das críticas de Konrad Hesse, Arthur Jacobson e Bernhard Schilink, ficará claro que a filiação de Jellinek ao positivismo jurídico o impediu de lidar normativamente com o reconhecimento da influência da realidade social no Direito. Nada obstante, cumpre ressaltar que Pablo Lucas Verdú, em sentido oposto, entende que Jellinek, a partir da obra *Reforma y mutación de la Constitución* teria rompido com o positivismo legalista. JELLINEK, Georg. Op. Cit., p. LXXX.

<sup>25</sup> URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., p. 113.

<sup>26</sup> JELLINEK, Georg, *Staatslehre*, p. 337 e ss. O autor afirma a existência de uma “fôrça normativa do normal fáctico”. Apud HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 298.

<sup>27</sup> JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Op. Cit., p. 84.

<sup>28</sup> A autora assevera: “*En la descripción del fenómeno, es poco sistemático: recoge de manera poco ordenada datos sobre los cambios informales de las Constituciones de su época.*” URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., p. 111.

<sup>29</sup> JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Op. Cit., p. 9 a 81. Conferir também: URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., p. 111.

## 2.2

### Heller: entre a normatividade e a normalidade

O cenário europeu, anterior à Segunda Guerra, caracterizava-se pela prevalência de uma cultura jurídica legicêntrica, onde a lei consistia na fonte principal do Direito e as Constituições não gozavam propriamente de força normativa.<sup>30</sup> Diversamente do constitucionalismo norte-americano, na Europa do século XIX, os documentos constitucionais não assumiam “uma posição clara de lei superior,”<sup>31</sup> podendo-se mesmo afirmar que a noção de Estado antecedia a de Constituição,<sup>32</sup> na medida em que esta era apenas um instrumento a serviço dos propósitos estatais.<sup>33</sup> Dentre os fatores determinantes da dificuldade de consolidação da supremacia constitucional na Europa do século XIX, possível elencar o fato de que as Constituições europeias, em sua grande maioria, “apesar de escritas, eram flexíveis”,<sup>34</sup> porquanto não “traziam qualquer referência ao procedimento de reforma,”<sup>35</sup> bem como não dispunham de um sistema judicial de controle de constitucionalidade.<sup>36</sup>

Neste passo, a Constituição de Weimar de 1919, sem embargo de constituir referência enquanto Constituição democrática, notadamente por conta da previsão de direitos sociais, coletivos para além dos individuais clássicos<sup>37</sup>, encontrava-se envolvida em uma “cultura desencantada e formalista do Direito”<sup>38</sup>,

<sup>30</sup> De maneira diversa, entendendo não ser cabível a afirmação de que a força jurídico-normativa da Constituição foi reconhecida a partir da Segunda Guerra Mundial, mas sim que as Constituições sempre foram concebidas como decorrência e expressão de um projeto político, cujo intuito, na maioria dos casos, era o de garantir sistemas capitalistas em sua versão liberal e a instauração de democracia representativa, conferir: DIMOULIS, Dimitri. *Uma visão crítica do neoconstitucionalismo*. In: Constituição e efetividade constitucional (Coord. George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite). Salvador: Editora JusPodium, 2008, p. 46 e 48.

<sup>31</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.87.

<sup>32</sup> JACOBSON, J. Arthur; SCHLINK, Bernhard. Op. Cit., p. xi.

<sup>33</sup> Neste sentido, pertinente a afirmação de Luís Roberto Barroso quando enuncia que o modelo predominante na Europa até meados do século passado concebia a Constituição como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: Temas de Direito Constitucional, t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 67.

<sup>34</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit., p. 87.

<sup>35</sup> Ibid. p. 88. Este o caso das Constituições francesas de 1814 e de 1830, por exemplo.

<sup>36</sup> Ibid. p.89. Como exceção à afirmação, é possível vislumbrar a Constituição da Áustria, de 1920, por intermédio da qual Hans Kelsen introduziu o controle de constitucionalidade na Europa.

<sup>37</sup> URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., p. 114.

<sup>38</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit., p. 87.

bem como “não estabelecia limites substantivos à sua reforma.”<sup>39</sup> Isto porque a pedra angular do debate constitucional alemão girava em torno da “crise do jusnaturalismo e da ascensão do positivismo como doutrina jurídica dominante, não apenas na Alemanha, assim como em quase toda a Europa”.<sup>40</sup>

Nada obstante, a vitalidade argumentativa da doutrina constitucional produzida no período da República de Weimar foi capaz de proporcionar uma substancial renovação teórica do Direito Público, notadamente por intermédio de autores como Rudolf Smend<sup>41</sup>, Hsü Dau-Lin<sup>42</sup> e Hermann Heller. O esforço teórico dos autores antiformalistas constitui “*antecedente directo para caracterizar los elementos del fenómeno de la mutación constitucional*,”<sup>43</sup> e, pode ser traduzido na tentativa de refletir “*acerca del cambio constitucional*”<sup>44</sup> e no empenho de “*comprender la relación existente entre la dinámica política y la Constitución escrita*.”<sup>45</sup>

Assim, dentre os antagonistas do positivismo jurídico,<sup>46</sup> é possível situar Hermann Heller, referência entre os grandes constitucionalistas do século XX, Professor em Kiel (1920), Leipzig (1922-1926) e Berlim (1926-1933).<sup>47</sup> Sua doutrina apresenta como traço característico a incorporação das correntes realistas e sociológicas,<sup>48</sup> corroborando a posição de Ferdinand Lassale porquanto encampa

<sup>39</sup> Ibid. p. 94. Cumpre salientar de que maneira a ampla interpretação dos poderes de emergência conferidos pelo artigo 48 da Constituição de Weimar contribuiu para a instabilidade do período da República de Weimar.

<sup>40</sup> Ibid. p. 91.

<sup>41</sup> Rudolf Smend foi um dos responsáveis por uma precursora contribuição sobre a necessidade de introduzir, na teoria constitucional, o método científico-espiritual em substituição da análise meramente jurídica. O autor sustentava uma teoria dinâmica da Constituição. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Tradução por José M.<sup>a</sup> Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 62 e SS. Cumpre destacar, consoante Paulo Bonavides que: “O problema básico de toda teoria constitucional consiste, segundo Smend, em explicar “a força normativa do fático”, sem prender-se ao dualismo excludente e antinômico, certamente de inspiração kantista, já patenteado por Jellinek com sua atitude cética acerca daquelas forças políticas, reais e sociológicas, operadoras da mudança constitucional, mas que, conforme ele, “se movem segundo suas próprias leis e atuam independente de todas as formas jurídicas.” BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 155.

<sup>42</sup> Coube a Hsü Dau-Lin, autor chinês e discípulo de Rudolf Smend, elaborar valioso estudo acerca da temática das mutações constitucionais. Hsü Dau-Lin reformulou de maneira sistemática o conceito de mudança informal da Constituição. Segundo o autor, a mutação constitucional consiste na “*incongruencia que existe entre las normas constitucionales por um lado y la realidad constitucional por outro*.” Vale dizer: “*Reina una tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional*.” DAU-LIN, Hsü. Op. Cit., p. 29 e 30.

<sup>43</sup> URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., p. 116.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit., p. 93.

<sup>47</sup> Estudo preliminar da obra de Hermann Heller. HELLER, Hermann. Op. Cit., p. IX.

<sup>48</sup> Ibid. p. X.

a tese de que a Constituição real se materializa nas relações reais de poder.<sup>49</sup> Nada obstante, preconiza o constante movimento de tais relações, bem como reconhece a coordenação, a interdependência entre o dinâmico e o estático, entre o ser e o dever ser entre a normalidade e a normatividade.<sup>50</sup>

Com efeito, o conceito de normalidade cunhado pelo autor tem por base a idéia de que a Constituição pressupõe não apenas a conduta normada e juridicamente organizada, mas também a noção de *regra de previsão*, consistente na probabilidade de repetição de condutas, mecanismo que torna possível a convivência e cooperação humana.<sup>51</sup> Dito de outro modo: a normalidade consubstancia-se na “sua concordância com uma regra de previsão baseada sobre a observação do que acontece por termo médio em determinados períodos de tempo.”<sup>52</sup>

No que concerne à normatividade, esta consiste na noção de obrigatoriedade, de exemplaridade: “de um agir concorde com determinados critérios positivos de valor”.<sup>53</sup> Neste sentido, Heller afirma que uma Constituição real de um Estado pode conhecer normalidade sem normatividade, porém não o inverso, porquanto não há validade normativa sem normalidade.<sup>54</sup> Desta maneira, normalidade e normatividade encontram-se em relação de condicionamento recíproco, se complementam<sup>55</sup>, não sendo cabível, na lição de Heller, sustentar uma rígida separação entre *ser* e *dever ser*.<sup>56</sup>

<sup>49</sup> Ibid. p. 306. Cumpre destacar que Heller parte de uma concepção de Constituição como organização material do Estado. Neste ponto, converge com Ferdinand Lassale ao assinalar que a Constituição material estaria determinada pelas relações reais de poder. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., p. 116.

<sup>50</sup> HELLER, Hermann. Op. Cit., p. 296. Afirma Heller: “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”. Ibid.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Ibid. p. 297.

<sup>53</sup> Ibid. p. 298.

<sup>54</sup> Ibid. p. 299. Acerca desta concepção de Heller, afirma Konrad Hesse: “a Constituição juridicamente normatizada jamais se compõe apenas de normas emanadas do Estado, antes necessita, para a sua vigência, da complementação de elementos constitucionais não normatizados, assim como dos normatizados extrajudicialmente.” HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Tradução por Inocência Mártires Coelho. In: Temas fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 163.

<sup>55</sup> Consoante afirmação de Heller: “A Constituição estatal, assim nascida, forma um todo em que aparecem complementando-se reciprocamente a normalidade e a normatividade, assim como a normatividade jurídica e a extrajudicial.” HELLER, Hermann. Op. Cit., p. 300 e 301.

<sup>56</sup> Ibid.

Por oportuno, vale salientar as observações do autor acerca da dificuldade em “harmonizar a permanência das normas com a mudança constante da realidade social,”<sup>57</sup> asseverando da importância da *força normalizadora do normativo*, enquanto vetor de estabilidade e previsibilidade para além da *força normativa do normal fático*.<sup>58</sup>

Nada obstante, Heller afirma que é possível notar que, em diversos casos, “a realidade social não normada ou normada extrajuridicamente, revela-se mais forte que a normação estatal.”<sup>59</sup> Mais ainda, pode ocorrer que “*la normalidad no sea incorporada ni por las normas no jurídicas (principios) ni por lo normado jurídicamente y que se mantenga en oposición a ellos*,”<sup>60</sup> o que significaria modificações à margem do processo formal de mudança do texto constitucional. É nesta quadra que Hermann Heller critica Georg Jellinek por ter se ocupado de casos de menor importância de “mudanças das normas constitucionais por relações sociais de poder que as contradizem”,<sup>61</sup> porquanto nem sempre é possível garantir a inviolabilidade, a inquebrantabilidade das normas constitucionais, notadamente diante da magnitude de determinados eventos, como as “revoluções, restaurações ou conflitos insolúveis entre os poderes estatais.”<sup>62</sup> Na lição de Ana Victoria Sánchez Urrutia, dentre as contribuições de Heller é possível elencar a apreensão do conceito de mutação elaborado por Jellinek e sua conversão em um elemento da Teoria da Constituição.<sup>63</sup>

## 2.3

### Konrad Hesse e a questão de limites à mutação constitucional

Em 1949, no cenário alemão pós-segunda Guerra, foi promulgada a Lei Fundamental de Bonn. Elaborada por um seleto grupo de juristas alemães, sem a interferência das forças de ocupação, a Constituição não contou com a ampla participação do povo alemão. Isto ocorreu, notadamente, por conta do trauma da má utilização por Hitler dos mecanismos diretos de participação, notadamente o

<sup>57</sup> Ibid. p. 301.

<sup>58</sup> Ibid. 298.

<sup>59</sup> Ibid. p. 306.

<sup>60</sup> URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., p. 118.

<sup>61</sup> HELLER, Hermann. Op. Cit., p. 306.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., p. 116.

plebiscito.<sup>64</sup> Nada obstante, ao priorizar a proteção de direitos,<sup>65</sup> foi capaz de promover uma inversão na posição dos elementos fundadores da ordem política, transformando o Estado em “mero instrumento de realização de direitos inalienáveis.”<sup>66</sup>

Com efeito, diante de uma legalidade positivista extremamente fechada que havia possibilitado o totalitarismo nazista, a Lei Fundamental investiu na incorporação de normas de elevado teor axiológico, no fortalecimento da jurisdição constitucional como forma de proteger direitos e preservar o texto constitucional.<sup>67</sup> Em outras palavras, a Constituição Alemã de 1949 contava com dispositivos supraconstitucionais,<sup>68</sup> preceitos morais que consubstanciavam uma reação ao positivismo legalista do período de Weimar.

Neste contexto, Konrad Hesse, um dos mais influentes constitucionalistas contemporâneos, acadêmico e teórico da Universidade de Freiburg, bem como integrante do Tribunal Constitucional Federal alemão, foi responsável pela construção de uma resposta à tese de Ferdinand Lassale, exposta em 1862, acerca da essência da constituição.<sup>69</sup> Hesse se propôs a investigar a existência, o alcance de uma força determinante do Direito Constitucional, a força normativa da Constituição, no intuito de demonstrar que a Constituição jurídica não estaria desvinculada da realidade histórica, concreta de seu tempo, mas que também não estaria simplesmente condicionada, subordinada a esta realidade.<sup>70</sup>

<sup>64</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit., p.107.

<sup>65</sup> A Lei Fundamental de Bonn enumera em seus dezoito primeiros artigos uma série de direitos, entre os quais: à igualdade, liberdade de expressão, religião, consciência, reunião, associação, vida, privacidade e etc. Ibid. p. 108.

<sup>66</sup> Ibid. p. 107 e 108. A despeito da natureza de tais direitos nunca ter ficado claramente determinada (ordem divina, ordem natural, direitos eternos concedidos por Deus), os constituintes terminaram por acatar a noção de “dignidade humana” como conceito fundador da nova ordem legal.

<sup>67</sup> Ibid. p.109.

<sup>68</sup> Como exemplo, o art. 20 (3) da Lei Fundamental, “que prevê a vinculação do Judiciário à ‘lei e ao Direito’- Direito, aqui, compreendido como algo que transcende a mera norma posta.” Ou ainda, o art. 79 (3) “que impede qualquer modificação constitucional que ‘afete’ certos princípios fundamentais reconhecidos pela Constituição, entre os quais o da ‘dignidade humana’”. Ibid. p.108.

<sup>69</sup> Dentre as principais questões defendidas por Ferdinand Lassale, é possível destacar as seguintes: questões constitucionais não seriam propriamente questões jurídicas, mas sim políticas, uma vez que a Constituição de um país seria o reflexo das relações de poder nele dominantes; os fatores reais de poder constituiriam a Constituição real, ao passo que a Constituição jurídica não passaria de um pedaço de papel; na medida em que o Direito Constitucional apenas refletiria uma momentânea constelação de poder, na hipótese de conflito, de tensão, a Constituição jurídica sucumbiria em face da Constituição real. LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

<sup>70</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. In: *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

Segundo o autor, a despeito deste condicionamento recíproco entre ordenação jurídica e a realidade político-social, a Constituição possuiria uma pretensão de eficácia, um elemento normativo autônomo capaz de “imprimir ordem e conformação à realidade”<sup>71</sup> fática. Teria o condão de se converter em força ativa, capaz de estimular o potencial que reside na *natureza das coisas*, na medida em que despertasse na consciência geral a *vontade de Constituição*. Esta consistiria no sentimento constitucional partilhado, na disposição dos participantes da vida constitucional em sacrificar interesses particulares com vistas à preservação de um postulado constitucional.<sup>72</sup>

Neste passo, Hesse elenca a estabilidade como condição fundamental à eficácia da Constituição<sup>73</sup>, asseverando que a constitucionalização de interesses momentâneos, bem como freqüentes revisões constitucionais, “sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política”,<sup>74</sup> poderiam eventualmente enfraquecer a força normativa da Constituição, porquanto privilegiariam exigências de índole fática em detrimento as de ordem normativa.<sup>75</sup> Nada obstante, em virtude da conexão entre *ser e dever ser*, da presença do germe da mudança no próprio bojo da Constituição, é forçoso reconhecer a sua aptidão para incorporar, adaptar-se a eventuais mudanças.<sup>76</sup> Vale dizer: quanto maior a proximidade da Constituição com o presente, maiores as chances de concretização de sua força normativa. Nesta quadra, pode-se afirmar que eventual contraponto entre rigidez e mobilidade não se consubstanciaria em alternativa, em exclusão, porém em uma relação de coordenação.<sup>77</sup>

É neste contexto de prática constitucional e transformação que o autor aponta a interpretação como decisiva na “consolidação e preservação da força

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> Ibid. p. 131 e 132. Acerca da vontade de Constituição, Friedrich Müller afirma ser esta a “vontade para seguir ou concretizar e atualizar a constituição”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Tradução por Peter Naumann. 3.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

<sup>73</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Op. Cit., p.135. Neste sentido, a afirmação de Heller de que seria incabível falar de Constituição sem um caráter relativamente estático. HELLER, Hermann. Op. Cit., p. 278.

<sup>74</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Op. Cit., p.135.

<sup>75</sup> Saliente-se que Konrad Hesse defende que, além das disposições técnico-organizacionais, a Constituição deve limitar-se a estabelecer apenas alguns princípios fundamentais. Advoga a tese de uma Constituição sintética, portanto. Ibid. p. 134.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> No sentido de impossibilidade de um abismo entre a Constituição jurídica e a Constituição real, mas sim, uma combinação entre as Constituições formal e material, na esteira da concepção científico-cultural, conferir: HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução por Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2003.

normativa da Constituição,”<sup>78</sup> enfatizando sua subordinação ao *princípio da ótima concretização da norma*, meta a ser perseguida pela Ciência do Direito. Contudo, em virtude da necessidade de fixação de limites à mutação normativa e à interpretação construtiva, Hesse apresenta, como balizas, o sentido e a finalidade da proposição jurídica.<sup>79</sup>

Com efeito, na análise da problemática da mutação constitucional, cabe salientar a maneira pela qual Konrad Hesse se distancia de Georg Jellinek: seja ao não conceber a ausência de consciência como elemento constitutivo da mudança constitucional informal,<sup>80</sup> seja ao sinalizar a insuficiência de esclarecimentos jurídicos acerca do fenômeno por parte do autor alemão. Assim, revelam-se oportunas as observações de Hesse, no tocante à dificuldade de Jellinek em lidar normativamente com o fenômeno da mutação constitucional como uma conseqüência direta da adoção dos pressupostos metodológicos do positivismo jurídico,<sup>81</sup> próprio de sua época, limitando-se o jurista alemão a uma análise empírica, descritiva dos processos político-sociais.<sup>82</sup> Diante deste cenário, impõe-se concluir que a construção de uma efetiva teoria jurídica da mutação constitucional e de seus limites restava impossibilitada, mormente em virtude da encampação de uma corrente filosófica que preconizava dentre seus pilares a estrita separação entre a ordenação jurídica e a realidade.<sup>83</sup>

<sup>78</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Op. Cit., p.135 .

<sup>79</sup> Ibid. p.135 e 136.

<sup>80</sup> Nas palavras de Konrad Hesse: “Se, com isso, se quer dizer que a mutação constitucional é algo ‘imperceptível’, trata-se de algo irrelevante, porque dificilmente se pode falar de uma mutação que ninguém perceba.” HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Op. Cit., p.153. Conforme exposto no item 2.1., Jellinek sustenta que a voluntariedade, a consciência da modificação seriam elementos de distinção entre a reforma constitucional e a mutação.

<sup>81</sup> Dentre as teses fundamentais do positivismo jurídico, é possível elencar, na esteira de Albert Calsamiglia: “em primeiro lugar, a defesa da teoria das fontes sociais do direito e em segundo lugar, a tese da separação entre o direito, a moral e a política”. CALSAMIGLIA, Albert. “*Pospositivismo*”. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-I, 1998, p. 210.

<sup>82</sup> HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Op. Cit., p.157. Hesse assevera que ao restringir-se à descrição empírica de casos importantes, Jellinek conferiu ao resultado alcançado “um peso semelhante ao da demonstração de uma lei física.”

<sup>83</sup> Esta também a conclusão de Arthur Jacobson e Bernhard Schilink: “*Jellinek’s failure to deal normatively with the phenomenon is attributable to his tacit adherence to the axiom of state Law positivism that the theory of the Law of the state must deal exclusively with the positive legal order.* **Em português:** A incapacidade de Jellinek em lidar normativamente com o fenômeno é tributável à sua adesão tácita ao axioma do Positivismo, de que a Teoria do Estado, do Direito deveria lidar exclusivamente com a ordem jurídica positiva. JACOBSON, J. Arthur; SCHLINK, Bernhard. Op. Cit., p.46. No mesmo sentido conferir: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 20.

Destarte, a incapacidade de Georg Jellinek em apresentar um modelo substitutivo para o positivismo jurídico,<sup>84</sup> bem como a defesa de uma rigorosa separação entre realidade e norma, terminariam por conduzir a um enfraquecimento da normatividade, a uma rendição completa da ordenação jurídica em relação à facticidade, notadamente em virtude da defesa de uma potencialidade constituinte das imposições fáticas enquanto vetor irresistível sobre o Direito.<sup>85</sup>

Como alternativa a esta concepção empírica, descritiva do fenômeno da mutação constitucional e seus limites, Konrad Hesse sustenta como necessária a ruptura com os pressupostos metódicos positivistas.<sup>86</sup> Vale dizer: apenas ultrapassando a separação metodológica rígida entre o *ser* e o *dever ser* imposta pelo positivismo jurídico é que se poderia falar em uma teoria jurídica acerca de mudanças informais da Constituição.<sup>87</sup> Consoante lição de Lenio Luiz Streck: “Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre* do *Reich* alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática.”<sup>88</sup>

Nesta linha, no intuito de estabelecer parâmetros objetivos e demonstráveis acerca do fenômeno da mutação constitucional e seus limites, Konrad Hesse salienta a tarefa assumida pelas Constituições escritas, notadamente diante de sociedades plurais, hipercomplexas e marcadas pelo relativismo moral,<sup>89</sup> qual seja, a de constituir um vetor de estabilização, racionalização e limitação do poder,<sup>90</sup> porquanto vinculante a todos. Deste modo, por intermédio do texto constitucional seria possível “extrair elementos firmes a respeito dos quais, a

<sup>84</sup> Neste sentido, ver também: JACOBSON, J. Arthur; SCHLINK, Bernhard. Op. Cit., p. 45.

<sup>85</sup> HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Op. Cit., p. 155. Hesse deixa claro que Jellinek “move-se pela linha divisória entre o Direito político e a ciência política, havendo defendido sempre a separação metódica e a conexão científica de ambas as disciplinas”. Ibid. p. 157.

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

<sup>88</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 20.

<sup>89</sup> Na mesma linha, a afirmação de Gisele Cittadino: “a identidade não é a marca da sociedade democrática contemporânea. Ao invés da homogeneidade e da similitude, a diferença e o desacordo são os seus traços fundamentais”. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 78.

<sup>90</sup> HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Op. Cit., p. 162.

despeito de interesses e pré-compreensões opostos, não caberia qualquer discussão”.<sup>91</sup>

Assim, no esforço de estabelecer um ponto de partida na construção de uma teoria jurídica da mutação constitucional e de seus limites, sem que isto significasse fragilizar o sentido normativo da Constituição,<sup>92</sup> Konrad Hesse lança mão da metódica normativo-estruturante de Friedrich Müller, cujo esforço pode ser traduzido na concepção do Direito não em bases estáticas, mas sim, em consonância com um modelo dinâmico de concretização, porquanto incabível o isolamento da norma face à realidade.<sup>93</sup> Sob este aspecto, partindo da compreensão de que o mandato normativo, o sentido extraído da disposição constitucional consistiria o denominado *programa da norma*, a fase inicial de realização, Friedrich Müller advoga, diversamente da posição dos seguidores do positivismo legalista, que a norma jurídica não se encontraria substancialmente concluída ou pronta,<sup>94</sup> mas, ao contrário, apenas teria sua normatividade comprovada na regulamentação de questões jurídicas concretas, porquanto “um enunciado jurídico não funciona mecanicamente”.<sup>95</sup> Desta maneira, o *programa normativo* incidiria sobre as circunstâncias fáticas, o chamado *âmbito normativo* consubstanciado no recorte da realidade,<sup>96</sup> vale dizer, na “porção da realidade social”.<sup>97</sup> Dito de outro modo: “as teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram esse condicionamento recíproco entre norma e realidade,”<sup>98</sup> porquanto preconizaram que a norma jurídica deve se compreendida como a fusão, como mescla entre o *programa normativo* e o *âmbito normativo*. Por conseguinte, é impossível conceber-se a norma sem o objeto de sua regulação.

---

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> Ibid. p. 165.

<sup>93</sup> MÜLLER, Friedrich. Op. Cit.

<sup>94</sup> Segundo Müller, a norma jurídica possui um núcleo que apenas se concretiza no caso individual, momento em que se torna diferenciado, bem como “materialmente enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito (determinados sobretudo pela função limitadora do texto da norma). Ibid. p. 48.

<sup>95</sup> Ibid. p. 49.

<sup>96</sup> Ibid. p. 42. Segundo a concepção de Friedrich Müller: “No âmbito do processo efetivo da concretização prática do direito, “direito” e “realidade” não são grandezas que subsistem autonomamente por si”. Ibid. p. 43 e 44.

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 126.

<sup>98</sup> Ibid.

Nada obstante, para além da constatação de que a facticidade integra e constitui a norma jurídica, Konrad Hesse aduz para a circunstância de que nem todas as alterações fácticas estão albergadas pela regulação da norma, de maneira que somente o *programa normativo*, contido no texto da norma constitucional, é que poderá determinar se aquela mudança fáctica específica pertence ao *âmbito normativo*.<sup>99</sup> Desta feita, “Só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma.”<sup>100</sup> Neste sentido, esta perspectiva teria como intuito a redução da discricionariedade na sinalização de eventual hipótese de mutação constitucional, porquanto a prova da modificação do *âmbito normativo* de uma disposição constitucional não constituiria tarefa simples, mas demandaria esforço para além da mera alegação de *força normativa do fáctico*.<sup>101</sup> Vale dizer: a relevância do texto para o *programa normativo*, consistiria justamente em consubstanciar um limite, uma baliza por meio da qual: “o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto.”<sup>102</sup>

Desta maneira, pode-se concluir que a maior virtude da teoria jurídica proposta por Konrad Hesse consistiu na tentativa de buscar uma garantia concreta, palpável, embora não absoluta, na fixação de limites à mutação constitucional. Ao atribuir ao texto<sup>103</sup> constitucional o papel de limite a eventuais mudanças informais da Constituição, buscou-se evitar o enfraquecimento da sua força normativa, bem como dar conta da complexa incorporação da realidade à ordenação jurídica por intermédio da percepção de que eventual modificação do conteúdo da norma deveria ser assimilada como alteração em seu interior e não

<sup>99</sup> HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Op. Cit., p. 167 e 168.

<sup>100</sup> Ibid. p. 167.

<sup>101</sup> Ibid. p. 168. Neste passo, é valiosa a advertência de Canotilho quando atenta para o risco de se legitimar “uma interpretação constitucional criadora que, com base na *força normativa dos factos*, pretenda <<constitucionalizar>> uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a *constitutio scripta*.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 1154.

<sup>102</sup> HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Op. Cit., p. 167.

<sup>103</sup> Acerca do texto constitucional, é pertinente a afirmação de Peter Häberle, porquanto enuncia: “*la realidad jurídica de todo Estado constitucional es tan sólo un fragmento de la realidad de toda Constitución viva (...)* De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente <<cultivados>> (...) para que devengan auténtica Constitución.” HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução e Introdução por Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 35. Em outra obra, Häberle também comenta o papel relevante dos textos constitucionais: “*El estado de amalgama de proyectos e textos constitucionales merece ser considerado como sismógrafo, vehículo, forma de cristalización; los textos son vasos peculiares para la realidad constitucional.*” HÄBERLE, Peter. *Liberdad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Tradução por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Minima Trota, 1998.

como resultado de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição.<sup>104</sup> A tese de Hesse tem por objetivo a melhor defesa da Constituição, notadamente mediante a elaboração de limites capazes de serem respeitados na prática, impedindo, portanto, uma legitimação absoluta dos fatos consumados.<sup>105</sup>

## 2.4

### **Um panorama sobre o Brasil pós-Constituição de 1988: constitucionalização, judicialização e neoconstitucionalismo**

A experiência brasileira se distingue da alemã, notadamente no que concerne ao processo de elaboração das respectivas Constituições vigentes. No caso alemão, os contornos históricos perpassam pela superação da traumática experiência nazista e pelo início do processo de constitucionalização do Direito<sup>106</sup> sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Neste cenário, opera-se uma mudança na compreensão do papel da Constituição, porquanto esta assume a função de veiculação de determinadas decisões fundamentais, no intuito de limitar a atuação das maiorias. Por intermédio do reconhecimento da força normativa do texto, abandona-se a concepção de que as Constituições seriam meras exortações aos Poderes constituídos e a jurisdição constitucional ganha força na concretização desta nova perspectiva.

Com efeito, como já sinalizado neste trabalho, em virtude de a Lei Fundamental de Bonn não contar com a ampla chancela do povo alemão, os anos que a sucederam caracterizaram-se por inúmeros esforços de legitimação.<sup>107</sup> Investiu-se na busca de “argumentos que permitissem ao Tribunal Constitucional

<sup>104</sup> HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Op. Cit., p. 166.

<sup>105</sup> Ibid. p. 171.

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Op. Cit., p. 80. Segundo o autor, há um razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização tenha sido estabelecido na Alemanha. Desta maneira: “o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais.”

<sup>107</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21.

Alemão recorrer a critérios decisórios fora da estrutura rígida da legalidade.”<sup>108</sup> Neste sentido, a referência a valores, a mecanismos de abertura serviram à finalidade de “equalizar a tensão produzida”<sup>109</sup> por um documento que não contava com a ampla participação popular. Por esta razão, é possível a compreensão de que a Segunda Guerra Mundial e o holocausto funcionaram como germes do chamado *retorno aos valores* ou *virada kantiana*.<sup>110</sup>

Já no contexto sócio-político brasileiro, a questão se processou de maneira distinta. Após vinte e cinco anos de regime militar,<sup>111</sup> o Brasil alcança relativa estabilidade institucional e democrática por intermédio da Constituição de 1988.<sup>112</sup> Apesar de uma carência de legitimidade na composição da Assembléia Nacional Constituinte, porquanto os Senadores eleitos em 1982 foram alçados a Constituintes sem qualquer consulta popular, bem como da não prevalência da tese de uma constituinte autônoma, exclusiva, destinada especialmente para o trabalho de preparar uma nova Constituição,<sup>113</sup> a singularidade do processo constituinte de 1987-1988 caracterizou-se por

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Ibid. p. 20.

<sup>110</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – Valores e princípios constitucionais tributários*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

<sup>111</sup> Um panorama preciso sobre este período pode ser encontrado em BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. In: Revista de Direito do Estado. Ano 3. n.10. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 27 a 31.

<sup>112</sup> Consoante Luís Roberto Barroso: “A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira”. Ibid. p. 37. Em sentido diverso, entendendo que a Constituição de 1988 tem como traço central a instituição de “um *constitucionalismo chapa-branca, destinado a assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais*”, cujo efeito concreto seria o de “limitar as iniciativas governamentais e deliberações do Legislativo”, conferir: SUNDFELD, Carlos Ari. *O fenômeno constitucional e suas três forças*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea* (Coords. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 15 e 16.

<sup>113</sup> Consoante o artigo 1º da Emenda Constitucional nº 26/85, optou-se pela delegação de poderes constituintes aos membros das duas casas do Congresso Nacional, um *Congresso Constituinte*, portanto. Assim afirmou José Afonso da Silva: “Mas não é certo convocar membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, porque, por princípio, tais órgãos do Poder Legislativo constituído não existem ou não deveriam considerar-se existentes durante o funcionamento da Constituinte. É que, pois, o que teremos é um Congresso Constituinte, ou uma Constituinte Congressional”. SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 78. Acerca dos benefícios de uma Assembléia Constituinte Autônoma assevera Fábio de Oliveira: “Um dos benefícios da Assembléia Constituinte Autônoma é possibilitar uma eleição fundada no debate de teses, valores e compromissos ligados à tarefa de elaborar a Constituição. Desta forma, a opção eleitoral está pautada em idéias, princípios, projetos para a Constituição a se fazer. Os partidos e os candidatos comprometem-se com programas e concepções para a Constituição. O sufrágio é mais concentrado e qualificado, não se rege pelos casuísmos de uma eleição comum: promessas de empregos, obras, benefícios pessoais, etc.” OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte & vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 202.

mobilizações de intensidade<sup>114</sup> e extensão inéditas na história brasileira.<sup>115</sup> Ainda que se possa lamentar a não submissão do texto final aprovado pela Assembléia a referendo, como forma de incremento da discussão pública e promoção de um diálogo social,<sup>116</sup> não há como negar que *Constituição Cidadã*,<sup>117</sup> de cariz dirigente e programático, direcionou o Brasil rumo ao rol dos países democráticos.

Assim sendo, sob a égide da Constituição de 1988 emerge no Brasil a noção de *constitucionalização do Direito*, consubstanciada na “irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico.”<sup>118</sup> A centralidade do ordenamento desloca-se para a Constituição, a partir da qual todo o ordenamento deve ser lido e apreendido, no intuito de efetivar, concretizar os valores nela consagrados. Dito de outro modo, a Constituição irradia sua força normativa e “Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”<sup>119</sup> Nada obstante, a questão crucial atinente ao fenômeno da constitucionalização consiste na sua repercussão sobre os Poderes estatais.

Nesta quadra, a instituição pela Constituição de 1988 de mecanismos inéditos no controle de constitucionalidade brasileiro, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a introdução dos remédios

<sup>114</sup> O processo constituinte contou com a atuação organizada de diversos segmentos da coletividade nacional e ampla cobertura dos meios de comunicação.

<sup>115</sup> PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1 a 17. Em virtude da legitimidade reforçada norteadora do processo constituinte brasileiro, possível à alusão ao *momento constituinte* de Bruce Ackerman, notadamente em razão da grandiosa mobilização capaz de reorganizar as bases da organização política. ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 1991.

<sup>116</sup> Neste sentido, assevera Fábio de Oliveira que a existência do referendo teria “impulsionado a discussão pública, remetendo ao povo, único titular do poder constituinte, a aprovação ou não do texto concluído pela Assembléia. Na lição do autor, o referendo teria o condão de intensificar a legitimidade procedimental da Constituição e fortalecer a legitimidade material da mesma. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op. Cit., p. 204.

<sup>117</sup> A Constituição de 1988 foi assim denominada pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães.

<sup>118</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Op. Cit., p.109. Consoante Riccardo Guastini, a constitucionalização do ordenamento jurídico pode ser compreendida como “*um processo de transformación de um ordenamento, al término del cual, el ordenamento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.*” GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. 3.ed. México: Fontamara, 2007, p. 153.

<sup>119</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Op. Cit., p. 90.

constitucionais como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, bem como a democratização do acesso ao controle abstrato, por conta da ampliação da legitimidade ativa para a propositura (art. 103, CRFB), terminaram por contribuir para um reforço do papel institucional do Poder Judiciário. Registre-se ainda o enfoque conferido aos juízes, notadamente por conta das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a denominada *Reforma do Judiciário*, que, entre outras disposições, criou o Conselho Nacional de Justiça, instituiu a súmula vinculante e a exigência de demonstração de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal.

Desta maneira, com o advento da Constituição de 1988, é possível verificar um incremento na demanda por justiça, isto em boa medida em razão da criação de novos direitos, novas ações pelo texto constitucional.<sup>120</sup> Em virtude da descoberta destes novos procedimentos vinculativos da comunidade dos intérpretes,<sup>121</sup> notadamente as ações públicas, capazes de conferir à sociedade civil legitimação para deflagrar o processo judicial, houve a consolidação do que se convencionou chamar de *judicialização das relações políticas e sociais*, na qual o Poder Judiciário, dotado de uma “inédita capilaridade”, deita “sua rede sobre a quase-totalidade do tecido social”.<sup>122</sup> Neste sentido, demandado com frequência pelas forças sociais e fortalecido em virtude da descrença da população em relação à política majoritária, o Judiciário assume papel destacado na agenda de implementação dos valores constitucionais.

Imperioso também registrar a emergência de um novo paradigma na teoria jurídica e na prática dos tribunais brasileiros, o chamado

---

<sup>120</sup> Como bem salienta Luís Roberto Barroso: “Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzindo novas ações e ampliado a legitimização ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual.” Ibid. p. 109 e 110.

<sup>121</sup> Neste sentido, a concepção de uma interpretação pluralista, a idéia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição de Peter Häberle. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>122</sup> 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: Revan, 1999, p. 42 e 43.

*neoconstitucionalismo*.<sup>123</sup> A despeito das controvérsias e da postura crítica<sup>124</sup> assumida por diversos autores acerca da “pretensa” novidade do fenômeno,<sup>125</sup> é possível observar relativo consenso acerca das suas principais características, quais sejam: o reconhecimento dos princípios jurídicos dotados de alta carga axiológica e sua conseqüente valorização no processo de aplicação do Direito, rejeição ao formalismo excessivo e defesa de uma reaproximação entre o Direito e a Moral.

Com efeito, cumpre destacar que este protagonismo do Poder Judiciário no cenário contemporâneo brasileiro, por vezes ultrapassa e macula os limites do texto constitucional, culminando no incremento do denominado ativismo judicial no Brasil,<sup>126</sup> em especial aquele norteadado pela redefinição institucional do papel do Supremo Tribunal Federal e pelos ideais de vinculação e concentração de poderes, o que denota uma intervenção decisiva do Tribunal no processo político brasileiro, em especial por intermédio de decisões capazes de produzir reflexos profundos sobre a atuação dos demais poderes do Estado. Como resultado, vislumbra-se o risco de enfraquecimento do papel das demais instâncias na definição do significado da Constituição<sup>127</sup> – como o Legislativo, o Executivo e a esfera pública.<sup>128</sup>

<sup>123</sup> Por conta da diversidade de concepções, perspectivas e elementos, torna-se praticamente inviável esboçar uma teoria única do *neoconstitucionalismo*. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural *neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. (Org.) Madrid: Trotta, 2003.

<sup>124</sup> Humberto Ávila assevera que as mudanças fundamentais teóricas preconizadas pelo denominado neoconstitucionalismo no Brasil não encontram suporte, referibilidade em nosso ordenamento jurídico constitucional. ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”: *entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”*. In: Vinte anos da Constituição Federal de 1988. (Coords. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 201. Outro crítico do neoconstitucionalismo, Dimitri Dimoulis, afirma que o termo neoconstitucionalismo não traz em si significado próprio ou original. DIMOULIS, Dimitri. Op. Cit., p. 57.

<sup>125</sup> Segundo Miguel Carbonell, a novidade do neoconstitucionalismo estaria na combinação entre: textos constitucionais, práticas jurisprudenciais e desenvolvimentos teóricos. Vale dizer: “*la novedad está en el conjunto: quizá no tanto no en uno de los tres elementos si los tomamos por separado, pero sí cuando los ponemos en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas*”. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: elementos para una definición*. In: 20 anos da Constituição brasileira (Coord. Eduardo Ribeiro Moreira e Marcio Pugliesi). Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 197 a 202.

<sup>126</sup> Por ativismo judicial, seguimos a concepção de Lenio Luiz Streck: “De pronto, consigno que, quando o judiciário age – desde que devidamente provocado – no sentido de fazer cumprir a Constituição, não há que se falar em ativismo. *O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o “bem”, seja para o “mal”.*” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 22.

<sup>127</sup> Nesta esteira, conferir o artigo de STRECK, Lenio Luiz e Martonio Mont’Alverne. *Controle preventivo e juristocracia: Constituição não prevê controle de constitucionalidade preventivo*.

Nada obstante, sem embargo de o Supremo Tribunal Federal efetivamente ter encampado esta “aposta no protagonismo judicial como forma de concretização de direitos,”<sup>129</sup> nossa posição é de que esse ganho de papel não decorre necessariamente do perfil assumido pela Lei Fundamental. Neste sentido, não há uma relação necessária entre o Diploma Magno, de cariz analítico, dirigente e uma atuação proeminente da judicatura.<sup>130</sup> Sob este prisma, “A postura mais ou menos ativa do Judiciário é delineada também por circunstâncias de ordem factual: a cultura/tradição, as crises institucionais (a exemplo da democracia representativa), condutas de estratégia.”<sup>131</sup> Neste sentido, o fato da Constituição de 1988 ser programática, substantiva ou fazer referência a valores ou mecanismos de abertura não dá azo a uma discricionariedade elástica do Poder Judiciário, a justificar um ativismo judicial pautado por interpretações solipsistas, alicerçadas nas convicções pessoais do intérprete, como de fato se produziu no Brasil. O alargamento da jurisdição não é resultado do formato substantivo de Constituição nem do reconhecimento da normatividade dos princípios. Para além do traçado estabelecido pelo ordenamento jurídico, pela normatividade (arranjo institucional e social), também a facticidade consubstancia variável determinante na definição das feições e na atuação do Poder Judiciário.<sup>132</sup>

Na leitura de Lenio Luiz Streck, esta inclinação ativista do Judiciário, a decantada “abertura interpretativa”<sup>133</sup> proporcionada pelos princípios constitucionais seria também uma decorrência da equivocada repriminção das teses atinentes à Jurisprudência dos Valores provenientes da Alemanha pós-segunda guerra.<sup>134</sup> Isto porque, esta tendência teria como cerne a aposta na

---

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-29/nao-espaco-controle-preventivo-constitucionalidade-brasil>. Acesso em 26 de jan. de 2011.

<sup>128</sup> Neste sentido, ainda que outro o contexto, enuncia Francisco Campos: “atribuir a supremacia ao Judiciário é atribuir a filosofia dos juizes. Quando se trata de interesses nacionais, dos grandes poderes do governo e dos grandes fins públicos a que o governo se destina, é, certamente, mais democrático, senão mais acertado, preferir a filosofia e a opção dos juizes a opção e a filosofia da Nação”. CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. 3.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941, p. 109.

<sup>129</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 20.

<sup>130</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). Op. Cit., p. 5.

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> Ibid.

<sup>133</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 91.

<sup>134</sup> Ibid. p. 22. Acerca do papel criativo das Cortes Constitucionais, notadamente a Corte Alemã, afirma Dieter Grimm: “Comparada à Suprema Corte dos Estados Unidos da América a Corte Constitucional Alemã caminha muito mais largo nessa direção. Não só ela interpreta extensivamente vários direitos fundamentais como dificilmente um ato governamental fica de fora

discricionariedade judicial enquanto “condição de possibilidade da decisão,”<sup>135</sup> além de desconsiderar o fato de que a tradição brasileira de uma jurisdição constitucional efetiva se consolida apenas a partir da Constituição de 1988.<sup>136</sup> Nesta quadra, a despeito do papel relevante desempenhado pela atuação interventiva do Tribunal Constitucional alemão na formatação da teoria constitucional contemporânea, notadamente no caso brasileiro,<sup>137</sup> cumpre salientar que os distintos horizontes históricos – Alemanha<sup>138</sup> e Brasil - revelam o equívoco de se incorporar de maneira irrestrita e irrefletida as teses envolvendo tanto a expansão do poder judicial, quanto a “referência reiterada aos ‘valores’”.<sup>139</sup>

Com efeito, para além da tão apregoada dificuldade contramajoritária<sup>140</sup> própria do Poder Judiciário, enquanto poder não eleito pelo povo,<sup>141</sup> o maior risco da vertente judicialista atual encontra-se na possível atribuição de um poder constituinte permanente ao Supremo Tribunal Federal, porquanto capaz de ajustar a Constituição consoante “suas preferências políticas e valorativas, em detrimento do legislador eleito.”<sup>142</sup> Neste passo, merece destaque a afirmação de Carlos Ari Sundfeld, por ocasião dos vinte anos da Constituição de 1988:

“Nestes anos, foi impressionante, nas discussões em livros e processos, a *perda de prestígio das leis*, em favor de soluções concretas inventadas pelos interessados (professores, advogados, promotores, juízes), com a invocação convencional de *princípios constitucionais* – muitas vezes “implícitos”, e de conteúdo, sentido e alcance totalmente indeterminados. É como se juristas e

---

do espectro de controle judicial, o que autoriza a Corte a atuar como um “censor da razoabilidade de toda ação governamental”. Ela também deduz da carta de direitos – além do dever do governo de se abster de certas ações – a obrigação da legislação de atuar positivamente para proteger os direitos fundamentais de forças da sociedade. GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*. In: Revista de Direito do Estado, n.4. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

<sup>135</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 92.

<sup>136</sup> Ibid. p. 23.

<sup>137</sup> Ibid. p. 21.

<sup>138</sup> Cumpre salientar que no caso da Alemanha, somente após a instalação e consolidação do Tribunal Constitucional é que questões envolvendo a expansão do poder dos juízes e jurisprudência dos valores se impuseram. Ibid. p. 22 e 23.

<sup>139</sup> Ibid. p. 90.

<sup>140</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2.ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16 a 23.

<sup>141</sup> Acerca da dificuldade contramajoritária afirma Francisco Campos: “Attribuir a um tribunal a faculdade de declarar o que é constitucional é de modo indirecto, attribuir-lhe o poder de formular, nos termos que lhe parecerem mais convenientes ou adequados, a própria Constituição. Trata-se, no caso, de confiar a um órgão que não se origina do povo, e que não se encontra sujeito á sua opinião, o mais eminente dos poderes, porque, precisamente, o poder que define os grandes poderes de governo e os grandes fins públicos a que este se destina”. CAMPOS, Francisco. Op. Cit., p. 166.

<sup>142</sup> SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 134.

tribunais, sentindo-se legitimados pela sobrevivência *post-mortem* do sentimento constituinte, assumissem a função de Assembléias Constituintes fantasmas.”<sup>143</sup>

Desta forma, esta possível mitigação da democracia, da política e do Legislativo traz à baila questionamentos atinentes à capacidade do Poder Judiciário de produzir e atestar mudanças constitucionais informais via interpretação. Seria a jurisdição constitucional o foro adequado para a aferição de transformações sociais, a despeito do requisito democrático? Há espaço para um Judiciário cidadão, capaz de interagir com os demais poderes e canalizar transformações sociais? Não seria pertinente investir na abertura do Direito à sociedade civil?<sup>144</sup> Tendo em conta que a supremacia judicial, a pretexto de proteção dos direitos fundamentais, opera, em diversos casos, por intermédio da complementaridade entre controle de constitucionalidade e mutação constitucional,<sup>145</sup> não se estaria assumindo um risco demasiado grande, por intermédio de uma pretensa prerrogativa de “correção” da Constituição, consubstanciada no instituto da mutação constitucional, de esvaziamento do Legislativo enquanto instância legitimada para a produção de normas jurídicas? Enfim, estas são algumas das indagações que pretendemos enfrentar na presente dissertação, a partir do fenômeno da mudança informal constitucional via interpretação.

## 2.5

### **O cenário contemporâneo: a proeminência da interpretação judicial no contexto brasileiro da mutação constitucional**

Sem embargo do tratamento assistemático comumente dispensado às modalidades de mutação constitucional,<sup>146</sup> coube a Hsü Dau-Lin, autor chinês e discípulo de Rudolf Smend, conferir um tratamento mais ordenado do fenômeno das mudanças informais da Constituição. Nesta seara, o autor dividiu as mutações constitucionais em quatro espécies, dentre elas: as mutações decorrentes de prática

<sup>143</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Op. Cit., p. 14.

<sup>144</sup> BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *A Questão Democrática. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional* (Org. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 02.

<sup>145</sup> Ibid.

<sup>146</sup> Conforme já mencionado no item 2.1. desta dissertação, Jellinek seria um exemplo de falta de sistematicidade na descrição do fenômeno da mutação constitucional.

estatal que não infringe formalmente a Constituição, as resultantes da impossibilidade de exercício de determinados direitos constitucionais, as que são fruto de prática estatal contrária à Carta e as que se processam mediante interpretação.<sup>147</sup> Cabe salientar que a mutação via interpretação compreenderia tanto a alteração de conteúdo, na qual a norma receberia substância diversa da original, quanto à alteração de alcance, hipótese em que os preceitos regulariam situações não previstas ou imaginadas.

Sem desconsiderar esta classificação, mas, tendo em conta o cenário brasileiro contemporâneo de proeminência judicial, em especial a postura de ativismo judicial assumida pelo Supremo Tribunal Federal após a Constituição de 1988, cumpre assinalar que o enfoque conferido a presente investigação repousa nas mutações constitucionais via interpretação, notadamente aquelas efetivadas via decisão judicial, bem como na problemática envolvendo sua legitimidade e eventuais limitações. Tal escolha foi também motivada em virtude de ser a interpretação constitucional, normalmente levada a efeito por órgãos e agentes públicos, o meio “mais comum de atualização das normas constitucionais”.<sup>148</sup> Nesta quadra, em se tratando especificamente da mudança informal via interpretação judicial, assevera Luís Roberto Barroso: “haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito.”<sup>149</sup>

Neste sentido, em virtude do contexto fático-normativo brasileiro ter contribuído para esta ampliação do papel do Poder Judiciário, é possível observar que este protagonismo jurisdicional foi capaz de deflagrar uma série de decisões de cunho ativista, envolvendo em muitos casos, a problemática atinente às mudanças constitucionais informais e a questão da legitimidade da jurisdição constitucional na imposição de uma determinada interpretação. Tal postura sobressai em julgados do Supremo Tribunal Federal como os Mandados de

---

<sup>147</sup> DAU-LIN, Hsü. Op. Cit., p. 31.

<sup>148</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 128. Para além da mutação via interpretação constitucional, levada a cabo pelo Judiciário, Legislativo e Administração, Luís Roberto Barroso elenca como modalidade de mutação a que se opera via o costume constitucional, consistente em “práticas observadas por cidadãos e por agentes públicos, de maneira reiterada e socialmente aceita, criando um padrão de conduta que se passa a ter como válido ou até mesmo obrigatório”.

<sup>149</sup> Ibid. p. 130.

Segurança<sup>150</sup> n° 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3999/DF,<sup>151</sup> onde restou nítida a atividade legiferante do Tribunal, porquanto à revelia de previsão normativa constitucional (artigo 55 da CRFB), foi criada norma jurídica nova,<sup>152</sup> albergando a infidelidade partidária

<sup>150</sup> Cumpre assinalar que o episódio teve início com a Consulta n° 1.398 feita pelo partido Democratas, (DEM), onde o tribunal Superior Eleitoral asseverou que o parlamentar que deixa o partido, renuncia de maneira implícita ao mandato.

<sup>151</sup> STF, ADI 3999/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 17.04.2009, cuja ementa dispõe: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.”

<sup>152</sup> Neste passo, interessante a análise feita por Francisco de Guimaraens à posição assumida pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal neste caso da fidelidade partidária, porquanto denotariam uma espécie de retorno à Emenda Constitucional n° 1, de 1969, responsável pela inclusão da perda de mandato por parlamentar que mudasse de partido. O curioso é que o próprio Supremo Tribunal Federal havia rechaçado a possibilidade de “instituir sanção de perda de mandato para parlamentares que mudassem de partido porque, em seu entendimento, a Constituição de 1988 manteve a decisão política fundamental adotada pela Emenda Constitucional n. 25, d 1985, que retirou da constituição então vigente a hipótese de perda de mandato por parlamentar que mudasse de partido. Tal hipótese havia sido incluída na Constituição de 1967 pela Emenda Constitucional n. 01, de 1969.” GUIMARAENS, Francisco. *O Judiciário brasileiro e a fidelidade partidária: retorno à emenda n°1/69?* Disponível em: <http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/07outubro/fidelidadepartidaria.pdf>. Acesso em out. de 2009, p. 04.

entre as hipóteses de perda de mandato, sob o pretexto do fenômeno da mutação constitucional via interpretação judicial.<sup>153</sup>

Outro julgado revelador desta postura ativista encampada pelo Supremo Tribunal Federal na seara das mudanças constitucionais informais consistiu no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12,<sup>154</sup> ocasião em que o Tribunal entendeu pela constitucionalidade da Resolução nº 07/2005 editada pelo Conselho Nacional de Justiça, que vedava a prática do nepotismo na esfera do Poder Judiciário. Nesta esteira, a despeito do artigo 37<sup>155</sup> da Constituição preconizar a observância dos princípios da moralidade e da impessoalidade, o fato é que até 2005 a prática do nepotismo revelava-se costumeira e flagrante em todas

<sup>153</sup> Neste sentido, vale conferir o fragmento da ementa, STF, MS 26.603 / DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19.12.2008: “O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de **mutação constitucional**, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.”

<sup>154</sup> STF, ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 18.12.2009. Assim dispõe a ementa do julgado: “EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter atualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios “estabelecidos” por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “direção” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça.”

<sup>155</sup> Artigo 37, da CRFB: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

as instâncias de poder, notadamente em virtude da ausência de parâmetros e de regulação legislativa.

Instado a manifestar-se novamente acerca da contenda, o Supremo Tribunal Federal convolou a vedação ao nepotismo na Súmula Vinculante n° 13,<sup>156</sup> entendendo pela extensão da proibição do nepotismo a toda a Administração Pública, albergando, portanto, também os Poderes Legislativo e Executivo, alargando, portanto a compreensão e a abrangência dos princípios constitucionais positivados no artigo 37 da Lei Fundamental.

Nada obstante, a perplexidade maior que fomentou o viés desta pesquisa foi a leitura dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau na polêmica Reclamação 4.335-5/AC. Por intermédio dos votos dos referidos Ministros foi possível vislumbrar a tentativa de equiparação dos efeitos do controle difuso aos do controle concentrado em razão de uma pretensa mutação constitucional.<sup>157</sup> Contudo, o que se operou na prática não foi a atribuição de uma nova norma a um texto, porém a substituição de um texto por outro texto, no caso construído pelo Supremo Tribunal Federal.

Ora, conforme já assinalado, a mutação constitucional, segundo a concepção tradicional, opera quando “a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro.”<sup>158</sup> Vale dizer, na esteira de Konrad Hesse:

<sup>156</sup> Assim dispõe a súmula n° 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” Cumpre salientar que a edição desta súmula desconsiderou o requisito constitucional previsto no artigo 103-A, da CRFB, atinente à necessidade de observância de reiteradas decisões acerca de matéria constitucional, o que sinaliza sua inconstitucionalidade.

<sup>157</sup> No intuito de esclarecimento, segue fragmento do voto do Ministro Eros Grau na Reclamação 4335/AC, p. 09: “Isto posto, cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes. S. Excia. extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica *mutação constitucional*: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. **Note-se bem que S. Excia. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição.**”

<sup>158</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 230.

“As normas que integram o Direito Constitucional não são mandatos (*Sollensätze*) abstratos que, alheios à realidade, a esta se contrapõem de forma totalmente desconexa, o que, “dialética”, “correlativamente” ou de que modo seja, coordenam-se com essa realidade por meio de uma genérica inter-relação. Estas normas restam letra morta quando seu conteúdo não se incorpora à conduta humana mediante sua aplicação e observâncias diárias”.<sup>159</sup>

Desta maneira, em virtude de uma possível subversão do fenômeno da mutação constitucional pela interpretação do Supremo Tribunal Federal é que se pretende nesta dissertação questionar a compreensão das mudanças constitucionais informais enquanto “solução de um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade, a demandar uma jurisprudência corretiva”<sup>160</sup> atualizadora da Constituição. Tendo como pano de fundo os emblemáticos votos dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação 4.335-5/AC objetiva-se perquirir acerca da existência e fixação de limites hermenêuticos a serem aplicados às mutações constitucionais produzidas via interpretação judicial, a partir dos aportes feitos pela hermenêutica filosófica de Gadamer, de maneira a tentar coibir a tendência equivocada de convolar o fenômeno da mudança informal constitucional em sinônimo de substituição do Poder Constituinte pelo Poder Judiciário.

Com efeito, imperioso rever a ideia de que a Constituição pode ser corrigida, complementada por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar, sob pena de ruptura do desenho institucional brasileiro, notadamente aquele estabelecido pela Constituição de 1988. A reflexão que propugnamos nesta dissertação perpassa por privilegiar o texto constitucional – aprovado democraticamente – em detrimento de uma concepção solipsista, que valoriza a consciência do decisor como fundamental e determinante ao ato de interpretar. Neste sentido, porquanto o texto da Constituição de 1988<sup>161</sup> funciona como parâmetro de vinculação da atuação do Supremo Tribunal é que “o processo

---

<sup>159</sup> HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Op. Cit., p. 166.

<sup>160</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 19.

<sup>161</sup> Neste sentido, pertinente a afirmação de Fábio de Oliveira, porquanto “É preciso perceber que o texto prolixo tem uma razão de ser, muitas vezes positiva, naquilo que se espera da Constituição em meio ao contexto em que se situa.” OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op. Cit., p. 20.

histórico não pode, desse modo, delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do País”.<sup>162</sup>

Nada obstante, o presente trabalho não desconhece a relevância da atuação do Poder Judiciário na garantia e implementação de direitos fundamentais, notadamente em se tratando de um país periférico como o Brasil, onde a inefetividade muitas vezes ainda alcança a essência da Lei Fundamental e onde “o mundo da Constituição está ainda longe do mundo dos fatos.”<sup>163</sup> Por óbvio, não se é aqui contrário à mudança constitucional informal introduzida por meio da interpretação judicial, desde que esta se opere dentro de limites hermenêuticos, de forma a revelar “um maior rigor no tratamento, pelo poder judiciário, das normas constitucionais”.<sup>164</sup>

Por esta razão, o que se pretende nesta dissertação é resgatar a contribuição de todos os Poderes constituídos e da sociedade na construção do fenômeno das mudanças informais da Constituição. Ao contrário de uma interpretação constitucional monopolizada pelo Poder Judiciário, propugnamos pela relevância de uma concepção intersubjetiva, pluralista e dialógica da mutação constitucional, circunscrita por limites destinados à preservação da integridade constitucional.

Isto não importa na conclusão de uma necessária vinculação entre o fenômeno da mutação constitucional e a soberania popular, no sentido de ter de sempre corresponder a “uma demanda social efetiva por parte da coletividade,”<sup>165</sup> porquanto é cabível conceber uma mudança constitucional informal atinente a um dispositivo constitucional eminentemente técnico, que circunscreva a discussão acerca da alteração da compreensão à comunidade especializada. Do mesmo modo, também não cabe concluir que a mutação constitucional esteja sempre atrelada a uma modificação de perspectiva relativa a uma disposição específica da Constituição, porquanto ela pode consubstanciar uma alteração no contexto ou ainda albergar vários dispositivos constitucionais.

---

<sup>162</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 19.

<sup>163</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op. Cit., p. 229.

<sup>164</sup> GUIMARAENS, Francisco. Op. Cit., p. 6.

<sup>165</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 126. O autor afirma, em sentido contrário, que a legitimidade da mutação constitucional deve ter amparo na soberania popular.