

4

A mutação constitucional via interpretação enquanto prática dialógica

A partir da premissa dialógica e do paradigma da intersubjetividade, o presente capítulo objetiva expor a sistematização das teorias do diálogo efetuada por Christine Bateup, conferindo ênfase às duas mais promissoras, quais sejam, as teorias do equilíbrio e as da parceria. O objetivo da autora, além da apresentação de modelos alternativos de engenharia constitucional, consiste em demonstrar que a fusão dialógica, enquanto combinação das duas perspectivas anteriores, desponta como alternativa de desenho institucional mais adequado e eficaz.

Em seguida, por intermédio de autores como Cass Sunstein, Barry Friedman, John Ferejohn, Stephen Macedo e Jeremy Waldron, busca-se superar a concepção monológica da interpretação constitucional, focada no Poder Judiciário, no intuito de romper com a noção de deferência absoluta e investir no compartilhamento de poder. O objetivo do capítulo consiste em repensar a mutação constitucional via interpretação enquanto possibilidade dialógica, examinando as possibilidades de interação entre os poderes no cenário brasileiro.

Por intermédio do exame da atuação do Poder Legislativo (correção legislativa), Executivo (medidas provisórias e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal) e da sociedade civil (*backlash*, constitucionalismo democrático e mecanismos formais como o *recall*, as audiências públicas e a iniciativa popular de emenda à Constituição), se pretende demonstrar que todos os poderes instituídos e a sociedade podem participar do processo de mudança informal constitucional, no melhor sentido de uma hermenêutica plural e de uma *sociedade aberta de intérpretes*.

4.1

A relevância da perspectiva dialógica em tempos de paradigma da intersubjetividade.

No horizonte da hermenêutica filosófica de Gadamer, onde a linguagem e a articulação linguística¹ assumem relevância decisiva para o paradigma da intersubjetividade (diálogo público, sujeito-sujeito) próprio do Estado democrático de Direito, ressalta-se a importância de investir em uma concepção dialógica, notadamente porque “é o modelo da linguagem e sua forma de realização - ou seja, o diálogo – que suporta não somente o entendimento entre os homens, senão também o entendimento sobre as coisas de que é feito nosso mundo.”² Neste sentido, porquanto a compreensão da existência deve se operar “no horizonte de outros existentes”³ é que vislumbramos como desejável a perspectiva de um constitucionalismo cooperativo,⁴ integrativo entre os Poderes instituídos, cujo alicerce deve repousar no protagonismo da sociedade.

Com efeito, ao propugnarmos repensar o fenômeno da interpretação, das mutações constitucionais à luz de alguns modelos de constitucionalismo dialógico, notadamente por intermédio das contribuições do direito estrangeiro, em especial no que tange à discussão travada no debate anglo-saxônico acerca de um processo de deferências entre os poderes instituídos e a sociedade civil, temos por intuito não apenas identificar as possibilidades de diálogo já existentes em nossa ordem constitucional (caso, por exemplo, do artigo 52, X, da CRFB), mas também, objetivamos refletir e aperfeiçoar alguns aspectos do modelo brasileiro vigente de controle de constitucionalidade positivado na Constituição. Isto porque, buscando afastar qualquer importação acrítica de modelos alienígenas concebidos para realidades distintas, pretendemos com este exame reforçar a normatividade do Texto Maior, dando ênfase à tarefa da jurisdição “de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente.”⁵

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. Cit., p. 177.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2003.

⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Op. Cit., p. 21.

Nesta quadra, com arrimo nas lições de Christine Bateup, responsável por relevante sistematização e tipologia das teorias dialógicas,⁶ cumpre perquirir acerca do significado da expressão “diálogo” na perspectiva jurídica. Com efeito, na lição da autora, trata-se de um vocábulo comumente empregado para descrever as interações entre as Cortes e as instâncias políticas, sendo que a premissa fulcral do debate travado pelas teorias dialógicas consubstancia-se na inexistência de monopólio da interpretação constitucional por parte do Poder Judiciário,⁷ consoante veremos no item a seguir. Vale dizer: “*Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning.*”⁸ De fato, além dos Estados Unidos, a propagação das teorias do diálogo encontra forte guarida no Canadá, país apontado como o paradigma de modelo alternativo, modelo fraco de controle de constitucionalidade.⁹

De toda sorte, a *onipresença*¹⁰ da abordagem dialógica no cenário contemporâneo encontra aceitação justamente em virtude do foco, da ênfase conferida ao processo institucional por meio do qual decisões acerca do significado constitucional são tomadas, bem como em razão do reconhecimento do papel desempenhado por atores não judiciais na interpretação constitucional, notadamente na capacidade do Poder Legislativo, das instâncias políticas em responder, desafiar as decisões judiciais com as quais, eventualmente, não concordem.¹¹ Nesta medida, ao apreender o controle de constitucionalidade enquanto um processo dialógico, envolto em “uma permanente dialética, aperfeiçoada pelos renovados papéis dos atores institucionais do poder,”¹² as

⁶ Segundo a própria autora: “*Although theories of dialogue abound, no scholar to date has attempted to categorize them comprehensively, explaining the important ways in which the various accounts both converge and differ.*” **Em Português:** Embora as teorias do diálogo tenham se proliferado, nenhum estudioso, até a data tentou classificá-las de forma abrangente, explicando os pontos importantes em que as várias abordagens convergem e diferem. BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. In: Brooklyn Law Review, v. 71, 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884 Acesso em: 14 de maio de 2010, p. 1113.

⁷ Ibid. p. 1109.

⁸ **Em Português:** Pelo contrário, ao exercerem o poder de revisão judicial, os juízes devem se engajar em um processo interativo, interligado e dialético de conversação acerca do significado constitucional. Ibid.

⁹ Acerca do modelo canadense, assevera o autor: “Já modelos como o canadense e o inglês (após a entrada em vigor do *Human Rights Act*) são modelos fracos de controle de constitucionalidade. No caso canadense, porque o legislador pode, após uma decisão judicial de inconstitucionalidade, re-promulgar a lei declarada inconstitucional e imunizá-la temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade (e renovar, se quiser, essa “imunidade” a cada cinco anos).” SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 212 e 213.

¹⁰ Neste sentido, conferir: BATEUP, Christine. Op. Cit., p. 1109.

¹¹ Ibid. p. 1118.

¹² SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. SILVA, Cecília de Almeida; MOURA,

teorias do diálogo terminam por constatar que a construção do sentido constitucional deve se operar por intermédio de uma interação dinâmica entre os poderes e a sociedade.

Nesta vertente, a partir das observações de Christine Bateup, cumpre destacar duas das mais promissoras teorias de diálogo constitucional elencadas pela autora, quais sejam, as teorias do equilíbrio e as da parceria. Vale notar que este exame da tipologia desenvolvida por Bateup nos será bastante útil na percepção das mutações constitucionais via interpretação enquanto resultado de um contínuo diálogo constitucional, objetivo deste capítulo da dissertação. Desta maneira, segundo as teorias do equilíbrio, o papel atribuído aos juízes pode ser descrito como o de promoção, de estímulo a uma ampla discussão na sociedade, tendo por finalidade conduzir a um relativo equilíbrio acerca do significado constitucional.¹³ Dito de outro modo, segundo estas teorias, “Os juízes devem apenas atuar como uma das instâncias de discussão, de maneira a permitir que a sociedade alcance a concepção que entenda a melhor possível.”¹⁴ Alinhados à esta perspectiva encontramos, por exemplo, Barry Friedman, Robert Post e Reva Siegel.

Com efeito, a análise de Friedman encontra lastro nas pesquisas desenvolvidas pelas ciências sociais, acerca das interações institucionais entre o Judiciário, instâncias políticas e a sociedade.¹⁵ Segundo estas pesquisas, a atuação da Suprema Corte sofreria limites, restrições tanto por parte da opinião pública, das instâncias políticas quanto da sociedade. A questão principal consistiria na percepção de que, de um modo geral, o Judiciário se mantém alinhado à opinião prevalente na sociedade como um todo.¹⁶ Nada obstante, o autor destaca a importante função desempenhada pelos juízes e por suas decisões, na medida em que atuam como facilitadores, impulsionadores de uma larga discussão na sociedade acerca dos valores constitucionais.¹⁷ Outra relevante tarefa desempenhada pela Corte, segundo Friedman, consistiria na mediação de diferentes opiniões postas em confronto, bem como na fixação dos termos, das condições de um

Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 58.

¹³ BATEUP, Christine. Op. Cit., p. 1157.

¹⁴ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit., p. 97.

¹⁵ FRIEDMAN, Barry. *The importance of being positive: the nature and function of judicial review*. In: University of Cincinnati Law Review, vol. 72, 2004. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=632462>. Acesso em 23 de nov. de 2010, p. 1257.

¹⁶ Ibid. p. 1295.

¹⁷ BATEUP, Christine. Op. Cit., p. 1158.

futuro debate. Nesta linha, acerca do resultado deste processo como um todo, assevera Christine Bateup: *“the Court may ultimately come to reconsider and refashion its decision.(...) Over time, this process produces a relatively enduring constitutional equilibrium that is widely accepted by all participants in the national discussion.”*¹⁸

Nada obstante, não há como desconsiderar alguns obstáculos inerentes às teorias do equilíbrio. Dentre eles, é possível elencar a falta de engajamento das pessoas no processo de diálogo constitucional, notadamente em virtude de uma profunda apatia difundida entre os cidadãos contemporâneos, bem como a crescente falta de engajamento cívico.¹⁹ Cumpre ainda salientar duas questões que também demandariam atenção, quais sejam, a possibilidade ou não de adaptação da dinâmica dialógica proposta pelas teorias do equilíbrio a outros sistemas fora dos Estados Unidos, bem como a eventual negligência à interação institucional estabelecida entre o Poder Judiciário e as instâncias políticas, advinda do esforço em incluir a sociedade no diálogo, no que tange a questões de menor apelo popular.²⁰

Já as teorias da parceria revelariam um contínuo esforço em investir nos mecanismos institucionais enquanto melhor maneira de fortalecer o diálogo constitucional,²¹ atribuindo a cada instância de Poder uma contribuição distinta, estruturalmente diversa, sem qualquer espécie de privilégio. Neste sentido, ao mesmo tempo em que seria cabível supor um igual direito de participação a cada ator institucional, o diferencial consistiria justamente na possibilidade de aprender com o *input* específico de cada perspectiva, porquanto *“they each bring distinct and valuable perspectives to constitutional judgment given their different institutional characteristics and responsibilities.”*²² Desta maneira, ao propugnarem uma combinação entre a concepção do Poder Judiciário, mais apta a lidar com questões individuais e menos vulnerável à ingerência política, e a perspectiva do Poder Legislativo, habituado ao desenvolvimento de políticas coletivas, as teorias da parceria terminariam por concluir pela complementariedade destes dois planos institucionais.

Contudo, uma vez mais são apontadas dificuldades atinentes às teorias da parceria, porquanto, ao valorizar em demasia aspectos institucionais, elas terminam por

¹⁸ **Em Português:** o Tribunal poderá finalmente vir a repensar e reformular a sua decisão. (...) Ao longo do tempo, este processo produzirá um equilíbrio constitucional relativamente duradouro que é amplamente aceito por todos os participantes na discussão nacional. Ibid. p. 1159.

¹⁹ Ibid. p. 1164.

²⁰ Ibid. p. 1168.

²¹ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit., p. 99.

²² BATEUP, Christine. Op. Cit., p. 1169 e 1170.

negligenciar a dimensão social do diálogo, ou seja, elas revelam uma desatenção no que tange à construção de formas de participação autônoma da sociedade no debate.²³ Outra indagação perpassa pela dificuldade em assegurar o efetivo engajamento do Poder Legislativo no processo dialógico, bem como na constatação de que não há garantias acerca do cumprimento de uma dinâmica prevista para o diálogo.²⁴

Desta maneira, o exame das virtudes e problemas das teorias do equilíbrio e da parceria conduziram Christine Bateup a uma combinação destas duas perspectivas, resultando na *fusão dialógica*,²⁵ noção que desponta como uma concepção mais aprimorada e promissora de diálogo. Nesta seara, o modelo integrado proposto pela autora traduz uma melhor compreensão dos distintos aspectos sociais e institucionais da dialogia, porquanto preconiza a incorporação do papel do Judiciário enquanto facilitador do debate na comunidade política, realçando a importância da inclusão da sociedade na discussão acerca do significado constitucional, ao mesmo tempo em que destaca a necessidade da contribuição interdependente e singular de juízes e legisladores.²⁶

Por fim, cumpre assinalar de que maneira as teorias do diálogo podem contribuir com um novo olhar acerca dos possíveis modelos de desenho institucional a serem adotados, para além da mera constatação da supremacia pura e simples do Poder Judiciário. Nesta quadra, a assunção da perspectiva dialógica importa no reconhecimento da ideia de que todas as instituições devem participar ativamente da construção do significado constitucional, em um profícuo e permanente diálogo, notadamente no que condiz com a ideia de mudança informal da Constituição. Isto porque, a complexa tarefa de detectar a ocorrência de uma eventual alteração na compreensão de um dispositivo constitucional, sem mudança efetiva do texto, não passa obrigatoriamente pelo Poder Judiciário. Pelo contrário, conceber as mudanças constitucionais informais enquanto um processo dialético, onde o Poder Executivo, o Poder Legislativo e a comunidade política são incorporados a um processo contínuo de interação com o Poder Judiciário termina por contribuir de forma determinante para a legitimidade das mutações constitucionais.

²³ Ibid. p. 1174.

²⁴ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit., p. 100.

²⁵ BATEUP, Christine. Op. Cit., p. 1174.

²⁶ Ibid. p. 1174 e 1175.

4.2

Pela superação da dualidade radical: “todo o poder aos juízes” ou “todo o poder ao legislador”.²⁷ A inadequação da deferência absoluta e a necessidade de compartilhamento do Poder.

Na tentativa de se repensar a jurisdição constitucional para além de uma abordagem meramente processual, capaz de superar a *visão guilhotina*, “segundo a qual o controle judicial de constitucionalidade é simplesmente um conjunto de ações (no sentido do direito processual) que conduz a lei para a guilhotina anuladora do Judiciário,”²⁸ revela-se bastante oportuno o esforço das teorias dialógicas em apreender a complexidade da interação entre os Poderes, por intermédio de uma perspectiva dialética e cooperativa, em oposição à uma abordagem focada no monopólio interpretativo por parte das Cortes ou do próprio Poder Legislativo.²⁹

Com efeito, o questionamento acerca de eventual deferência a ser empregada pelo Judiciário em relação às instâncias políticas e à sociedade ganha relevo em virtude de uma desproporcional autoridade interpretativa³⁰ reivindicada e desempenhada pelos juízes, a despeito da noção de controle de constitucionalidade não importar necessariamente em um monopólio da interpretação constitucional pelo Poder Judiciário.³¹ Neste passo, cumpre verificar se eventual vantagem numérica própria das instâncias populares efetivamente se traduz em prerrogativas frente ao Poder Judiciário, notadamente diante de seu cariz reconhecidamente *menos* democrático, porquanto Poder não eleito.³²

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 204.

²⁸ Ibid. p. 221.

²⁹ DIXON, Rosalind. *Designing constitutional dialogue: Bills of rights & the new Commonwealth Constitutionalism*, 2008. Original cedido pela autora, p. 23.

³⁰ FERREJOHN, John. *The lure of large numbers*. In: Harvard Law Review, vol. 123, n.8, 2010, p. 1969. Esta crítica ao monopólio do Poder Judiciário na interpretação constitucional se intensifica a partir do debate veiculado pelas teorias do chamado constitucionalismo popular. Conferir, por exemplo: KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004 e TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. Referindo-se ao contexto norte-americano, Ferejohn destaca que o processo de atualização da Constituição foi deixado, principalmente, a cargo das Cortes. ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. *A republic of statutes: the new American Constitution*. New Haven: Yale University Press, 2010, p. 04.

³¹ Como bem pontua Virgílio Afonso da Silva, a exemplo da França, o controle de constitucionalidade nem precisa ser necessariamente judicial. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 202.

³² Cumpre assinalar que a forma de ingresso no Poder Judiciário estabelecida pela Constituição brasileira consiste em um sistema misto: concurso público e eleição indireta (para o STJ, por exemplo).

É nesta quadra que Cass Sunstein, principal defensor do minimalismo judicial³³, identifica o argumento *many minds*, consubstanciado na ideia de que a convergência proveniente de um grande número de pessoas merece consideração e respeito, bem como na noção de que a Constituição deve ser o produto de muitas mentes e não uma construção judicial solipsista.³⁴ O autor reconhece que, diante de limitações cognitivas, os juízes contemporâneos devem contar com a colaboração das demais instâncias, necessitam aceitar os arranjos provenientes do Executivo, do Legislativo e das camadas populares, de maneira a alcançar um acordo passível de relativa estabilidade. Nada obstante, a despeito da imperiosa deferência aos *grandes números*,³⁵ notadamente no que concerne a relevantes questões constitucionais, Sunstein destaca que o argumento *many minds* nem sempre é incorporado à prática americana, à ordem constitucional, apesar de ser crucial para se pensar a mudança constitucional.³⁶

Com efeito, sem perder de vista as peculiaridades do cenário norte-americano, onde o processo de reforma constitucional além de extremamente complexo é também algo raríssimo,³⁷ cumpre salientar que Sunstein, em alusão à perspectiva de Thomas Jefferson no sentido de que cada nova geração deve ser capaz de repensar a Constituição e os termos da vida política e social, aponta para o mito da estabilidade constitucional, tendo em vista o seu potencial de transformação por intermédio de processos informais, a prática social, a interpretação.³⁸ Não obstante, aduz para o engano da concepção que confere enfoque excessivo à interpretação judicial, em detrimento dos cidadãos e dos representantes eleitos. Segundo ele, a despeito do papel fundamental da Suprema Corte em diversos momentos,³⁹ as mudanças de fato relevantes são inicialmente veiculadas por instâncias eleitas, pelos processos

³³ De forma concisa, o minimalismo judicial representa a técnica por meio da qual os juízes adotam a estratégia de dizer somente o necessário, não decidindo até onde for possível. Conferir: SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

³⁴ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Op. Cit., p. IX.

³⁵ A referência à expressão *grandes números*, *large numbers* foi retirada da resenha de John Ferejohn *The lure of large numbers*. Op. Cit.

³⁶ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Op. Cit., p. 7, 8, 280 e 281.

³⁷ Esta dificuldade de emendar a Constituição nos Estados Unidos encontra guarida no procedimento deveras árduo do artigo 5º da Constituição norte-americana, o que termina por facilitar a mudança informal, a proliferação de mutações constitucionais, conforme veremos mais à frente.

³⁸ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Op. Cit., p. 2 e 3.

³⁹ Exemplos da atuação determinante da Suprema Corte norte-americana podem ser observados nos casos *Brown v. Board of Education* (1954), que pôs fim à segregação racial nas escolas e *Roe v. Wade* (1973), decisão que admitiu o aborto.

democráticos ordinários, pelos cidadãos.⁴⁰ Neste passo, a atuação do Judiciário assumiria um viés de endosso, de ratificação de entendimentos já construídos, propagados e consolidados pelas *many minds*.⁴¹

Cumpra salientar que estas *virtudes passivas*⁴² judiciais, este minimalismo endossado pelo autor denotam um cariz dialógico, na medida em que possibilitam a abertura, o início do debate pelo Judiciário e estimulam a deliberação e a resolução de questões controversas também pelas instâncias políticas.⁴³ Contudo, a deferência proposta pelo autor não é absoluta, encontra limites nas hipóteses de risco aos direitos fundamentais de minorias vulneráveis, seara onde Sunstein apregoa a relevância do papel institucional de juízes, notadamente no que a tange à necessidade de cautela no reconhecimento de novos e controversos direitos constitucionais, bem como na assimilação de práticas provenientes de nações estrangeiras.⁴⁴

Nada obstante, revelam-se oportunas as considerações feitas por John Ferejohn acerca do atual encantamento pelos grandes números, pelos argumentos e deliberações da maioria. A partir de uma análise voltada para a *performance informacional*, Ferejohn aduz para a complexidade de possíveis interações, destacando a importância de se atentar para o desenho institucional de cada Poder. Na lição do autor, qualquer organização, incluindo o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, precisa lidar com problemas de informação, ou seja, com dificuldades de aquisição, transmissão e agregação de dados.⁴⁵ Desta feita, a despeito do entusiasmo natural com a perspectiva de uma deliberação efetivada pelas pessoas comuns, possuidoras de um conhecimento partilhado que poderia ser utilizado na tomada coletiva de decisões, não há como desconsiderar os altos custos que envolvem a coleta e administração de informações.

Nesta esteira, na leitura de Ferejohn, as evidências não são tão nítidas de que a vantagem dos números esteja com as instâncias políticas e não com o Judiciário. Na construção de seu argumento, o autor elenca a combinação de regulação hierárquica com um modelo descentralizado de tomada de decisões, próprios da estrutura do Poder Judiciário norte-americano como fatores determinantes para um maior foco na busca de informações, visto que tal aparato teria o condão de tornar os juízes mais conscientes da

⁴⁰ Na mesma linha, possível incluir o jurista alemão Peter Häberle. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Op. Cit., p. 9 e 13.

⁴¹ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Op. Cit., p. 3 a 5.

⁴² BICKEL, Alexander M. Op. Cit.

⁴³ BATEUP, Christine. Op. Cit., p. 1132 e 1133.

⁴⁴ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Op. Cit., p. 208 a 210.

⁴⁵ FEREJOHN, John. Op. Cit., p. 1971.

influência e do alcance de suas decisões.⁴⁶ Segundo Ferejohn, a eventual possibilidade de reforma das decisões de primeira instância não seria suficiente para macular a independência alcançada pelos juízes, porquanto ela se operaria por intermédio de órgãos colegiados mediante um grau considerável de deliberação.

Nesta quadra, comparando a estrutura do Poder Judiciário com a do Legislativo, Ferejohn termina por concluir pela maior dificuldade de tomada de decisões coletivas, como no Congresso, seja por conta de ter de tomá-las em grupos maiores, seja pelo caráter demasiado instável, não definitivo de suas decisões, passíveis de emendas ao longo de todo o processo legislativo.⁴⁷ Como resultado, o autor vislumbra a permanente necessidade de persuasão dos congressistas, em virtude das dificuldades de incentivos individuais e da crescente desmotivação informacional de seus membros, notadamente por conta do tamanho do Congresso Nacional. Nesta medida, constata o autor que, sob o ponto de vista informacional, não há grandes justificativas para a deferência do Judiciário às instâncias políticas, ao Poder Legislativo.

Questionando também a premissa majoritária encontramos Stephen Macedo, por ocasião do simpósio voltado para a discussão do novo livro de Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*. O autor indaga em que medida a regra da maioria constituiria algo moralmente especial, notadamente nas hipóteses de opressão das minorias, apontando ainda para a excessiva simplicidade do argumento majoritário. Macedo investe em uma concepção mais complexa, segundo a qual deve ser imperativo ao sistema político se estruturar em razão de um princípio básico e abstrato de moralidade, qual seja, o da igualdade política. Segundo o autor, a assunção desta premissa oportunizaria a manifestação tanto da votação majoritária quanto da manifestação popular direta, sem deixar de promover os direitos das minorias e uma deliberação justa e inclusiva.⁴⁸

Com efeito, o principal argumento veiculado pelos defensores da regra da maioria, dentre eles Jeremy Waldron, consiste na ideia de que a forma mais justa de solucionar um desacordo perpassa em conferir a todos direito igual de voto, lançando-se vencedora a tese que angariar o maior número de votantes.⁴⁹ Nada obstante, assim deve ser por conta de ser este o procedimento preferível em um contexto de profunda

⁴⁶ Ibid. p. 1990 e 1991.

⁴⁷ Ibid. p. 1992.

⁴⁸ MACEDO, Stephen. *Against majoritarianism: democratic values and institutional design*. In: Boston University Law Review, v. 90, 2010. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/MACEDO.pdf>. Acesso em 10 de set. 2010, p. 1030.

⁴⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 2001.

discordância, resumindo-se a questão simplesmente à vantagem numérica de um dos lados em questão.⁵⁰ Saliente-se que, segundo a concepção de Waldron, além da maximização da participação popular, da participação em igualdade de condições,⁵¹ questões envolvendo a regra da maioria sempre tangenciam a noção de desacordo, notadamente em virtude da ampla discordância acerca dos direitos fundamentais.⁵²

Em sentido diverso de Waldron, com arrimo em Ronald Dworkin, Stephen Macedo afirma que a regra da maioria não consiste em um princípio fundamental democrático ou de justiça. Trata-se de uma regra de decisão dentre outras diversas que possui algumas qualidades importantes, notadamente quando há apenas duas opções, duas escolhas a tomar.⁵³ Sua análise implica reconhecer que há demasiado fetiche acerca das virtudes da regra da maioria, desconsiderando deficiências que se revelam de maneira nítida quando nos colocamos diante de questões concretas envolvendo desenho institucional, representação política dentre outras.⁵⁴ Neste sentido, porquanto a noção de justiça requer a inclusão da perspectiva das minorias, é forçoso considerar a possibilidade de pertencer a esta parcela,⁵⁵ assumindo como imperiosas as limitações à regra da maioria presentes nas Constituições democráticas, instrumentos de garantia de

⁵⁰ Segundo Jeremy Waldron: “*The great right of every man, the right of rights, is the right of having a share in the making of the laws, to which the good of the whole makes it his duty to submit.*” **Em Português:** O grande direito de cada homem, o direito dos direitos, é o direito de ter uma participação no processo de elaboração das leis, pois ao bem da maioria deve a ele se submeter. Ibid. p. 232.

⁵¹ Na lição de Waldron: “*People whose rights are at stake are entitled to participate on equal terms in the decision.*” **Em Português:** As pessoas cujos direitos estão em jogo têm o direito de participar em termos igualitários da decisão. Ibid. p. 244.

⁵² Com base nas lições de Ronald Dworkin, divergimos de Jeremy Waldron, porquanto entendemos que o relativismo e a discordância acerca dos direitos fundamentais não são noções absolutas, sendo cabível conceber algum consenso na matéria, notadamente no que tange aos direitos fundamentais-sociais.

⁵³ MACEDO, Stephen. Op. Cit., p. 1033. Stephen Macedo sustenta que a regra da maioria é apenas um dos procedimentos possíveis, viáveis, considerando a noção de igualdade política. Há outras regras de decisão também consistentes e adequadas, eventualmente mais justas e inclusivas. Como exemplo, a eleição proporcional dos membros do Poder Legislativo, onde é possível observar que as minorias também podem ser representadas e, portanto, adquirir a sua parcela de poder. Ibid. p. 1.037.

⁵⁴ Como exemplo, aduz o autor: “*This becomes clearer when we shift the discussion away from abstract conceptions of disagreeing “majorities” and “minorities” to more concrete examples. For instance, it seems unreasonable for a majority of Americans or their representatives to deny indigent persons accused of crimes the right to publicly funded counsel or to deny adult homosexuals the liberty to have consensual sex in the privacy of their homes. I agree with Dworkin that it is a gain for democracy when a court that is empowered by a popular constitution with the power of review insists upon protecting the equal rights of accused persons or homosexuals.*” **Em Português:** Isso se torna mais claro quando se desloca a discussão para longe de concepções abstratas acerca do desacordo entre “maiorias” e “minorias” para exemplos mais concretos. Por exemplo, não parece razoável para a maioria dos norte-americanos ou para os seus representantes negar a pessoas indigentes acusadas de crimes o direito à assistência financiada por fundos públicos ou negar a homossexuais adultos a liberdade de ter relações sexuais consensuais, na privacidade de suas casas. Concordo com Dworkin que é um ganho para a democracia quando um tribunal, habilitado por uma constituição popular e com o poder de fiscalização insiste em proteger a igualdade de direitos de acusados ou homossexuais. Ibid. p. 1033.

⁵⁵ Ibid. p. 1038.

direitos a todos.⁵⁶ Vale dizer: na leitura de Macedo, o crucial é não incorrer no equívoco de identificar democracia exclusivamente com a regra da maioria.⁵⁷

Em suma, todo o debate travado neste item do trabalho, envolvendo a dicotomia da deferência ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário teve por finalidade demonstrar as dificuldades de se encontrar um modelo de desenho institucional ideal, notadamente em virtude da complexidade atinente a esta possível interação. De fato, conforme exposto no capítulo III, o paradigma da intersubjetividade, próprio do Estado democrático de Direito, busca superar as dualidades metafísicas, notadamente nas hipóteses em que elas costumam pecar por “um certo maniqueísmo, como se o problema se resumisse às alternativas ‘todo poder aos juízes’ ou ‘todo poder ao legislador.’”⁵⁸

Com efeito, as preocupações relativas ao *design institucional*, referentes à capacidade institucional merecem destaque, porquanto são responsáveis pela conexão com a realidade experimentada por cada país, refletem a facticidade das instituições envolvidas no processo de interpretação/aplicação e são de crucial importância para o fenômeno da mutação constitucional via interpretação. Nesta linha, sem negar a valiosa contribuição da experiência estrangeira no tocante ao exame da pluralidade de arranjos institucionais, é imperioso que o debate travado neste item do trabalho seja adaptado à realidade brasileira.

Pois bem, ao propugnarmos pela adoção da perspectiva do “jogo de ação-reação, típico da ideia de diálogo,”⁵⁹ impende ressaltar que, a despeito de não contarmos com mecanismos de *design institucional* incorporados, por exemplo, pelo Canadá,⁶⁰ cujos contornos, sem dúvida, “*have the potential to deliver a more dialogic form of judicial*

⁵⁶ Ibid. p. 1033.

⁵⁷ Ibid. p. 1042.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 204.

⁵⁹ Ibid. p. 218.

⁶⁰ Acerca do assunto cumpre salientar que a cláusula “não obstante” consta da *Canadian Charter of Rights and Freedom*, promulgada em 1982. Sobre ela, assevera Christine Bateup: “*One of the most notable features of the Canadian Charter is the “override” or “notwithstanding” provision contained in section 33, which grants power to the Canadian legislatures at both the provincial and federal levels to deviate from or displace most judicial interpretations of Charter rights.*” **Em Português:** Uma das características mais notáveis da Carta Canadense é a previsão do mecanismo de “substituição” ou a cláusula “não obstante”, contidas na seção 33, que concedem enorme poder aos legisladores canadenses, tanto a nível provincial quanto federal para desviar ou deslocar grande parte da interpretação judicial acerca da Carta de Direitos. BATEUP, Christine. Op. Cit., p. 1119. A despeito de consubstanciar uma alternativa à perspectiva monológica (Poder Legislativo ou Poder Judiciário), na prática, a técnica do *legislative override* foi pouco utilizada pelo Poder Legislativo canadense.

review,⁶¹ não há impedimentos para se investir em uma concepção dialógica, capaz de integrar o Poder Judiciário e o Legislativo em um processo contínuo de construção do significado da Constituição.⁶² Na verdade, como veremos mais a frente, no item 4.3.1., é possível elencar hipóteses em que o Legislativo efetivamente reagiu a decisões judiciais, alterando dispositivos constitucionais. Desta maneira, na esteira de Rosalind Dixon, vale afirmar:

*“At its most basic, a dialogical approach to constitutionalism stands for the idea that two or more persons, and not simply one person or institution, should have a role in the process of constitutional interpretation. First and foremost it thus points to the adoption of a cooperative approach to constitutionalism, as opposed to an approach based on an interpretive monopoly on the part of either courts or legislatures.”*⁶³

Nesta quadra, a afirmação peremptória de que, por conta de previsão constitucional expressa, o artigo 102 da Constituição brasileira,⁶⁴ o Supremo Tribunal Federal seria o detentor da última palavra, revela-se passível de temperamentos. Isto porque, considerar a definitividade das decisões do Judiciário como algo posto, inquestionável, implica desconhecer a complexidade do cumprimento destas decisões. Como bem afirma Barry Friedman, as Cortes precisam enfrentar constrangimentos, coações advindas das instâncias políticas e da opinião pública. Isto significa que: *“From the Supreme Court’s perspective the problem is actually more complex: not only can other branches refuse to comply, they can attack the Court and the institution of judicial review itself.”*⁶⁵ Dito de outro modo, a despeito de, na ordem constitucional brasileira

⁶¹ **Em Português:** tem o potencial de revelar uma forma mais dialógica de judicial review. DIXON, Rosalind. Op. Cit., p. 16.

⁶² Como bem afirma Barry Friedman: *“As we will see, it is not the role ascribed to judicial review by most observers in the legal academy, in which the Supreme Court - for better or for worse – decides constitutional meaning. Rather, in my view the Supreme Court’s exercise of judicial review forces a conversation within the polity about what the Constitution should mean. And I think this is a good thing.”*

Em Português: “Como veremos, não é o papel atribuído ao controle de constitucionalidade pela maioria dos observadores na academia jurídica, no qual a Suprema Corte – para o bem ou para o mal – decide o significado constitucional. Pelo contrário, na minha opinião, o exercício do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte força uma conversação com as instâncias políticas acerca do que a Constituição deveria significar. E eu acho que isso é uma coisa boa. FRIEDMAN, Barry. Op. Cit., p. 1259.

⁶³ **Em Português:** Na sua forma mais básica, uma abordagem dialógica do constitucionalismo representa a idéia de que duas ou mais pessoas, e não simplesmente uma pessoa ou instituição, deverá ter um papel no processo de interpretação constitucional. Primeiro e mais importante é que ela aponta para a adoção de uma abordagem cooperativa para o constitucionalismo, em oposição a uma abordagem baseada em um monopólio da interpretação por parte de dos Tribunais ou do Legislativo. DIXON, Rosalind. Op. Cit., p. 23.

⁶⁴ Dispõe o artigo 102 da Constituição brasileira: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...”.

⁶⁵ **Em Português:** Da perspectiva da Suprema Corte o problema é ainda mais complexo: não apenas podem as outras instâncias se recusar a cumprir, mas também elas podem atacar o Tribunal e o próprio

haver uma clareza do ponto de vista institucional acerca de quem deve guardar a Constituição, isto não importa na conclusão de que há uma submissão necessária, um monopólio da interpretação judicial. Vale dizer, nada impede que, após uma decisão de inconstitucionalidade/constitucionalidade, a matéria objeto de questionamento possa ser trazida à baila novamente, possa emergir das instâncias políticas, da sociedade, notadamente porque: “*Courts decisions are entitled to respect, not adoration. When the Court issues its judgment, we should not suspend ours.*”⁶⁶ Desta maneira, porquanto decisões judiciais não encerram por completo o debate, não põem fim à deliberação, imperiosa a construção de um diálogo não só entre os Poderes, mas também capaz de incluir a sociedade. Isto porque, na esteira de Ronald Dworkin, última palavra não é propriamente sinônimo de resposta certa.⁶⁷

Nesta quadra, além da indagação acerca do *quantum* de deferência os Poderes devem reciprocamente conceder-se em cada hipótese, o que se objetiva é a defesa e a incorporação de uma dinâmica institucional integrativa, onde o poder é compartilhado e as dicotomias, as radicalizações entre Judiciário, Legislativo e Executivo são superadas em prol de um diálogo incessante.⁶⁸ Nesta medida, porquanto a democracia não se restringe à regra da maioria e a perspectiva dialógica “*is in no way a theory of pure majoritarianism,*”⁶⁹ uma possível proposição ao Poder Judiciário segundo esta perspectiva de interação, dialógica consistiria na alternância entre uma postura interventiva, notadamente em se tratando da concretização de direitos fundamentais-sociais, e uma atuação de autocontenção, no que tange a leis ou emendas constitucionais amparadas por um intenso e amplo processo deliberativo ou por um extenso respaldo

instituto do controle de constitucionalidade. FRIEDMAN, Barry. Op. Cit., p. 1277. No mesmo sentido, conferir a afirmação de Christine Bateup, com arrimo também nos cientistas sociais: “*Social scientists studying judicial behavior have increasingly demonstrated, however, that the assumption of judicial finality is incorrect. With respect to constitutional decisions of the Supreme Court, while a judicial decision is final in the sense that it binds the parties to the action, it is rarely the final word in relation to the broader constitutional issues being considered due to a variety of institutional and political constraints on the Court.*” **Em Português:** Os cientistas sociais que estudam o comportamento judicial tem cada vez mais demonstrado, entretanto, que o pressuposto da última palavra do Judiciário é incorreto. No que diz respeito às decisões da Suprema Corte, uma decisão judicial é definitiva no sentido de que ela vincula as partes na ação, porém ela raramente é a palavra final em relação a questões constitucionais mais amplas, sendo considerada em razão de uma série de condicionantes políticos e institucionais sobre o Tribunal. BATEUP, Christine. Op. Cit., p. 1118.

⁶⁶ **Em Português:** as decisões das Cortes são merecedoras de respeito, não adoração. Quando o tribunal emite o seu julgamento, nós não devemos suspender o nosso. FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 279.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martin Fontes, 2000, p. 175 e ss.

⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 220.

⁶⁹ DIXON, Rosalind. Op. Cit., p. 29. **Em Português:** não é, em nenhum sentido, uma teoria majoritária pura.

popular.⁷⁰ Já no que concerne ao Poder Legislativo, também enquanto legítimo intérprete da Constituição, consoante a já apregoadá interpretação pluralista propugnada por Peter Häberle, cumpriria travar um diálogo horizontal com o Judiciário, no sentido de ser capaz de responder, reagir em tempo hábil a uma decisão de constitucionalidade/inconstitucionalidade da qual discorde, orientado por razões de ordem pública, interesse público, superando o ônus político, deliberativo,⁷¹ criado pela decisão do tribunal.

Neste passo, porquanto a perspectiva dialógica apregoa o compartilhamento do poder, investe na possibilidade permanente de abertura a novos e diferentes argumentos, por parte de todos os Poderes e da sociedade civil,⁷² é que procuramos, neste item da dissertação romper, superar com uma concepção maniqueísta, dicotômica, binária acerca do monopólio da interpretação da Constituição, seja pelo Poder Legislativo ou Poder Judiciário e, vislumbrar que “seria mais plausível pressupor a existência de um contínuo de possibilidades de arranjos institucionais diversos que extrapolam essa contraposição simplista.”⁷³ Desta feita, é possível concluir que um modelo de desenho institucional capaz de contemplar e traduzir a vontade popular implica não apenas no abandono da noção de deferência absoluta, mas também passa pela ideia de interação constitucional, pelo engajamento dos Poderes e da sociedade, objetivando travar, construir um autêntico diálogo.

⁷⁰ No mesmo sentido, conferir Peter Häberle: “existem leis (...) que despertam grande interesse na opinião pública. Essas leis provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob o controle rigoroso da opinião pública pluralista. Ao examinar essas leis, a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional.(...) Em relação àquelas leis menos polêmicas, isso poderia significar que elas não devem ser submetidas a um controle tão rigoroso.”HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Op. Cit., p. 45.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 213 e 214.

⁷² Ibid. p. 214.

⁷³ Ibid. p. 204.

4.3

Repensando o fenômeno da mutação constitucional via interpretação sob a perspectiva dialógica: a possibilidade de (re)abertura do diálogo no cenário brasileiro.

Inicialmente, cumpre assinalar que o modelo de engenharia constitucional tipificado na Constituição brasileira não é propriamente dialógico,⁷⁴ se comparado a formas alternativas de controle de constitucionalidade, adotadas, por exemplo, pelo Canadá e a Nova Zelândia,⁷⁵ representantes autênticos do denominado modelo brando (*weak form*)⁷⁶ de justiça constitucional. Há inclusive quem defenda que diante de características típicas de modelos fortes inerentes ao nosso sistema, como por exemplo, a previsão de imutabilidade de alguns dispositivos constitucionais, as denominadas cláusulas pétreas, o Brasil enfrentaria alargada dificuldade no tocante à possibilidade de abertura e disposição para o diálogo.⁷⁷

Isso não nos impede de reconhecer que a Lei Fundamental brasileira “também estabelece *procedimentos deliberativos*, isto é, alberga um modelo de democracia e, assim, preconiza formas de *diálogo público*,”⁷⁸ a exemplo da possibilidade dialógica institucionalmente prevista, positivada na Constituição brasileira, o já mencionado artigo 52, X. Nesta quadra, distanciando-se de uma perspectiva monológica, centrada na interpretação judicial, o fato é que na casuística nacional,⁷⁹ diversos são os exemplos do já referido jogo de ação-reação⁸⁰, próprio da concepção dialógica.

Assim sendo, o que se almeja demonstrar é que há um potencial de diálogo no modelo brasileiro de justiça constitucional a ser explorado, e isto toca diretamente às mudanças informais da Constituição, porquanto também elas devem incorporar a dinâmica de interação dialética entre os poderes. O reconhecimento desta influência plural na construção do significado constitucional realça a legitimidade democrática

⁷⁴ Neste sentido, conferir: SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit., p. 111.

⁷⁵ Vale registrar que o Canadá e a Nova Zelândia são modelos parlamentaristas, em que o diálogo Executivo-Legislativo é da essência dessa forma de governo.

⁷⁶ Acerca do modelo fraco de controle de constitucionalidade, conferir: TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights: judicial and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 217 e 218.

⁷⁸ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte & vida da Constituição dirigente*. Op. Cit, p. 152.

⁷⁹ Neste sentido, conferir: SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit., p. 111.

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 218.

constitucional, uma vez que preconiza a provisoriedade de uma pretensa última palavra do Judiciário, na medida em que esta se sujeita à possibilidade sempre renovada de mobilização proveniente da sociedade ou das instâncias políticas.

Desta maneira, em um primeiro momento lançaremos nosso olhar sobre o exame de casos envolvendo as mutações constitucionais operadas via atuação do Poder Legislativo, reveladoras de uma complexa relação entre o Poder Judiciário e o Legislador, por intermédio do fenômeno da correção legislativa, o *legislative override*. Vale dizer, analisaremos casos onde a arena representativa reagiu, respondeu às decisões do Supremo Tribunal Federal. Isto, por óbvio, na perspectiva da mudança informal da Constituição, pois que, ao veicular determinada compreensão, o Poder Legislativo tem também o condão de operar ou repelir mutações constitucionais.

Será também analisada a possibilidade de mudança informal da Constituição empreendida pela interpretação do Poder executivo, por intermédio das medidas provisórias e do procedimento de aprovação e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal, processos reveladores da interação dinâmica entre os Poderes, capazes de repercutir na mudança informal da Constituição.

Já no item seguinte, daremos ênfase às diferentes percepções do mecanismo norte-americano denominado *backlash* e seus efeitos construtivos, realçados por Robert Post e Reva Siegel,⁸¹ no intuito de destacar a forma pela qual a resistência popular a uma interpretação judicial tem o condão de reforçar a legitimidade democrática da Constituição. A análise se justifica, na medida em que o fenômeno tangencia não só a questão das mutações constitucionais via interpretação, mas também trata do conflito político vertical próprio do cenário brasileiro, envolvendo o Supremo Tribunal Federal e a sociedade.

Desta maneira, sustentar a aplicabilidade de uma perspectiva dialógica ao nosso complexo normativo constitucional importa reconhecer não só a relativa provisoriedade na última palavra do Poder Judiciário, mas também perquirir acerca da capacidade e disposição dos atores, institucionais ou não, na construção conjunta dos significados constitucionais. Desta feita, a consolidação de um *sentimento constitucional*⁸² passa necessariamente pela ideia de que um ordenamento jurídico deve ser capaz de despertar

⁸¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*. In: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, v. 42, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em 5 de set. 2010, p. 390.

⁸² VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e Prefácio por Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

a ampla adesão quanto à sua normatividade, notadamente “quanto às instituições mais enraizadas em suas bases sociais, então tal ordenamento é algo vivo. Não está ali, afastado, nutrindo-se solitariamente de suas próprias interconexões e interpretações formais. Penetra nas entranhas populares para converter-se em ordenamento sentido”⁸³, bem como pela possibilidade de todas as instâncias e da sociedade política influírem nos caminhos da mudança constitucional informal, notadamente porque o diálogo, “ao contrário do processo em sentido jurídico-formal, não tem fim.”⁸⁴

4.3.1

A mutação constitucional via interpretação legislativa: a correção legislativa.

Em virtude do reconhecimento da validade de uma hermenêutica plural, onde todos os poderes instituídos participam do processo de interpretação da Constituição, é imperioso observar que também o Poder Legislativo, por intermédio da interpretação legislativa, pode alterar “o sentido, o significado ou o alcance das disposições constitucionais sem que se lhe alterem a letra ou o espírito.”⁸⁵ Na lição de Luís Roberto Barroso, haverá a mudança informal da Constituição por via da interpretação legislativa quando, “por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.”⁸⁶

Nesta esteira, não se questiona que por meio do processo legislativo também toque ao Poder Legislativo influir no processo de mutação constitucional, notadamente através da edição de legislação ordinária direcionada à concretização ou regulamentação de dispositivos constitucionais (que comportem mais de uma leitura possível) capazes de operar ou repelir mudanças informais na Constituição. Contudo, discordando da

⁸³ Ibid. p. 7.

⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 214.

⁸⁵ Na lição de Anna Candida da Cunha Ferraz, a mutação constitucional legislativa se opera “quando, por essa via, se transmuda o sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional, para adaptá-la a realidades novas, a situações distintas, a momentos e circunstâncias sociais, políticas ou econômicas diferentes; ocorre, também quando se altera, se amplia ou se restringe o programa apenas esboçado pela norma constitucional; ocorre, ainda, quando se preenchem vazios constitucionais, se suprem omissões, se esclarecem obscuridades, dando-se, por via legislativa, novo alcance ao texto constitucional, que irá abranger situações novas ou disciplinar, de modo atual e definido, comportamentos imprecisamente previstos na Constituição.” FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 92.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 132.

leitura do Professor Barroso, entendemos que modificações empreendidas no texto constitucional via emenda à Constituição, porquanto inclusas na designação “ato normativo primário”,⁸⁷ não mais se situam no âmbito das mudanças informais da Constituição, pois que empreendem uma efetiva alteração no texto constitucional, vale dizer, desbordam dos limites hermenêuticos atinentes à linguagem e ao texto constitucional, constituindo mudanças formais constitucionais. Neste sentido, vale ressaltar que também a mutação constitucional legislativa padece do risco de descambar para a deformação constitucional,⁸⁸ de maneira que também aqui há a necessidade de submissão aos já apregoados limites hermenêuticos.

Pois bem, porquanto nossa investigação busca jungir a mutação constitucional operada via interpretação legislativa a uma perspectiva dialógica é que se cogita de um breve exame do fenômeno da correção legislativa de decisão judicial, o denominado *legislative override*. Tal mecanismo pode ser descrito como a “faculdade de o legislador rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, se for o caso, de superá-las,”⁸⁹ consubstanciando relevante possibilidade de diálogo entre poderes, sem embargo de não estar instituído formalmente no texto constitucional.⁹⁰

Com efeito, a expressão “correção legislativa de decisão judicial” foi empregada pela primeira vez pelo Supremo Tribunal Federal em sede do Recurso Extraordinário nº 573.675/SC, no bojo do voto do Ministro Gilmar Mendes. Neste passo, ao decidir pela constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 39/02,⁹¹ Gilmar asseverou tratar-se de “um fenômeno que sói acontecer também no Direito americano, que é o fenômeno de um tipo de correção legislativa de uma decisão judicial por emenda constitucional.”⁹² Nesta quadra, cumpre ressaltar que o mecanismo do *legislative override* se produz por intermédio tanto de emenda constitucional quanto de legislação infraconstitucional,⁹³

⁸⁷ Os atos normativos primários são aqueles destinados a instituir direitos e criar obrigações. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 117.

⁸⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. Op. Cit., p. 101.

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 212.

⁹⁰ Como bem enuncia Gustavo Antunes Sengès, com fulcro em Jeb Barnes, trata-se de uma forma não de diálogo institucional, porém de diálogo político. SENGÈS, Gustavo Antunes. *O fenômeno da correção legislativa de decisão judicial*. Dissertação de Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2010, p. 98.

⁹¹ Emenda Constitucional promulgada em 19 de dezembro de 2002.

⁹² STF, RE 573.675/SC, j. 25.03.2009. Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes, p. 1451.

⁹³ Cumpre salientar, como bem afirma Gustavo Sengès, que há um relativo declínio do fenômeno da correção de interpretação constitucional por intermédio de legislação infraconstitucional. Segundo o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais a correção da jurisprudência da Corte Constitucional se dará por intermédio de emenda constitucional. SENGÈS, Gustavo Antunes. Op. Cit., p. 90, 96 e 97.

porém como nosso entendimento acerca da mutação constitucional legislativa encontra-se circunscrito à legislação ordinária, nosso interesse recai basicamente sobre a casuística atinente à lei. Por esta razão, o exame que agora se empreende incide sobre hipóteses em que a legislação ordinária “corrigiu”, modificou a interpretação judicial conferida à determinada norma constitucional.

O primeiro caso envolve o artigo 102, I, *b*, da CRFB, e as diversas interpretações a ele adjacentes. Segundo este artigo, compete precipuamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. Nesta esteira, a súmula 394, em vigor aproximadamente há trinta e cinco anos (desde 1964) dispunha que “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”⁹⁴ Pois bem, em 1999, após decisão no inquérito penal n° 687/1999,⁹⁵ o

⁹⁴ O entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal sob a égide da súmula 394 era de que “o foro privilegiado subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 131.

⁹⁵ STF, INQ 687/99 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ. 09.11.2001, cuja ementa dispõe: “EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. 1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis n°s 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, “b”, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar “os membros do Congresso Nacional”, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, “b” e “c”). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. Ressalva, também

Ministro Relator Sydney Sanches decidiu afastar o entendimento sumulado, com fulcro na ideia de que a prerrogativa de foro não deveria ser interpretada de forma ampliativa, notadamente em virtude do princípio da igualdade cunhado na Constituição de 1988, que albergava, por óbvio, os ex-exercentes de cargos ou mandatos. Com efeito, após o cancelamento da súmula, o Poder Legislativo aprovou, o Presidente da República sancionou a Lei 10.628/02, que “desfazia a mutação constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal,”⁹⁶ porquanto ao intentar o acréscimo dos parágrafos primeiro e segundo ao artigo 84 do Código de Processo Penal,⁹⁷ a referida lei almejava reestabelecer a tese preconizada pela súmula 394, vale dizer, pretendia que houvesse a “subsistência da competência especial mesmo após a cessação do exercício da função pública que a determinou.”⁹⁸

Neste sentido, cumpre reconhecer que a edição da Lei 10.628/02 consubstanciou uma tentativa de reação, uma resposta do Poder Legislativo à decisão judicial, por intermédio da edição de legislação ordinária. Ainda que se possa questionar o mérito da referida lei, porquanto eivada de interesse dos parlamentares e do Poder Executivo na manutenção de privilégios atinentes à prerrogativa de foro,⁹⁹ o fato é que, segundo Luís Roberto Barroso “se o dispositivo constitucional – art. 102, I, *b* – comportava mais de uma interpretação, como bem demonstrou a variação de posição do STF, é discutível que ao legislador não fosse facultada a escolha de uma delas.”¹⁰⁰ Enfim, o que se pretende evidenciar à luz deste caso em exame, independentemente do mérito, é que o Parlamento brasileiro, discordando da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao *foro privilegiado*, reagiu por intermédio da edição de lei. Contudo, o desfecho desta contenda se deu efetivamente nos termos do artigo 102 da Constituição brasileira, porquanto coube ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião

unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou.”

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 133.

⁹⁷ A alteração proposta no artigo 84 do Código de Processo Penal previa um parágrafo primeiro que assim dispunha: “A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.”

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 133.

⁹⁹ Segundo Gustavo Antunes Sengès, com arrimo em Uadi Lamego Bulos o caso em tela consubstancia hipótese de *manipulação inconstitucional*, porquanto a serviço de interesse vil ou de correção legislativa de decisão judicial, devidamente considerada inconstitucional. SENGÈS, Gustavo Antunes. Op. Cit., p. 96.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 134.

institucional da Constituição, na ADI 2.797/DF, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos §§ 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal.¹⁰¹

O segundo caso diz respeito às diferentes possibilidades de interpretação do artigo 5º, XLVI da CRFB, que dispõe: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:”. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal sustentava a constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90,¹⁰² porquanto não haveria ofensa ao princípio da individualização da pena a impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento atinente aos crimes hediondos. Mais a frente, o Supremo modificou a sua compreensão, passando a considerar inconstitucional a vedação da progressão de regime de pena nos crimes hediondos.¹⁰³

Em resposta, o Poder Legislativo editou a Lei nº 11.464/2007, que alterou a redação do artigo segundo da Lei nº 8.072/90, instituindo a seguinte distinção atinente à progressão de regime dos crimes hediondos: “Art. 2º, § 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.” Posteriormente, tal alteração foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal, sem embargo de alguns temperamentos decorrentes da impossibilidade de retroatividade da lei penal mais gravosa, porquanto o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da

¹⁰¹ STF, ADI 2.797/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006.

¹⁰² Assim dispunha o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90: “Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: § 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.”

¹⁰³ Conferir a ementa da decisão, STF, HC 82959/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.09.2006: “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.”

pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.464/07.¹⁰⁴ Desta feita, é possível observar neste caso também que, a despeito do poder de conformação do Judiciário, é certo que ele pode “ter a sua atuação reprogramada a partir de uma simples decisão do legislador ordinário.”¹⁰⁵

Deste modo, resta claro que a atuação do Poder Legislativo também pode repercutir no direcionamento das mudanças informais constitucionais, evidenciando que não apenas o Poder Judiciário, mas também os demais poderes instituídos podem determinar a compreensão e a interpretação dos dispositivos constitucionais. Desta feita, por intermédio do fenômeno da correção legislativa de decisão judicial observa-se uma alternativa à concepção binária focada na supremacia do Poder Judiciário, mostrando que as decisões judiciais não necessariamente põe fim ao diálogo, visto que o mecanismo da correção legislativa preconiza não só o compartilhamento de poder, mas “talvez, seja capaz de manter o diálogo político e transformar a decisão em parte de um trajeto caracterizado pela abertura e passagem.”¹⁰⁶

4.3.2

A mutação constitucional via interpretação do Poder Executivo

Tendo em conta que a “interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos,”¹⁰⁷ possível afirmar, segundo uma perspectiva

¹⁰⁴ Neste sentido, conferir parte da ementa do julgado, STF, RHC 91300 / DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 03.04.2009: “DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. FATO ANTERIOR À LEI 11.464/07. PRECEDENTES DESTA CORTE. PROVIMENTO PARCIAL. 1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade (ou não) de progressão do regime de cumprimento da pena corporal imposta no período de vigência da redação originária do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. 2. O julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (na sua redação original). 3. Houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. Contudo, levando em conta que - considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP - o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.464/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada.”

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 470.

¹⁰⁶ SENGÈS, Gustavo Antunes. Op. Cit., p. 99.

¹⁰⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Op. Cit., p. 24.

pautada no diálogo público que, também o Poder Executivo participa e influi no processo de mudança informal da Constituição. Com efeito, em consonância com a concepção dialógica que se propugna nesta dissertação, examinaremos duas possibilidades em que o Poder Executivo pode não só alterar as feições da Constituição, como também dialogar com o Poder Legislativo e Judiciário, desenvolvendo uma autêntica “interação dinâmica entre os poderes”.¹⁰⁸

A primeira delas consiste na edição de medidas provisórias, atribuição conferida ao Chefe do Poder Executivo, tangenciando o “âmbito da chamada *legislação de emergência*,”¹⁰⁹ porquanto consoante o artigo 62 da Constituição, as medidas provisórias devem ser concebidas em caso de relevância e urgência, bem como submetidas, de imediato, ao Congresso Nacional. Na medida em que têm força de lei, observa-se que também as medidas provisórias podem produzir mutações constitucionais, porquanto aqui também aplicável o que foi dito acerca da possibilidade da legislação ordinária influir no processo de mudança constitucional informal. Assim sendo, vislumbra-se que também uma medida provisória pode alterar a interpretação judicial conferida a uma disposição constitucional, sem, contudo, alterar a letra da Lei Fundamental.

O segundo exemplo de mudança informal constitucional e diálogo perpetrado pelo Poder Executivo pode ser observado na indicação e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, consoante os artigos 52, III, *a*, c/c artigo 101, parágrafo único e artigo 84, XIV da Constituição vigente.¹¹⁰ Isto porque, na medida em que esta função institucional “integra o complexo processo de *legitimação política* dos órgãos judiciários superiores, com participação dos poderes constituídos,”¹¹¹ notadamente, o Poder Executivo ao nomear o escolhido e o Legislativo (Senado Federal)¹¹² ao aprová-

¹⁰⁸ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit., p. 8.

¹⁰⁹ A chamada *legislação de emergência* encontra antecedentes nos decretos-leis da Constituição de 1967/69. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 921.

¹¹⁰ No mesmo sentido, conferir: FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. Op. Cit., p. 149.

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 924.

¹¹² É cabível questionar a relativização da interferência do Poder Legislativo no processo de nomeação dos Ministros do Supremo, porquanto somente o Senado Federal participa da sabatina do candidato ao cargo, sem a participação efetiva da Câmara dos Deputados, arena representativa do povo brasileiro. Tangenciando a questão, cumpre salientar a Proposta de Emenda à Constituição nº 393, de autoria do Deputado Federal Julião Amin e outros, de 2009 que cria a figura do Conselho Eleitoral, composto por diversos membros dos três poderes da República, bem como da sociedade civil, no intuito de evitar que o processo de indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sofra com a excessiva partidização e

lo, observa-se que ambas as instâncias (Executivo e Legislativo) tem o condão de direcionar, de reflexamente influir nas modificações da interpretação constitucional, por intermédio das indicações da Corte, vale dizer, há um inegável cariz político na nomeação dos juízes do Supremo Tribunal Federal, a despeito da eventual vacância de cargos ser um fator contingente desta tarefa.¹¹³

Assim é que após a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, por conta da opção do constituinte originário pela manutenção de ministros nomeados durante o governo militar, não houve qualquer disposição ou sintonia político-ideológica para com o novo sistema constitucional,¹¹⁴ diversamente do cenário atual, onde os integrantes da Corte, em sua maioria, professores de Direito Constitucional encontram-se “mais suscetíveis à influência das novas correntes de pensamento.”¹¹⁵ Nada obstante, a composição hodierna do Supremo Tribunal Federal, porquanto nomeada em mais da metade de seus Ministros pelo ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva, padece do risco de restar ideologicamente vinculada em demasia à figura do ex-chefe do Poder Executivo e a de seu partido (Partido dos Trabalhadores).

Outro atributo possivelmente revelador da manutenção de uma ideologia específica no Tribunal consiste na garantia da vitaliciedade conferida aos Ministros do Supremo. Por esta razão, há quem sustente a “judicatura não vitalícia, sim periódica”¹¹⁶ dos ocupantes do Tribunal, tese com a qual comungamos porquanto para além de fomentar a renovação e uma maior conexão com a realidade fática, a periodicidade funcional (mandato fixo) certamente teria o condão de promover a “abertura da Corte, a absorção de novas ideias”,¹¹⁷ além de consubstanciar uma concepção mais ajustada com a sociedade democrática.

Nada obstante, cumpre salientar que a indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por si só, não implica necessariamente um caso de mutação constitucional. O que se pretendeu sublinhar aqui é que esta nomeação feita pelo Poder Executivo pode, eventualmente, potencialmente repercutir na interpretação constitucional. Desta feita, porquanto não se pretendeu aqui exaurir as formas pelas quais o Executivo de fato influi no direcionamento das mudanças constitucionais

a politização. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=442994 Acesso em: 02.01.2011.

¹¹³ No caso do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, o acaso lhe foi bastante favorável, tendo ele nomeado oito Ministros do Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁴ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 129 e 130.

¹¹⁵ Ibid. p. 130.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte & vida da Constituição dirigente*. Op. Cit, p. 435.

¹¹⁷ Ibid. 436.

informais, mas apenas exemplificá-las, é que também se vislumbra a possibilidade de que, por intermédio de atos normativos secundários, como portarias e decretos, o Presidente da República e a Administração Pública possam, em alguma medida, atuar no sentido de produzir uma modificação informal constitucional, sem, por óbvio, alterar a letra nem violar o espírito da Lei Fundamental.

4.3.3

***Backlash* e a mutação constitucional via interpretação popular**

Já este item da dissertação tem como intuito dimensionar a relevância da interpretação constitucional popular para a mudança informal da Constituição, porquanto “um dos caminhos para adequar a norma constitucional à realidade.”¹¹⁸ Consubstancia-se na interpretação constitucional “impulsionada pelas forças vivas da comunidade: os grupos de pressão, os partidos políticos, a opinião pública, etc.”¹¹⁹ Com efeito, diversos são os mecanismos por intermédio dos quais a participação da comunidade pode influir nos rumos das mudanças constitucionais, por exemplo, o referendo, o plebiscito, o *recall*.¹²⁰ Nada obstante, nosso exame recairá sobre um mecanismo informal, não instituído, próprio do direito norte-americano, o *backlash*, porquanto fenômeno capaz de traduzir desejável dinâmica dialógica entre o Poder Judiciário e a sociedade.

Inicialmente, no intuito de melhor apreender a relação do tema com o fenômeno das mutações constitucionais via interpretação, cumpre perquirir acerca do sentido da expressão *backlash*. Nesta seara, partindo das lições de Robert Post e Reva Siegel, observa-se que o termo foi inicialmente empregado para designar a violenta reação de uma ou mais rodas, conectadas a um mecanismo, no momento de aplicação de intensa e desalinhada pressão.¹²¹ Com efeito, a expressão foi rapidamente associada a efeitos

¹¹⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. Op. Cit., p. 171.

¹¹⁹ Ibid. p. 169. No mesmo sentido, conferir HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Op. Cit., p. 20 a 23.

¹²⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. Op. Cit., p. 169. Segundo a autora, por intermédio destes instrumentos de participação popular podem ocorrer tanto reformas da letra constitucional (mudanças formais) quanto mutações constitucionais.

¹²¹ Tendo por base o Oxford English Dictionary, os autores asseveram que a utilização inicial do termo *backlash* indicava “*the jarring reaction or striking back of a wheel or set of connected wheels in a piece of mechanism, when the motion is not uniform or when sudden pressure is applied.*” **Em Português:** a reação de abalar ou o retorno surpreendente de uma roda ou do conjunto de rodas conectado a uma peça

negativos, porquanto passou a indicar a existência de defeitos no funcionamento dos mais diversos aparelhos.¹²² Foi somente a partir da metade do século XX que a expressão *backlash* assumiu efetivamente uma feição política, sendo utilizada durante o movimento pelos direitos civis, passando mais tarde a identificar as forças contrárias à mudança.¹²³

Já o uso contemporâneo mais comum da expressão, notadamente no exame do impacto causado pelas decisões da Suprema Corte norte-americana nos casos *Brown v. Board of Education*¹²⁴ ou *Roe v. Wade*¹²⁵ pode ser sintetizado na afirmação de Cass Sunstein: “*Intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and to remove its legal force.*”¹²⁶ Vale dizer, o significado do termo *backlash* consiste justamente na reação contrária, no manifesto desacordo e resistência à uma decisão judicial. Desta feita, observa-se que muitos autores proeminentes dimensionam o fenômeno a partir de uma perspectiva que confere ênfase ao papel ou autoridade do Poder Judiciário, vislumbrando o mecanismo como uma possível ameaça à autoridade judicial e à solidariedade social.¹²⁷ Alinhado a esta concepção, encontramos Michael Klarman, historiador responsável pelo ressurgimento da tese do *backlash*, bem como defensor da ideia de que a configuração desta reação contrária importaria em um indício de que as Cortes fracassaram na execução apropriada de sua tarefa constitucional.¹²⁸

do mecanismo, quando o movimento não é uniforme, ou quando uma súbita pressão é aplicada. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 388.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid. p. 389. Nesta esteira, o movimento das mulheres “impulsionou” um *backlash*, por parte daqueles que se sentiram ameaçados pelo crescente papel assumido pelo sexo feminino no mercado de trabalho ou pela aspiração do movimento feminista atinente à igualdade de direitos. FALUDI, Susan. *Backlash: the undeclared war against american women*. New York: Crown, 1991, p. 230 e 231.

¹²⁴ 347 U.S. 483 (1954). Decisão judicial que pôs fim à segregação racial de criança brancas e negras nas escolas públicas dos Estados Unidos. A questão é que ela também provocou uma ampla resistência, ela unificou a intransigência racial nos Estados sulistas dos Estados Unidos, contrários à decisão, criando um ambiente político demasiado extremista. KLARMAN, Michael J. *How Brown changed race relations: the backlash thesis*. In: *The journal of American history*, v. 81, n. 1, 1994. Disponível em: http://www.Pierce.ctc.edu/faculty/djepsen/Content/1900_present%20articles/Brown%20versus%20Board%20of%20Education.pdf. Acesso em 10 de set. de 2010, p. 82.

¹²⁵ 410 U.S. 113 (1973). Decisão judicial que descriminalizou o aborto nos Estados Unidos, a partir da postulação de *Roe*, mulher grávida que interpôs uma ação popular contestando a constitucionalidade das leis proibitivas de aborto no Texas. A decisão da Suprema Corte foi muito criticada por consubstanciar, para muitos, o puro exercício do poder judicial, bem como provocou um intenso *backlash* por parte dos conservadores, dando origem a uma direita extremista, a chamada *New Right*. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 373 e 374.

¹²⁶ **Em Português:** A intensa e contínua desaprovação pública de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas, no intuito de resistir a essa decisão e retirar a sua força jurídica. SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Op. Cit., p. 153.

¹²⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 390.

¹²⁸ Ibid.

Com efeito, contrariando a tese dominante de que a decisão da Suprema Corte em *Brown v. Board of Education* teria sido a mais importante do século XX, Michael Klarman sustenta que a efetiva contribuição deste caso foi muito mais indireta (no que tange aos seus efeitos indiretos), do que propriamente direta, no tocante ao fim da segregação racial ou atinente à inspiração do movimento pelos direitos civis.¹²⁹ Nesta quadra, na leitura do autor, *Brown* teria indiretamente colaborado para uma ampla resistência à mudança racial por parte dos Estados do Sul dos Estados Unidos (*a massive backlash against racial change*¹³⁰), que terminou por desencadear uma ampla reação favorável à mudança racial nos Estados do Norte, antes indiferentes à questão.¹³¹ Contudo, o autor assevera que tais efeitos não seriam exclusivos do caso *Brown*, porquanto diversas decisões da Suprema Corte teriam também sido objeto de violentas reações contrárias.¹³²

Nesta linha, o autor assevera três razões determinantes para a produção de *backlash*, a partir de uma decisão judicial como a prolatada em *Brown*: a primeira consistiria em destacar, levantar uma questão controversa; a segunda compreenderia a raiva resultante da interferência externa (perpetrada pelo Judiciário); e a terceira se consubstanciaria em uma subversão da ordem natural da mudança social, por intermédio da ação da Suprema Corte.¹³³ De fato, vislumbra-se na leitura de Michael Klarman uma espécie de receio excessivo em desencadear o *backlash*, na medida em que o autor aponta o Poder Legislativo e o Poder Executivo, como instâncias mais aptas à negociação e à possibilidade de redução de custos políticos e controvérsias, de forma a não provocar, ou pelo menos provocar com menor intensidade, reações adversas como ocorre em diversos casos com as decisões das Cortes.¹³⁴

¹²⁹ KLARMAN, Michael J. Op. Cit., p. 81 e 85.

¹³⁰ Ibid. p. 85.

¹³¹ Ibid. p. 81. Na lição de Klarman, a contribuição primordial da decisão do caso *Brown* foi o seu efeito sobre a política racial do Sul dos Estados Unidos. Ibid. p. 91.

¹³² Neste sentido, conferir POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 391. Segundo Michael Klarman, mesmo as mudanças raciais advindas da Segunda Guerra Mundial teriam fomentado uma espécie de *backlash*. KLARMAN, Michael J. Op. Cit., p. 92. Cumpre salientar que para Klarman, as Cortes raramente assumem a vanguarda do movimento de reforma social, se mantendo geralmente alinhadas à opinião pública. KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to civil rights: the Supreme Court and the struggle for racial equality*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 449 a 464.

¹³³ Esta alteração no curso normal de uma possível mudança pode, portanto, não ser bem aceita pela opinião pública. Neste sentido, conferir: KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to civil rights: the Supreme Court and the struggle for racial equality*. Op. Cit., p. 465.

¹³⁴ Conferir: POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 393. Cumpre salientar que Klarman não nega a possibilidade de ocorrência de *backlash* a partir da atuação do Poder Legislativo. No entanto, revela-se bastante nítida a sua opção pelas instâncias políticas, enquanto arena naturalmente apta a concretizar valores constitucionais e a diminuir a ocorrência de manifestações contrárias, adversas. Ibid. p. 394.

Acerca da temática, Cass Sunstein assevera que o *backlash* consubstancia-se na rejeição de uma decisão da Suprema Corte pelas *many minds*, consiste no reflexo da opinião pública acerca de questões altamente controversas, como por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a liberdade de religião, a regulação de alguns aspectos do direito de propriedade, a liberdade de expressão, dentre outras.¹³⁵ Com efeito, a despeito de sempre haver a possibilidade de uma decisão judicial ofender a opinião da população, provocando até mesmo um *public outrage*,¹³⁶ a perspectiva de Sunstein encontra-se alinhada à sua concepção de minimalismo judicial. Nesta quadra, porquanto um intenso *backlash* teria o condão de deslegitimar não só a Corte, mas também poderia enfraquecer a própria causa em questão,¹³⁷ é que o autor apregoa prudência, contenção, no intuito de reduzir eventuais riscos advindos de decisões judiciais aptas a produzir reações do público capazes de comprometer os objetivos da Corte.¹³⁸

Contudo, a despeito da constatação de que decisões judiciais podem eventualmente produzir intensa resistência e contrariedade, Cass Sunstein sustenta o frequente alinhamento da Suprema Corte à opinião pública,¹³⁹ notadamente porque seus membros além de integrarem a sociedade, atuam no sentido de conservar o seu capital político, de maneira que “*They are unlikely to interpret that constitution in a way that society as a whole finds abhorrent or incomprehensible.*”¹⁴⁰

De todo modo, o que se procurou demonstrar até este momento é que ambos os autores, Michael Klarman e Cass Sunstein, atribuem uma dimensão negativa,

¹³⁵ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Op. Cit., p. 153.

¹³⁶ Ibid. 172. Cumprir assinalar que o *public outrage* seria um estágio extremado do *backlash*, consoante a afirmação de Cass Sunstein: “*I have also said that outrage is simply an extreme point along a continuum of disapproval, starting with mild disagreement and culminating in outrage.*” **Em Português:** Eu também já havia dito que o *outrage* consistiria no ponto extremo de uma contínua desaprovação, começando com um ameno desacordo e culminando em *outrage*. Ibid. p. 219.

¹³⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 401.

¹³⁸ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Op. Cit., p. 173. Cumprir salientar que Sunstein vislumbra a controvérsia como uma ameaça à legitimidade e à coesão social. Conferir: POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 405.

¹³⁹ Da mesma maneira, posiciona-se Barry Friedman, ao afirmar da correlação entre a opinião pública e as decisões judiciais: “*many importante decisions of the Supreme Court are consistent with public opinion. When there is divergence, judicial views ultimately tend to come into line.*” **Em Português:** muitas decisões importantes da Suprema Corte são consistentes com a opinião pública. Quando há divergência, a visão judicial tende, em última instância, a se alinhar. FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. In: Texas Law Review, vol. 84, nº 2, 2005, p. 322. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=877328>. Acesso em 25 de nov. de 2010.

¹⁴⁰ **Em Português:** Eles estão menos suscetíveis a interpretar a Constituição de uma maneira que a sociedade como um todo ache abominável ou incompreensível. SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Op. Cit., p. 174. No mesmo sentido conferir: FRIEDMAN, Barry. *The importance of being positive: the nature and function of judicial review*. Op. Cit., p. 1295.

problemática ao fenômeno do *backlash*, de modo a superestimar seus custos e subestimar seus benefícios.¹⁴¹ Vale salientar que o desconforto com o conceito também se opera em virtude de tratar-se de uma manifestação da sociedade, popular (ainda que por vezes reacionária), trazendo à baila questões complexas atinentes à influência, incorporação e mecanismos de inclusão da vontade dos cidadãos no processo decisório.

Desta maneira, tendo por base a noção de constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel, objetivamos analisar o *backlash* sob um prisma distinto, um viés construtivo capaz de apreender a complexidade das relações travadas entre o Poder Judiciário e a sociedade, num autêntico diálogo social. A transposição deste debate para o horizonte brasileiro tem por finalidade destrinchar a intrincada questão atinente à legitimidade democrática da mutação constitucional via interpretação, notadamente no que tange aos mecanismos por meio dos quais a sociedade pode ser incorporada ao processo de mudança e construção dos significados das disposições constitucionais.

Nesta quadra, a relevância do modelo proposto por Robert Post e Reva Siegel consubstancia-se na possibilidade de apreender o desacordo interpretativo como uma condição normal, inerente ao Direito Constitucional contemporâneo. Sua premissa nevrálgica consiste na noção de que a autoridade da Constituição repousa na sua legitimidade democrática, vale dizer, na sua habilidade de inspirar e mobilizar os cidadãos.¹⁴²

De fato, a concepção proposta tem por alicerce uma “*ongoing and continuous communication between the courts and the public*,”¹⁴³ revelando o destacado papel assumido pelas Cortes, enquanto instância legitimada pela Constituição para assegurar e reforçar direitos, bem como para promover o diálogo social.¹⁴⁴ Com efeito, em virtude da autoridade do Poder Judiciário repousar na confiança depositada pelos cidadãos na sua atuação, conclui-se que interpretações judiciais em extremo desalinho com as convicções populares certamente serão objeto de resistência (possíveis *backlashes*) e objeções por parte da sociedade.¹⁴⁵ Desta maneira, estes padrões de engajamento e resistência próprios da ordem constitucional americana se delineiam por intermédio de

¹⁴¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 391.

¹⁴² Ibid. p. 374.

¹⁴³ **Em Português:** uma comunicação permanente e contínua entre os tribunais e a sociedade civil. Ibid. p. 380.

¹⁴⁴ Ibid. p. 374. Acerca do já examinado papel do Poder Judiciário enquanto instância promotora do diálogo, conferir: BATEUP, Christine. Op. Cit., p. 1174.

¹⁴⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 374.

uma combinação entre Estado de Direito e autogoverno, onde cidadãos e Cortes travam embates através de múltiplos canais (implícitos ou explícitos), acerca do significado das disposições constitucionais.¹⁴⁶

Nada obstante, boa parte da doutrina tradicional tende a apreender esta resistência às decisões judiciais, às Cortes como uma ameaça à própria Constituição, tese que o constitucionalismo democrático procura combater. Isto porque, “*To criticize a judicial decision as betraying the Constitution is to speak from a normative identification with the Constitution.*”¹⁴⁷ Vale dizer: ao invocar a Constituição para criticar uma decisão judicial, o cidadão manifesta o seu compromisso, a sua vinculação para com a Carta, na linguagem de uma tradição constitucional compartilhada, que se vê fortalecida, revigorada por esta atuação. Neste sentido, o modelo proposto por Robert Post e Reva Siegel objetiva demonstrar que mesmo a resistência, a contrariedade a uma interpretação judicial teria o condão de realçar, de contribuir para a legitimidade democrática da Constituição.¹⁴⁸

Em linhas gerais, o constitucionalismo democrático busca identificar uma dimensão construtiva, procura realçar os benefícios do *backlash*, apesar de reconhecer eventuais custos provenientes de seus efeitos.¹⁴⁹ De fato, não há como ignorar um viés paradoxal, conflitivo atinente ao *backlash*, porquanto ao mesmo tempo em que expressa o desejo dos cidadãos em influir no conteúdo constitucional, o fenômeno parece ameaçar a independência da lei.¹⁵⁰

Sem embargo, a leitura de Post e Siegel nos permite observar que esta tensão é algo inerente à ordem constitucional norte-americana, cenário onde o delineamento do significado constitucional se curva, ao mesmo tempo, aos anseios populares e à integridade do Estado de Direito.¹⁵¹ Nesta seara, o constitucionalismo democrático relativamente se distancia das concepções de Michael Klarman e Cass Sunstein acerca do *backlash*, porquanto focadas apenas na perspectiva negativa atinente aos custos de

¹⁴⁶ Ibid. p. 375. Na lição de Post e Siegel: “*Americans have historically mobilized for and against juridical efforts to enforce the Constitution. Courts exercising professional legal reasoning resist and at times respond to popular claims on the Constitution.*” **Em Português:** Os americanos historicamente se mobilizaram contra e a favor dos esforços judiciais para reforçar, realçar a Constituição. As Cortes exercendo a razão jurídica legal profissional resistem e, às vezes respondem às aspirações populares acerca da Constituição.

¹⁴⁷ **Em Português:** Criticar uma decisão judicial como traidora da Constituição é falar em uma identificação normativa com a Lei Fundamental. Ibid.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid. p. 376.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid.

seus efeitos, desconsiderando que o engajamento dos cidadãos no conflito constitucional pode contribuir de maneira determinante para a coesão social.¹⁵² No mais, cumpre salientar nossa afinidade com o modelo proposto por Robert Post e Reva Siegel, notadamente porque não se vislumbra qualquer pretensão em desenvolver uma metodologia geral apta a decidir querelas constitucionais, apostando os autores, portanto, também na insuficiência do método.¹⁵³

Desta maneira, ao vislumbrar que uma ampla lacuna entre a compreensão oficial (profissional) e a popular acerca de matérias constitucionais relevantes para o público seria suficiente para afetar a legitimidade do Direito Constitucional, o constitucionalismo democrático busca enfrentar a tarefa de reforçar a Constituição em circunstâncias de controvérsia pública.¹⁵⁴

Nesta linha, sem receio de lidar com o *backlash* e seus efeitos, o modelo proposto por Robert Post e Reva Siegel reafirma o papel dos governos representativos e dos cidadãos em robustecer a Constituição, ao mesmo tempo em que reconhece o papel das Cortes na garantia de direitos constitucionais.¹⁵⁵ Desta feita, porquanto a mediania configura uma marca da virtude,¹⁵⁶ a assimilação do constitucionalismo democrático enquanto uma perspectiva intermediária, moderada entre o constitucionalismo popular e uma concepção juriscêntrica, focada no Poder Judiciário,¹⁵⁷ se afigura como uma profícua forma de conceber os desejáveis intercâmbios, o contínuo e necessário diálogo entre a interpretação oficial das Cortes e a propugnada pelos cidadãos.¹⁵⁸

Pois bem, após o exame do fenômeno do *backlash* e do modelo intitulado constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel, cabe agora perquirir acerca das possíveis contribuições desta análise para o cenário brasileiro contemporâneo. Neste sentido, cumpre examinar os pontos de contato e as dissonâncias

¹⁵² Ibid. p. 377.

¹⁵³ Na lição dos autores: “*Our analysis does not yield a general normative methodology for deciding constitutional cases, and indeed we doubt whether any such methodology for deciding constitutional cases actually exists.*” **Em Português:** Nossa análise não produz uma metodologia normativa geral para decidir os casos e, de fato, duvidamos se uma metodologia deste tipo realmente existe. Ibid. Acerca da insuficiência do método, conferir também o capítulo III desta dissertação.

¹⁵⁴ Ibid. p. 379. Acerca da complexidade e do dissenso característico das sociedades contemporâneas, pós-convencionais, onde o contexto pós-metafísico revela como traços marcantes a relatividade, a fratura de valores e a fragmentação, conferir: OLIVEIRA, Fábio. *A Teoria do Direito e da Constituição: entre o Procedimentalismo e o Substancialismo*. In: Quaestio Iuris Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Rio de Janeiro: Gramma, 2007, p. 3.

¹⁵⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 377.

¹⁵⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 187.

¹⁵⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 379.

¹⁵⁸ Nada obstante, os autores não desconsideram a dificuldade encontrada pelas Cortes na incorporação dos anseios populares ao domínio da legalidade. Ibid. p. 384.

entre o modelo de justiça constitucional norte-americano e o brasileiro, no intuito de verificar a viabilidade de eventual aplicação/incorporação dos aportes estudados.

Com efeito, além das considerações atinentes à filiação ao sistema de *Common Law*, a Lei Fundamental dos Estados Unidos estabelece em seu artigo quinto um procedimento específico, demasiado complexo para a emenda do texto constitucional,¹⁵⁹ o que significa que a aprovação de qualquer alteração nos dispositivos constitucionais necessita da ratificação de pelo menos três quartos dos Estados da Federação. Nesta quadra, em virtude da enorme dificuldade envolvendo o poder de reforma, observa-se que o processo democrático de elaboração de leis por si só revela-se “insuficiente” para sustentar a legitimidade democrática constitucional.¹⁶⁰ Por esta razão, os Estados Unidos buscam investir com maior frequência em mecanismos diversos como os processos legislativos especiais,¹⁶¹ a escolha dos membros da Suprema Corte, os mecanismos informais, o *backlash* enquanto formas alternativas de reforço da legitimidade aptos a conectar a Constituição aos anseios populares.¹⁶²

Já no que concerne ao cenário brasileiro, a despeito de haver um procedimento rígido, a demandar um quórum de aprovação qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso, bem como a necessidade de discussão e votação em cada Casa Legislativa, em dois turnos,¹⁶³ o processo de emenda à Constituição não é algo raro quanto nos Estados Unidos. Na verdade, o que se observa em *terrae brasilis* é uma profusão de emendas constitucionais a revelar antes uma anomalia de nossa prática constitucional, do que propriamente uma virtude de nosso sistema. Destinadas em boa

¹⁵⁹ Assim dispõe o artigo quinto da Constituição dos Estados Unidos: “Artigo V. Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado.”

¹⁶⁰ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 380.

¹⁶¹ Acerca do assunto, conferir: ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. Op. Cit.

¹⁶² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 380 e 381. No mesmo sentido, a afirmação de Bruce Ackerman: “*It is judicial revolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living Constitution.*” **Em Português:** É a revolução judicial e não o processo de emenda formal que serve como um grande caminho para as mudanças fundamentais marcadas pela Constituição viva. ACKERMAN, Bruce. *The living Constitution*. Op. Cit., p. 1.742.

¹⁶³ Nos termos do artigo 60, §2º, da CRFB: “A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”

medida à implementação de reformas governamentais,¹⁶⁴ muitas emendas constitucionais foram responsáveis pela descaracterização das feições originais da Constituição vigente.¹⁶⁵ Nada obstante, diversamente da ordem constitucional norte-americana, o processo democrático de elaboração de leis e emendas constitucionais no Brasil desfruta de habitualidade, constitui relevante sustentáculo da legitimidade democrática, porquanto parte da tradição constitucional brasileira positivada em 5 de outubro de 1988.

Neste sentido, a comparação inicial entre os dois sistemas já seria suficiente para concluirmos que em virtude da maior dificuldade em se alterar a Constituição norte-americana, a temática atinente às mudanças informais da Constituição se imporia com maior frequência e vivacidade nos Estados Unidos do que no Brasil. Isto porque, a “facilidade” encontrada pelo Poder Legislativo brasileiro em empreender a reforma constitucional teria o condão (ao menos em tese) de desestimular o Poder Judiciário a operar mutações constitucionais via interpretação judicial.

Contudo, para além de um texto constitucional rígido, de conteúdo interventivo, compromissório e dirigente,¹⁶⁶ o cenário brasileiro atual experimenta uma grave “crise que ora açoita o poder legislativo federal, espargindo descrença, pessimismo e desalento no seio da cidadania”.¹⁶⁷ Isto porque, o descrédito experimentado pelo Poder Legislativo nos últimos anos, decorrente de graves e sucessivos escândalos, de uma postura por vezes auto interessada e descolada da realidade brasileira, terminou por corroborar o “discurso de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores,”¹⁶⁸ bem como revelou a intensa

¹⁶⁴ A reforma Administrativa foi implementada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, a reforma da Previdência pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e a reforma do Poder Judiciário, veiculada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

¹⁶⁵ No sentido de que reforma não é sinônimo de descaracterização, cumpre destacar a afirmação de Paulo Braga Galvão: “o poder de emendar a Constituição não inclui o poder de destruí-la”. GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese de Livre-Docência em Direito Constitucional. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 1988, p. 45.

¹⁶⁶ Acerca do dirigismo constitucional, conferir: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte & vida da Constituição dirigente*. Op. Cit., p. 353 e ss.

¹⁶⁷ Frase extraída do parecer elaborado pelo Professor Doutor Paulo Bonavides, por ocasião da reunião da Comissão da OAB acerca do Projeto de Emenda Constitucional por Iniciativa Popular, que será examinado mais adiante.

¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 132.

e “persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade”¹⁶⁹ vivenciada por esta instância de Poder. Como resultado, observa-se a já apregoada proeminência do Poder Judiciário, o incremento das mutações constitucionais via interpretação judicial, bem como “o inexorável deslocamento da esfera de tensão do legislativo (e do executivo) em direção à justiça constitucional,”¹⁷⁰ a quem caberá, “no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes,”¹⁷¹ concretizar os direitos fundamentais-sociais, nos termos da substancialidade enunciada pelo Diploma Maior.

Mais ainda: constata-se que no Brasil, diversos temas socialmente controversos, notadamente aqueles envolvendo complexas e relevantes questões morais, simplesmente não são debatidos pela arena adequada, o Poder Legislativo.¹⁷² Seja pela já apregoada postura autointeressada de muitos parlamentares, seja pelo receio do impacto negativo nas urnas, o fato é que temas de extrema relevância prática e simbólica para o país, como, por exemplo, o debate atinente ao aborto de feto anencefálico, a discussão acerca da demarcação das terras indígenas dentre outros, são hoje objeto de discussão e decisão travadas na seara do Supremo Tribunal Federal. E, tendo em conta que as deliberações e decisões judiciais, além de envolverem alargada controvérsia atinente a valores ou a identidade nacional, são, de forma singular transmitidas ao vivo, por uma televisão oficial,¹⁷³ nada mais natural que despertem reações, favoráveis ou contrárias. O que indica a pertinência do estudo do *backlash* também aqui no Brasil.

Por óbvio, as reações às decisões do Supremo Tribunal Federal não se afiguram tão viscerais, violentas como nos Estados Unidos, notadamente porque nosso país conta com uma tradição ainda recente de jurisdição constitucional, consolidada apenas a partir da Constituição de 1988.¹⁷⁴ Nada comparável à experiência norte-americana, onde a

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 12 de dez. de 2010, p. 09.

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 88.

¹⁷¹ Ibid. p. 25.

¹⁷² Cumpre registrar a crítica feita por Lenio Luiz Streck ao argumento de que temas controversos não são debatidos pelo Legislativo, em virtude deste “não dispor de ‘condições políticas’ para tal”. Segundo ele, “é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais).” Ibid. p.213.

¹⁷³ Na lição de Luís Roberto Barroso: “A deliberação pública é uma singularidade brasileira. A transmissão ao vivo dos julgamentos, por uma televisão oficial, constitui traço distintivo ainda mais original, talvez sem outro precedente pelo mundo afora.” BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, 2010*. Op. Cit., p. 40.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 22 e 23.

discussão sobre legitimidade do Poder Judiciário conta com mais de duzentos anos de história, bem como o engajamento e a mobilização popular constituem traço distintivo da cultura norte-americana. No entanto, como qualquer constituição democrática, a brasileira também encontra respaldo na soberania popular, de maneira que, sua aptidão para inspirar lealdade e comprometimento da sociedade perpassa também pela habilidade das instâncias estatais oficiais em recepcionar e investir nas contribuições advindas das manifestações/reações da sociedade acerca do significado das disposições constitucionais. E isto condiz necessariamente com as mudanças informais da Constituição operadas via interpretação, porquanto em muitos casos, a legitimidade da mutação repousa na sua correspondência a uma demanda social efetiva por parte da coletividade.¹⁷⁵

Com efeito, as dificuldades atinentes às mutações constitucionais via interpretação, decisão judicial, tangenciam a noção de limites hermenêuticos vista no capítulo anterior desta dissertação. Desta feita, a mutação constitucional consiste em um processo informal de mudança da Constituição sem alteração do texto, vale dizer, consubstancia-se em uma modificação na compreensão circunscrita aos sentidos possíveis do dispositivo constitucional, observadas a integridade e a força normativa da Carta, notadamente em países de modernidade tardia como o Brasil, onde a crise de efetividade constitucional assume relevância ímpar.¹⁷⁶ Isto implica reconhecer que qualquer mudança na interpretação/compreensão revelada por uma decisão judicial, qualquer atribuição de sentido efetuada por um juiz não pode se operar em uma direção diversa da que se depreende do texto constitucional. Uma vez ultrapassado este limite, já não há mais que se falar em mutação constitucional, mas em processo de mudança formal da Constituição, em emenda constitucional.

Isto não impede que o *backlash* também seja percebido na dinâmica brasileira, porquanto constitui relevante forma de engajamento informal da sociedade, por intermédio da qual se pode desafiar, manifestar discordância da interpretação oficial perpetrada pelos juízes, dos entendimentos dominantes acerca do sistema constitucional, contribuindo de forma salutar para realçar a legitimidade da Constituição.¹⁷⁷ Diversamente de uma perspectiva monológica (notadamente aquela centrada na

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 126.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 1.

¹⁷⁷ Consoante veremos mais à frente, o caso dos “fichas sujas” constitui exemplo importante de *backlash* no Brasil.

interpretação judicial), a ideia de uma concepção dialógica de jurisdição constitucional perpassa necessariamente pela noção de que “*The feedback between citizens’ preferred interpretations of the Constitution and the development of the constitutional-system-in-practice turns out to be a necessary, if not sufficient, condition for producing a respectable system.*”¹⁷⁸ Nesta esteira, a alusão a uma hermenêutica plural implica em reconhecer que a interpretação constitucional dos juízes não é única ou imutável, mas que, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituem forças produtivas de interpretação, moldando e influenciando a interpretação do complexo normativo constitucional.¹⁷⁹

Nada obstante, no intuito de guardar coerência com a perspectiva que vem sendo defendida nesta dissertação, mesmo este mecanismo informal de reação popular, o *backlash*, deve se manter circunscrito aos sentidos possíveis, limitado à integridade das disposições constitucionais. Especialmente porque, *se todo texto é evento* ele não pode ser produto da consciência/subjetividade do intérprete, seja este quem for. Mais ainda: justamente em virtude da contingência brasileira, país periférico onde se verifica que boa parte da materialidade constitucional permanece incumprida,¹⁸⁰ é que apostamos na potencialidade do Direito enquanto instrumento de transformação social,¹⁸¹ bem como na noção de que “a Constituição (ainda) constitui”.¹⁸² Nesta seara, a invenção contramajoritária, a jurisdição constitucional é alçada à condição de garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.¹⁸³ Por esta razão, nosso alinhamento ao constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel, porquanto concepção que dimensiona o exercício do poder enquanto interação entre o Poder Judiciário e o sentimento social, manifestado pela comunidade política ou pelas

¹⁷⁸ **Em Português:** O *feedback* entre as interpretações preferenciais dos cidadãos e o desenvolvimento do sistema constitucional, na prática, acaba por ser uma condição necessária, se não suficiente, para produzir um sistema respeitável. BALKIN, Jack. *Respect-worthy: Frank Michelman and the legitimate Constitution.* In: *Tulsa Law Review*, v. 39, 2004. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=510482. Acesso em 20 de dez. de 2010, p. 507.

¹⁷⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.* Op. Cit., p. 3.

¹⁸⁰ Como bem afirma Fábio de Oliveira: “É inevitável reconhecer que a Constituição permanece inefetiva em muitas das suas normas. Constata-se que a inefetividade, basicamente, em maior ou menor escala, atinge o cerne da Carta, o que há de mais importante nela, a sua razão de ser...” OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte & vida da Constituição dirigente.* Op. Cit., p. 228.

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.* Op. Cit., p. 2.

¹⁸² *Ibid.* p. 12.

¹⁸³ *Ibid.* p. 10 e 11.

instâncias representativas. Vale dizer: “A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim.”¹⁸⁴

Com efeito, o recente debate acerca da inelegibilidade de candidatos com antecedentes criminais, os denominados “fichas sujas” desponta como relevante hipótese a ser examinada sob o prisma dos principais aportes feitos neste item da dissertação. Neste sentido, ao dispor acerca das inelegibilidades, o artigo 14, § 9º, da CRFB,¹⁸⁵ teve por objetivo proteger a probidade administrativa, o princípio da moralidade, considerando a vida pregressa dos aspirantes a cargos políticos. Sem embargo, um expressivo número de candidatos permanecia obtendo êxito nas eleições, a despeito de inúmeras condenações criminais.

Contudo, após os Tribunais Regionais Eleitorais impugnarem o registro de diversas candidaturas e decidirem pela inelegibilidade com fulcro na vida pregressa de vários aspirantes a cargos políticos, o Tribunal Superior Eleitoral terminou por editar a súmula nº 13, onde asseverou que o artigo 14, § 9º da CRFB, não seria auto aplicável, bem como aduziu da incompetência do Poder Judiciário para a criação de nova hipótese de inelegibilidade. Inconformada com a interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, a Associação dos Magistrados Brasileiros ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144, tendo por fundamento a “possibilidade de juízes eleitorais impugnarem a candidatura de políticos que respondessem a processos judiciais ou administrativos ou, então, que não tivessem, ainda sido condenados com o trânsito em julgado da sentença respectiva.”¹⁸⁶ Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação com fulcro no princípio da presunção de inocência, alinhando-se à posição do Tribunal Superior Eleitoral.¹⁸⁷

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, 2010. Op. Cit., p. 43.

¹⁸⁵ Dispõe o artigo 14, §9º da CRFB: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

¹⁸⁶ SILVA, Alexandre Garrido da. Op. Cit., p. 133. Vale dizer, a tese da Associação dos Magistrados Brasileiros consistia na ideia de que a inelegibilidade se configuraria simplesmente pela existência de ação judicial em face do candidato a confirmar sua conduta imoral.

¹⁸⁷ STF, ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 26.02.2010. “Concluiu-se, em suma, que o STF e os órgãos integrantes da justiça eleitoral não podem agir abusivamente, nem fora dos limites previamente delineados nas leis e na CF, e que, em consequência dessas limitações, o Judiciário não dispõe de qualquer poder para aferir com a inelegibilidade quem inelegível não é. Reconheceu-se que, no Estado Democrático de Direito, os poderes do Estado encontram-se juridicamente limitados em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão e que, em tal contexto, o Estado não pode, por meio de resposta jurisdicional que usurpe poderes constitucionalmente reconhecidos ao Legislativo, agir de

Com efeito, em virtude do descompasso entre a decisão do Supremo Tribunal Federal e os anseios da comunidade política, bem como corroborando a afirmação de que não há propriamente uma última palavra, uma última interpretação a encerrar por completo o debate, possível observar no Projeto de Lei 518/2009,¹⁸⁸ projeto que instituiu a chamada “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar 135/2010), um autêntico *backlash* nacional. Isto porque, a partir de assinaturas colhidas pela sociedade civil por intermédio do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, o (MCCE),¹⁸⁹ se delineou uma campanha que mobilizou a comunidade política com o objetivo de instaurar um projeto de lei de iniciativa popular “contra a candidatura de pessoas condenadas pela Justiça ou que renunciaram a seus mandatos para escapar de punições.”¹⁹⁰ Vale dizer, a decisão judicial proferida pelo Tribunal, porquanto dissonante dos anseios populares, ocasionou uma reação contrária da comunidade política, responsável por fomentar o engajamento da sociedade civil, com a vantagem de não apresentar o cariz reacionário de muitos *backlashes* norte-americanos.

Cumpra assinalar que o movimento pela mudança informal da Constituição, pela alteração na compreensão veiculada pela interpretação judicial acerca do princípio da presunção de inocência, princípio constitucional positivado no artigo 5º, LVII,¹⁹¹ teve início no seio da sociedade,¹⁹² revelando o potencial da comunidade política para

maneira abusiva para, em transgressão inaceitável aos postulados da não culpabilidade, do devido processo, da divisão funcional do poder, e da proporcionalidade, fixar normas ou impor critérios que culminem por estabelecer restrições absolutamente incompatíveis com essas diretrizes fundamentais. Afirmou-se ser indiscutível a alta importância da vida pregressa dos candidatos, tendo em conta que a probidade pessoal e a moralidade representam valores que consagram a própria dimensão ética em que necessariamente se deve projetar a atividade pública, bem como traduzem pautas interpretativas que devem reger o processo de formação e composição dos órgãos do Estado, observando-se, no entanto, as cláusulas constitucionais, cuja eficácia subordinante conforma e condiciona o exercício dos poderes estatais.”¹⁸⁷ STF, ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06.08.2008, Informativo STF nº 514. Na síntese de Alexandre Garrido: “A maioria - composta pelos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Gilmar Mendes – seguiu o posicionamento inaugurado pelo Min. Celso de Mello, segundo o qual impedir a candidatura de políticos sem o trânsito em julgado de sentença judicial condenatória representa uma violação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.” SILVA, Alexandre Garrido da. Op. Cit., p. 133.

¹⁸⁸ Conferir: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=452953.

¹⁸⁹ Cumpra salientar que este movimento consiste em uma rede composta por 50 organizações da sociedade civil brasileira, consoante disposto no site: <http://www.mcce.org.br/>.

¹⁹⁰ Informações obtidas no site, Ibid.

¹⁹¹ O artigo preconiza que “LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

¹⁹² Nesta esteira, esclarece o site <http://www.fichalimpa.org.br/>: “A Lei Ficha Limpa foi aprovada graças à mobilização de milhões de brasileiros e se tornou um marco fundamental para a democracia e a luta contra a corrupção e a impunidade no país. Trata-se de uma conquista de todos os brasileiros e brasileiras. Para garantir que essa vontade popular se reflita nestas e nas próximas eleições, a Articulação Brasileira contra a Corrupção e a Impunidade (Abracci), com o apoio do Movimento de

também influir nos rumos da mutação constitucional. Contudo, cabe salientar que a adesão ao projeto de iniciativa popular foi parcial, porquanto inicialmente a previsão era de perda do direito de concorrer ao cargo já na condenação em primeira instância, o que foi posteriormente alterado pelo parecer do deputado Índio da Costa, do DEM-RJ, de maneira que a inelegibilidade passou a restar configurada apenas com a condenação por decisão de órgão colegiado, consoante dispõe a Lei 135/2010.¹⁹³

De todo modo, cumpre sublinhar o potencial de organização da sociedade civil, porquanto a despeito de uma decisão do Superior Tribunal Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, iniciou-se um movimento capaz de deflagrar um projeto de lei de iniciativa popular que, sem alterar a letra da Constituição, modificou a compreensão que se fazia até então do artigo 5º, LVII, da CRFB. Um nítido exemplo de *backlash* conjugado com a perspectiva dialógica, porquanto a comunidade se manifestou via outro Poder, no caso o Legislativo.

Com efeito, outra decisão (aguardando julgamento) com enorme potencial de produzir *backlash* consiste na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, de relatoria do Ministro Ayres Britto, onde se requer o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas. Em nossa leitura, contrariando a opinião de muitos que advogam a tese da ocorrência de mutação constitucional do artigo 226, § 3º, da CRFB,¹⁹⁴ há uma impossibilidade hermenêutica de que o referido reconhecimento se dê, no Brasil, por intermédio da mutação constitucional.

Isto porque, o aludido preceito constitucional dispõe que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem** e a **mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Pois bem, como já apregoadado neste trabalho, as mutações constitucionais via interpretação estão sujeitas a limites hermenêuticos, têm por baliza os sentidos possíveis do texto constitucional, não há espaço para discricionariedade do intérprete. Dito de outro modo, mutação só é admissível “quando o texto permite, tem limites na linguagem, e o texto em pauta não

Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), apresenta o sítio Ficha Limpa – um instrumento de controle social da Lei Ficha Limpa e uma ação de valorização do seu voto”.

¹⁹³ http://congressoemfoco.uol.com.br/noticia.asp?cod_publicacao=32729&cod_canal=1

¹⁹⁴ Por todos, conferir a afirmação de Luís Roberto Barroso de que a mutação constitucional do artigo 226, §3º, da CRFB, já vem sendo anunciada pela jurisprudência, em precedentes significativos. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 133.

dá azo. Onde está escrito “união estável entre homem e mulher” não é viável defender mutação para (re)construir o sentido para “homem e homem” e “mulher e mulher.”¹⁹⁵

Porquanto sustentamos que a discussão não se coloca no âmbito da moralidade, ou do primado da afetividade,¹⁹⁶ nem guarda relação com a opinião do intérprete acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo,¹⁹⁷ mas sim, objetivamente circunscreve-se ao fato de a Constituição apontar em outra direção,¹⁹⁸ do texto do § 3º do art. 226 ser efetivamente excludente das uniões estáveis homossexuais, é que entendemos não caber ao Judiciário a resolução de contendas homoafetivas, notadamente às atinentes ao casamento homossexual, por intermédio de decisões com caráter legiferante.¹⁹⁹

Nesta quadra, pertinente a análise do caso Português. Diversamente do texto constitucional brasileiro, a Constituição portuguesa dispõe em seu artigo 36: “1. **Todos** têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade; 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.” Vale dizer, incluir os homossexuais dentre os sentidos possíveis do supracitado artigo constitucional é uma leitura plausível e factível de ser feita, porquanto estaria adequadamente albergada pelo texto constitucional, se enquadrando perfeitamente na noção de mutação constitucional. Por esta razão, a edição pelo presidente Aníbal Cavaco Silva, em 17 de maio de 2010, de uma lei tratando do casamento homossexual, ao invés da edição de uma emenda constitucional afigura-se como uma solução correta, diante da realidade do mencionado dispositivo constitucional.²⁰⁰

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). Op. Cit., p. 26.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf. Acesso em: 10 de nov. de 2010, p. 24.

¹⁹⁷ Como bem afirma Fábio de Oliveira: “Podemos discordar, considerar que a discriminação é odiosa, que não deveria ser deste modo, porém não podemos distorcer a redação, adaptá-la às nossas convicções.” OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). Op. Cit., p. 27.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 213.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ O caso português alberga diversas questões discutidas neste trabalho: Em 17.05.2010, o presidente Aníbal Cavaco Silva anunciou a promulgação da lei do casamento homossexual, aprovada em janeiro de 2010 pelo Parlamento português e referendada pela Corte Constitucional portuguesa em 08.04.2010. A despeito das dúvidas envolvendo a constitucionalidade da lei, aprovada pela maioria de esquerda do Parlamento e responsável pela modificação da definição de matrimônio no Código Civil - suprimindo a obrigatoriedade de pessoas de sexos diferentes, Aníbal Cavaco Silva, católico praticante, “deixou de lado as suas convicções pessoais”, para que o país mantivesse o foco na crise econômica. O presidente português também alegou que não iria vetar o projeto de lei em virtude da enorme possibilidade de que a

Já no caso brasileiro, em virtude de disposição expressa no texto constitucional, consignando a distinção entre sexos, é que a solução para a querela deve ser fruto da atuação do Poder Legislativo, se operar por intermédio da edição de emenda constitucional.²⁰¹ Nesta quadra, tendo em conta que uma decisão judicial reconhecendo a união estável homoafetiva²⁰² consubstancia-se em “uma emblemática e aguda manifestação de *ativismo*, de *protagonismo do Judiciário*”²⁰³ é que vislumbramos a possibilidade de uma intensa reação/resistência contrária da comunidade política, um autêntico *backlash* à eventual decisão na ADPF n° 132. Notadamente porque, não há qualquer certeza acerca do posicionamento da sociedade brasileira sobre a temática, e, eventual aferição de mudança no senso comum da população não deve ser atribuição do Poder Judiciário.²⁰⁴

Por fim, conclui-se que quanto maior a disposição do Poder Judiciário em se arvorar da tarefa de expressar a mutação constitucional, especialmente quando na fronteira dos limites hermenêuticos da interpretação, maior o risco/possibilidade da produção de *backlash*, porquanto o mecanismo traz à baila questão atinente à legitimidade do Poder Judiciário em veicular e impor uma alteração na compreensão de um dispositivo constitucional que possa não corresponder às aspirações, ao sentimento e à identidade daquela comunidade. Contudo, imperioso observar, na esteira do constitucionalismo democrático, que mesmo a resistência, o desacordo pode ter o condão de revelar a vitalidade da discussão e a complexidade da temática, de maneira que se deve tentar buscar um equilíbrio entre o engajamento popular e a atuação do Poder Judiciário, porquanto, como já apregoado, dentro de limites hermenêuticos, a interpretação/atuação de todos pode operar mudanças constitucionais informais.

maioria liberal dos parlamentares pudesse reverter sua decisão. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u736610.shtml> Acesso em: 20 mai. 2010.

²⁰¹ Neste sentido, conferir: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). Op. Cit., p. 28.

²⁰² Cumpre assinalar o posicionamento da Procuradoria Geral da República, para quem o reconhecimento da união civil entre homossexuais deve se dar por intermédio de decisão do Supremo Tribunal Federal, notadamente em virtude da demora do Congresso em decidir sobre o assunto. Jornal o Globo, 03 de julho de 2009, p. 11.

²⁰³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). Op. Cit., p. 28.

²⁰⁴ Ibid. p. 26.

4.3.4

A relevância dos mecanismos formais para o diálogo social e a mudança constitucional

Sob pena de se empreender um exame descolado da realidade, cumpre salientar que a efetiva incorporação de mecanismos informais de inclusão da vontade popular na dinâmica brasileira, notadamente no que toca à possibilidade real de mudança do significado constitucional, se revela muitas vezes carente de maior concretude e limitada a um plano retórico, em especial nas hipóteses de discordância vigorosa em relação à interpretação judicial. Nesta quadra, é pertinente a afirmação de Paulo Bonavides acerca do papel da soberania popular em países periféricos como o Brasil, onde “a tragédia do poder tem sido precisamente não tê-la feito ainda um poder supremo, um poder da realidade e não da ficção, da concretude e não da abstração, da substância e não da forma, da prática e não apenas da teoria.”²⁰⁵ Por esta razão, para além das possibilidades informais, afigura-se também profícuo investir na abertura propiciada por mecanismos formais, alternativas por vezes mais palpáveis, porquanto expressas, de como a comunidade política pode de fato contestar e influir no *status quo*.

Nesta linha, encontra-se a iniciativa popular de emenda à Constituição. Sem embargo de constituir exemplo desvinculado de qualquer mediação do Poder Judiciário, a pertinência da hipótese consiste justamente na possibilidade de alçar o cidadão eleitor à condição de ente qualificado a oferecer emendas à Constituição.²⁰⁶ Desta feita, cumpre destacar a tarefa assumida pela comissão de juristas da OAB²⁰⁷, liderados pelo Professor Paulo Bonavides, no intuito de aprovar a proposta de uma campanha nacional capaz de congrega mais da metade das Assembleias Legislativas da Federação, com a finalidade de instituir a iniciativa popular em matéria de emenda à Constituição.²⁰⁸ Em termos concretos, a inovação perpassa pelo acréscimo do inciso IV ao artigo 60 da nossa Lei Maior, que assim passaria a dispor: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada

²⁰⁵ Afirmação retirada do parecer do Professor Doutor Paulo Bonavides, por ocasião da sessão solene da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, no dia 23 de abril de 2007.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ A Comissão é composta pelo Professor Paulo Bonavides, Professor Paulo Lopo Saraiva, Professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira e pelo advogado Ruy Samuel Espíndola.

²⁰⁸ No sentido de não deixar esse instituto plebiscitário restrito tão somente à legislação ordinária, qual ora acontece, nos termos do parágrafo 2º do Art. 61 da Constituição. No mesmo sentido, acerca da recepção da iniciativa popular em sede de emenda constitucional conferir a afirmação de Fábio de Oliveira: “É mais um caminho para vivificar o *sentimento constitucional*, aguçar a relação entre a Lei Maior e os cidadãos.” OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte & vida da Constituição dirigente*. Op. Cit, p. 430.

mediante proposta: IV – de um e meio por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.” Como resultado, a despeito de consubstanciar uma mudança formal da Constituição, seria conferida à sociedade a aptidão para participar diretamente de atos de natureza constituinte, “a mais elevada forma de expressão jurídica da atividade normal, regular, constante e profunda da soberania tocante à reforma e revisão da organização institucional do sistema.”²⁰⁹

Com efeito, outra relevante possibilidade de promoção do diálogo público, notadamente entre o Poder Judiciário e a sociedade civil passa pelo incremento da prática das audiências públicas,²¹⁰ inseridas no ordenamento jurídico brasileiro a partir das Leis n° 9.868/99 e 9.882/99.²¹¹ Nesta quadra, observa-se que a participação da comunidade política no processo decisório funciona como relevante instrumento de legitimação, bem como “significa a expansão democrática para a esfera de atuação do Poder Judiciário não mais limitada tão somente à esfera político-eleitoral,”²¹² representando um importante mecanismo de aproximação e influência mútua entre os argumentos da comunidade política e do Poder Judiciário. Neste sentido, a realização da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF em 20 de abril de

²⁰⁹ Afirmação retirada do parecer do Professor Paulo Bonavides, por ocasião da sessão solene da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, no dia 23 de abril de 2007.

²¹⁰ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte & vida da Constituição dirigente*. Op. Cit, p. 434.

²¹¹ Assim dispõem os artigos 9º, §§ 1º e 3º e artigo 20, §§ 1º e 3º, da Lei 9.868/99: “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator. Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.” Vale também conferir o artigo 6º, § 1º, da Lei 9.882/99: “Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

²¹² SUPTITZ, Carolina Elisa; LOPES, Ana Paula de Almeida. *Audiência pública: democracia participativa e plural?* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi. Brasília, 2008, p. 631. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_903.pdf Acesso em: 10 dez. 2010. Como bem enunciam as autoras, a audiência pública tem o condão de proporcionar “um maior diálogo intra e extraprocessual acerca das questões objeto de um determinado processo judicial.”

2007 consubstanciou efetiva possibilidade de abertura institucional²¹³ do Supremo Tribunal Federal, sinalizando para uma perspectiva dialógica de interação política entre os Poderes e a sociedade.

Sem embargo das apregoadas potencialidades de abertura propugnadas pelas audiências públicas, não se ignora a existência de críticas ao instituto, como por exemplo, a limitada/restrita participação da sociedade, na medida em que só aqueles admitidos pelo Ministro Relator é que de fato podem intervir, de maneira que as audiências públicas não constituem propriamente “exemplo da atuação direta da comunidade quando do processamento e julgamento de algumas questões especiais. A situação é de atuação indireta: a comunidade irá intervir de modo mais próximo, mas ainda através de representantes.”²¹⁴ Nesta esteira, é imperiosa a definição de parâmetros objetivos para o cabimento e aplicação do instituto, a fim de não sujeitá-lo à discricionariedade do Poder Judiciário.

Vale ainda mencionar as possibilidades dialógicas decorrentes da incorporação do *recall*.²¹⁵ Por intermédio deste mecanismo, qualquer agente eleito encontra-se sujeito à possibilidade de ser destituído do cargo, mesmo que seu mandato ainda não tenha findado. Vale dizer, “O povo, com esteio no recall, possui, então, a prerrogativa de revogar o mandato conferido, de revogar a representação concedida.”²¹⁶ Neste sentido, a discordância manifesta da comunidade política quanto ao rumos da atuação/interpretação empreendida por qualquer dos poderes instituídos, Executivo, Legislativo ou Judiciário, potencialmente poderia ensejar o acionamento do *recall*, no intuito de desautorizar uma compreensão dissonante dos anseios sociais.

Desta maneira, não se pretendeu aqui esgotar a exposição de mecanismos de participação popular na mudança constitucional. A finalidade foi apenas elencar três institutos, a audiência pública, enquanto mecanismo instituído, a iniciativa de emenda popular à Constituição e o *recall* enquanto propostas a serem concretizadas, enquanto instrumentos formais de abertura à manifestação popular, por intermédio dos quais a mudança constitucional pode se operar. No caso das audiências públicas, observa-se a possibilidade de perpetrarem a mudança informal da Constituição, em virtude da

²¹³ MARTINS, Tahinah Albuquerque. *Audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF: breves considerações*. Brasília: Observatório da Jurisdição Constitucional, 2007. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/87/60> Acesso em: 12 dez. 2010.

²¹⁴ SUPTITZ, Carolina Elisa; LOPES, Ana Paula de Almeida. Op. Cit, p. 641.

²¹⁵ Como exemplo de incorporação do mecanismo de *recall*, conferir o artigo 72 da Constituição da Venezuela.

²¹⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte & vida da Constituição dirigente*. Op. Cit, p. 432.

interpretação da comunidade política poder influir nos rumos da mutação constitucional. Já a iniciativa de emenda popular à Constituição constituiria um relevante meio de acesso da sociedade à mudança formal constitucional, porquanto impõe que “seja franqueado que o povo, obedecido um contingente mínimo, comece um processo de mudança da Lei Fundamental.”²¹⁷ Também a instituição do *recall* demandaria a atuação do Poder Legislativo na reforma da Constituição.

Nada obstante, o que se pretende é a valorização de oportunidades de debates, de colóquios entre os Poderes, provocando a ação e estimulando as mudanças constitucionais em consonância com os anseios populares e com a Constituição. Vale dizer, “O intuito, respaldado no Estado Democrático de Direito, repita-se, é estimular o diálogo público, a racionalidade comunicativa, o entendimento refletido, argumentado com lisura.”²¹⁸

²¹⁷ Ibid. p. 430.

²¹⁸ Ibid. p. 433 e 434.